



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2018, Vol. 3, Part 3**

**2018, Vol. 3, 3<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2018] 3 F.C.R., {  
495–694  
D-15–D-19  
i–lxxxii

Renvoi [2018] 3 R.C.F., {  
495–694  
F-19–F-24  
i–lxxxii

---

## 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

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

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

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

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

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

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

### 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

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

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

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

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte 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.*

*Les demandes de renseignements au ſujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêtiſte en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

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.

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.

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

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

## CONTENTS

Judgments .....	495–694
Title page .....	i
List of Judges .....	iii
Appeals noted .....	xv
Table of cases reported in this volume .....	xix
Contents of the volume .....	xxiii
Table of cases digested in this volume .....	xxxv
Cases cited .....	xliii
Statutes and regulations cited .....	lxvii
Treaties and other instruments cited .....	lxxv
Authors cited .....	lxxix

### **Abbar v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 538**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision confirming finding of Refugee Protection Division (RPD) that applicant neither Convention refugee nor person in need of protection within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97(1)—RAD concluding that applicant lacking credibility on basis unable to provide significant details of her daily life in Kismayo during Al-Shabaab rule from 2009 to 2012—Applicant, who claimed to be 80-year-old Somali, stating that she feared persecution in Somalia because part of minority clan, elderly unaccompanied woman with disabilities—Whether RAD erring by upholding RPD's decision in its credibility finding, in its consideration of evidence before it—RAD's decision not reasonable because neither considering applicant's particular circumstances with objective evidence before it nor assessing applicant's claim with different examination techniques to decide whether

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Jugements .....	495–694
Page titre .....	i
Liste des juges .....	ix
Appels notés .....	xv
Table des décisions publiées dans ce volume .....	xxi
Table des matières du volume .....	xxix
Table des fiches analytiques publiées dans ce volume .....	xxxix
Jurisprudence citée .....	lv
Lois et règlements cités .....	lxxi
Traités et autres instruments cités .....	lxxvii
Doctrine citée .....	lxxxi

### **Abbar c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 538**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, dans laquelle la SAR a confirmé la conclusion de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle la demanderesse n'était ni une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger en vertu des art. 96 et 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* — La SAR a conclu que la demanderesse n'était pas une personne crédible au motif qu'elle était incapable de donner des détails importants sur sa vie quotidienne à Kismayo sous le régime d'Al-Shabaab de 2009 à 2012 — La demanderesse, qui a affirmé être une citoyenne somalienne âgée de 80 ans, a déclaré qu'elle craignait d'être persécutée en Somalie parce qu'elle était membre d'un clan minoritaire, en plus d'être une femme âgée non accompagnée souffrant de déficiences — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

applicant refugee or not—Thus, RAD erring by upholding RPD’s decision in credibility findings—RAD also failing to give complete assessment of applicant’s fear of persecution in Somalia, including applicant’s profile as elderly woman with disabilities and as unaccompanied woman with no family support in Somalia, by considering country conditions, risk factors associated with possibility of returning to areas controlled by Al-Shabaab—Therefore, RAD’s decision not falling within range of possible, acceptable outcomes defensible in respect of facts, law—Application allowed.

### **Canada (Attorney General) v. Access Information Agency Inc. (F.C.A.) . . . . . 495**

Crown—Contracts—Judicial review of Canadian International Trade Tribunal decision ruling it had jurisdiction to investigate procedure followed during procurement regarding provision of professional services, notwithstanding subsequent cancellation of procurement—Respondent filing complaint after being advised by Global Affairs Canada (GAC) that contract to be awarded to other bidder—In light of complaint, GAC cancelling procurement process—Applicant submitting that due to cancellation, Tribunal no longer having jurisdiction to investigate because inquiry no longer concerning designated contract—Arguing that based on *Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)* even if contract awarded, subsequent cancellation of contract depriving Tribunal of its jurisdiction—Whether Tribunal’s jurisdiction depending on existence of designated contract—Tribunal not losing jurisdiction when GAC cancelling procurement—*Novell* wrongly decided, overlooking *Canadian International Trade Tribunal Act* in several regards—Court’s concern in *Novell* was that in absence of specific contract, Tribunal may read into Act, s. 30.11(1) power to conduct at-large inquiry into procurement processes—That concern not addressed in Act—Act not requiring specific contract in uninterrupted existence while complaint active—Rather, requiring that complaint address processes followed with respect to award of contract subject to trade agreements—Tribunal may not conduct inquiry unless potential supplier files complaint designating specific contract—Inquiry limited to subject-matter

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

maintenant la décision rendue par la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité et son examen de la preuve qui lui a été présentée — La décision de la SAR n’était pas raisonnable, parce qu’elle n’a pas tenu compte de la situation particulière de la demanderesse en fonction de la preuve objective qui lui avait été présentée et qu’elle n’a pas évalué la revendication de la demanderesse en recourant à des techniques d’examen différentes pour trancher si elle était une réfugiée ou pas — La SAR a donc commis une erreur en maintenant la décision de la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité — La SAR n’a pas non plus examiné entièrement la crainte de persécution en Somalie exprimée par la demanderesse, y compris son profil de femme âgée handicapée et de femme non accompagnée sans soutien familial en Somalie, en tenant compte des conditions du pays et des facteurs de risque liés à un retour possible dans des régions contrôlées par Al-Shabaab — Par conséquent, la décision de la SAR n’appartenait pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — Demande accueillie.

### **Canada (Procureur général) c. Access Information Agency Inc. (C.A.F.) . . . . . 495**

Couronne—Contrats—Révision judiciaire d’une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur selon laquelle celui-ci avait compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d’un marché public relativement à la fourniture de services professionnels, nonobstant l’annulation subséquente du marché public—La défenderesse a déposé une plainte lorsque Affaires mondiales Canada (AMC) l’a avisée que le contrat serait attribué à un autre soumissionnaire—À la lumière de la plainte, AMC a annulé le marché public—Le demandeur a soutenu qu’en raison de l’annulation du marché public, le Tribunal avait perdu compétence pour enquêter puisque l’enquête ne portait plus sur un contrat spécifique—Il a fait valoir, se fondant sur l’arrêt *Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, que même si un contrat avait été accordé, l’annulation du marché public par la suite avait privé le Tribunal de compétence—Il s’agissait de savoir si la compétence du Tribunal dépend de l’existence d’un contrat spécifique—Le Tribunal n’a pas perdu compétence lorsqu’AMC a annulé le marché public—La décision dans l’arrêt *Novell* est erronée parce qu’elle n’a pas tenu compte de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* à plusieurs égards—La crainte qui a animé la Cour dans l’arrêt *Novell* était qu’en l’absence d’un contrat spécifique, le Tribunal pouvait s’autoriser, à partir de l’art. 30.11(1), à mener une enquête sur l’ensemble de la procédure des marchés publics—Cette crainte ne trouve aucun appui dans la Loi—La Loi n’exige pas

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of complaint—Act, ss. 30.11(1),(2), 30.14(1) not allowing Tribunal to conduct at-large inquiry into the procurement processes of the government—Also telling that Act, s. 30.13(5) giving Tribunal latitude not to conduct inquiry where inquiry having no practical effect—This provision would have limited scope if Tribunal could conduct inquiry only when still possible to award contract at any time—Application dismissed.

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Canadian International Trade Tribunal ruling it had jurisdiction to investigate procedure followed during procurement regarding provision of professional services, notwithstanding subsequent cancellation of procurement—Respondent filing complaint after being advised by Global Affairs Canada (GAC) that contract to be awarded to other bidder— In light of complaint, GAC cancelling procurement process—Applicant submitting that due to cancellation, Tribunal no longer having jurisdiction to investigate because inquiry no longer concerning designated contract—Citing *Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp. (Northrop)* to argue that review of Tribunal's decision regarding question of jurisdiction subject to standard of correctness—Presumption of reasonableness applying herein—Interpretation of a tribunal's home statute presumed reasonable—One exception is where question raised true question of jurisdiction—*Northrop* following case law prior to *Dunsmuir v. New Brunswick*, not addressing true question of jurisdiction—Courts should be slow to qualify an issue of interpretation as jurisdictional—Such issues should be subjected to broader curial review when there is doubt as to their nature—Here, question of whether Tribunal losing jurisdiction when contract cancelled one of interpreting Act, not raising true question of jurisdiction —*Northrop* no longer good law.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'existence d'un contrat spécifique à tout moment au cours de l'existence d'une plainte—La Loi exige plutôt qu'une plainte porte sur les procédures suivies par rapport à l'adjudication d'un contrat qui est assujéti aux accords commerciaux—Le Tribunal ne peut enquêter que lorsqu'un fournisseur potentiel dépose une plainte qui identifie un contrat spécifique particulier—L'enquête doit se limiter à l'objet de la plainte—Les art. 30.11(1) et (2) et 30.14(1) ne permettent pas au Tribunal d'enquêter sur l'ensemble de la procédure des marchés publics suivie par le gouvernement—Il était aussi révélateur que l'art. 30.13(5) laisse au Tribunal le loisir de ne pas enquêter lorsque son enquête ne peut avoir aucun effet pratique—Cette disposition aurait une portée limitée si le Tribunal ne pouvait enquêter que lorsque la possibilité d'attribution d'un contrat existait toujours à tout moment—Demande rejetée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Le Tribunal canadien du commerce extérieur a conclu qu'il avait compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public relativement à la fourniture de services professionnels, nonobstant l'annulation subséquente du marché public—La défenderesse a déposé une plainte lorsque Affaires mondiales Canada (AMC) l'a avisée que le contrat serait attribué à un autre soumissionnaire—À la lumière de la plainte, AMC a annulé le marché public—Le demandeur a soutenu qu'en raison de l'annulation du marché public, le Tribunal avait perdu compétence pour enquêter puisque l'enquête ne portait plus sur un contrat spécifique—Il a invoqué l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp. (Northrop)* pour faire valoir que la révision d'une décision du Tribunal sur une question de sa compétence est soumise à la norme de la décision correcte—La présomption de raisonabilité s'appliquait dans la présente affaire—L'interprétation par un tribunal de sa loi habilitante est présumée être raisonnable—Les cas où la question soulevée est une véritable question de compétence sont une exception—L'arrêt *Northrop* suivait une jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* et ne traitait pas d'une question qui touchait véritablement à la compétence—Les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement comme question de compétence une question d'interprétation—Ces questions devraient être assujéties à un examen judiciaire plus étendu lorsqu'il existe un doute quant à leur nature—Dans la présente affaire, la question de savoir si le Tribunal perd compétence lors de l'annulation d'un marché public est une question d'interprétation de la Loi et ne soulève aucune question touchant véritablement à la compétence—L'arrêt *Northrop* ne fait plus jurisprudence.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.)** ..... 674

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Detention and Release—Appeal from Federal Court decision granting consolidated applications for judicial review, setting aside corresponding orders issued by Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) releasing appellant on conditions, remitting question of release or continued detention to ID—Appellant, citizen of Rwanda, found inadmissible for criminality, arrested, detained—Appellant’s identity not established—Canada Border Services Agency seeking to deport appellant to Rwanda—Appellant refusing to sign declaration affirming willingness to return to Rwanda—ID ordering appellant’s release from detention, subject to, *inter alia*, appellant signing declaration—Federal Court concluding conditions of release unreasonable—Proposing, certifying question—Parties maintaining question not suitable for certification—Whether certified question meeting criteria for certification—Certified question not sufficient to give Court jurisdiction to decide appeal—Question as certified did not meet criteria for certification and could not be reformulated to address deficiencies—Fundamental problem being that question not arising from facts of case as it developed—Neither party taking issue with pre-release condition of cooperation—Not necessary to decide reformulated question given terms of ID’s order, positions of parties—Appeal dismissed.

### **Malikaimu v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.)** ..... 512

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Motion by applicants for appointment of special advocate in course of proceedings for leave to judicial review decision of visa officer—Applicant citizen of China of Uighur ethnicity, detained in Afghanistan, Guantanamo Bay—Flown to Albania as refugee—Applying for permanent residence, sponsored by wife—Visa officer conducting two interviews—Relying on, *inter alia*, information provided by applicant during second interview to hold that applicant inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 34(1)(c),(f)—Applicants seeking leave to judicial review—Claiming disclosure incomplete pursuant to *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules* (CIRP

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.)** ..... 674

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Détention et mise en liberté—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli des demandes réunies présentées aux fins d’un contrôle judiciaire et a annulé les ordonnances correspondantes prononcées par la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié libérant l’appelant sous conditions, et renvoyant la question de la mise en liberté ou de la détention continue à la SI—L’appelant, un citoyen rwandais, a été déclaré interdit de territoire pour criminalité, arrêté et détenu—Son identité n’a pas été établie—L’Agence des services frontaliers du Canada a pris des mesures pour expulser l’appelant au Rwanda—L’appelant a refusé de signer une déclaration confirmant sa volonté de retourner au Rwanda—La SI a rendu une ordonnance libérant l’appelant, à condition notamment qu’il signe la déclaration—La Cour fédérale a conclu que les conditions de mise en liberté étaient déraisonnables—Elle a proposé et certifié une question—Les parties ont maintenu que la question ne se prêtait pas à la certification—Il s’agissait de savoir si la question certifiée répondait aux critères de certification—La question certifiée n’était pas suffisante pour donner à la Cour compétence pour instruire l’appel—La question, telle qu’elle a été certifiée, ne répondait pas aux critères de certification et la question ne pouvait être reformulée de façon à combler ses lacunes—Le problème fondamental était que la question ne découlait pas des faits de l’affaire au fil de son déroulement—Aucune des parties n’a contesté la condition prélibératoire de collaboration—Il n’était pas nécessaire de répondre à la question reformulée compte tenu du libellé de l’ordonnance de la SI et des thèses des parties—Appel rejeté.

### **Malikaimu c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.F.)** ..... 512

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Requête pour la nomination d’un avocat spécial présentée par les demandeurs dans le cadre d’une instance visant à obtenir l’autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision rendue par une agente des visas—Le demandeur est un citoyen chinois d’origine ethnique ouïgourea qui a été détenu en Afghanistan et à Guantanamo Bay—Il a été envoyé en Albanie à titre de réfugié—Son épouse a présenté une demande de parrainage d’un époux afin de le parrainer en tant que résident permanent—L’agente des visas a procédé à deux entrevues—Elle a tenu compte notamment des renseignements que le demandeur avait fournis pendant la deuxième entrevue pour conclure que le demandeur était

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Rules), r. 9(1)—Federal Court directing respondent to disclose missing notes of first interview pursuant to CIRP Rules, r. 14(2)—Respondents filing motion pursuant to Act, s. 87 to protect those notes from disclosure —As result, applicants requesting appointment of special advocate—Issue whether appointment of special advocate required to ensure procedural fairness—Appointment of special advocate not required—No absolute right to have special advocate appointed when in camera hearing requested—Right to know case to be met not absolute—Duty of fairness herein at lower end of spectrum—Parliament removing obligation to appoint special advocate in context of s. 87 motions—CIRP Rules, r. 14 order only one step in judicial process potentially leading to disclosure of notes—R. 14 not to be read, applied in isolation—No reason to depart herein from Court’s case law applying factors in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*—Materiality/probity of information subject to non-disclosure not requiring appointment of special advocate—Notes not “material”—Non-disclosure thereof not preventing applicants from availing themselves of all means against impugned decision—Applicants having access to gist of information—At this stage, applicants only needing to show that challenge to visa officer’s decision raising fairly arguable case—Ability to meet case against them measured against significantly lower threshold than the one applicable once leave granted—Claim for appointment of special advocate in circumstances of case herein not supported—Motion dismissed.

### **Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition) (F.C.A.) . . . . . 563**

Competition — Appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of appellant preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area (GTA) — Appellant maintaining database of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

interdit de territoire conformément aux art. 34(1)c) et f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Les demandeurs ont demandé qu’un contrôle judiciaire soit autorisé—Ils se sont plaints d’une divulgation incomplète en vertu de l’art. 9(1) des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés* (Règles CIPR)—La Cour fédérale a demandé au défendeur de produire les notes manquantes de la première entrevue en vertu de l’art. 14(2) des Règles CIPR—Le défendeur a présenté une requête en vertu de l’art. 87 de la Loi afin de protéger ces notes d’une divulgation—Cela a mené à la demande de nomination d’un avocat spécial présentée par les demandeurs—Il s’agissait de savoir s’il y avait motif à nommer un avocat spécial pour garantir l’équité procédurale—Il n’y avait pas motif à nommer un avocat spécial—Il n’y a aucun droit absolu à la nomination d’un avocat spécial lorsqu’une audience à huis clos est demandée—Le droit de connaître la preuve à réfuter n’est pas absolu—L’obligation d’équité en l’espèce était minimale—Le législateur a éliminé l’obligation de nommer un avocat spécial dans le contexte des requêtes présentées en vertu de l’art. 87—L’ordonnance en vertu de l’art. 14 des Règles CIPR n’était qu’une étape du processus judiciaire qui pourrait mener à la divulgation des notes—On ne peut lire et appliquer la règle 14 des Règles CIPR seule—Il n’y avait aucune raison d’écarter la jurisprudence de cette Cour appliquant les facteurs établis dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*—L’importance et la valeur probante des renseignements visés par la non-divulgation ne requéraient pas la nomination d’un avocat spécial—Les notes n’étaient pas « importantes »—La non-divulgation des notes n’empêcherait pas les demandeurs de se prévaloir de tous les moyens pour contester la décision attaquée—Les demandeurs ont eu accès à l’essentiel des renseignements—À cette étape, les demandeurs n’avaient qu’à prouver que leur contestation de la décision rendue par l’agent des visas soulevait une cause relativement défendable—Il fallait mesurer la capacité des demandeurs à présenter leur défense selon un seuil beaucoup plus bas que celui applicable une fois l’autorisation accordée—Ces considérations ne soutenaient pas la demande de nomination d’un avocat spécial dans les circonstances en l’espèce—Requête rejetée.

### **Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence) (C.A.F.) . . . . . 563**

Concurrence — Appel formé à l’encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l’appelant empêchaient sensiblement la concurrence dans l’offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

information on available property listings in GTA, making some information available to members via electronic data feed — However, some data available in database not distributed via data feed — Respondent claiming appellant's actions violating *Competition Act*, s. 79(1) by preventing or lessening competition — Appellant, not-for-profit corporation, Canada's largest real estate board — Operating online system (Multiple Listing Service (MLS)) for collecting, distributing real estate information among members — Many brokers operating sections of websites called "virtual office websites" (VOWs) whereby appellant's data feed delivering information to brokers to populate websites — Tribunal concluding that VOW restrictions adversely affecting non-price competition in relevant market; also finding that appellant not leading sufficient evidence to demonstrate copyright in MLS database in question — Whether Tribunal erring in finding that appellant substantially reducing competition within meaning of Act, s. 79(1) — Most of appellant's arguments focussing on Act, ss. 79(1)(b),(c) — No dispute that appellant's VOW policies constituting practice in accordance with Act, s. 79(1)(b) — Tribunal applying correct framework respecting s. 79(1)(b) — Finding that evidence of subjective anti-competitive intent, reasonably foreseeable exclusionary effects outweighing very limited evidence adduced in support of alleged legitimate business justifications; tribunal's analysis not unreasonable — Also, Tribunal correctly understanding significance of word "substantially" in Act, s. 79(1)(c), test having to apply to determine whether appellant's practice regarding disputed data constituting practice having effect of preventing competition substantially in GTA — Understanding difference in nature between quantitative, qualitative evidence — Tribunal making findings of number of anti-competitive effects caused by VOW restrictions — Of opinion that, "but for" VOW restrictions, such anti-competitive effects would be considerably lower; concluding that anti-competitive effects on non-price dimensions amounting to substantial prevention of competition — In relying on qualitative evidence for findings of anti-competitive effects, conclusion on substantiality, Tribunal not making any reviewable error; thus no basis to interfere with determination under Act, s. 79(1)(c) — Grounds of appeal based on privacy concerns, copyright also failing—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Toronto (RGT) — L'appelant tenait une base de données sur les inscriptions d'immeubles résidentiels à vendre dans la RGT et transmettait certaines de ces données à ses membres par voie électronique — Toutefois, d'autres données n'étaient pas transmises par voie électronique — Le défendeur a affirmé que ce comportement de l'appelant empêchait ou diminuait la concurrence, ce qu'interdit l'art. 79(1) de la *Loi sur la concurrence* — L'appelant est une société à but non lucratif et il est la chambre immobilière la plus importante au Canada — Il gérait un système en ligne (service interagences, ou système MLS) qui recueillait et distribuait des renseignements immobiliers à ses membres — De nombreux courtiers offraient sur leur site Web une page appelée « bureau virtuel sur Internet » (BVI), par lequel les données de l'appelant étaient transmises par voie électronique aux courtiers afin d'alimenter leur site Web — Le Tribunal a conclu que les restrictions relatives aux BVI ont nui à la concurrence hors prix dans le marché pertinent de façon importante; il a conclu également que l'appelant n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer un droit d'auteur sur la base de données MLS — Il s'agissait de déterminer si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'appelant avait sensiblement diminué la concurrence au sens de l'art. 79(1) de la Loi — Les principaux arguments de l'appelant portaient sur les art. 79(1)b) et c) de la Loi — Il était acquis aux débats que les politiques relatives aux BVI de l'appelant constituaient une pratique conforme à l'art. 79(1)b) de la Loi — Le Tribunal a appliqué le bon cadre en ce qui concerne l'art. 79(1)b) — Il a conclu que la preuve d'intention anti-concurrentielle subjective et d'effets d'exclusion raisonnablement prévisibles l'emportait sur la preuve très limitée qui avait été présentée à l'appui des justifications commerciales légitimes alléguées; son analyse n'était pas déraisonnable — Le Tribunal a bien compris l'importance du terme « sensiblement » à l'art. 79(1)c) de la Loi et le critère qu'il devait appliquer pour décider si la pratique de l'appelant concernant les données en litige avait pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans la RGT — Il a compris la différence entre la preuve quantitative et la preuve qualitative — Le Tribunal a tiré des conclusions sur plusieurs effets anti-concurrentiels causés par les restrictions liées aux BVI — Il était d'avis que, « n'eût été » les restrictions liées aux BVI, ces effets anti-concurrentiels seraient nettement plus faibles; il a conclu que ces effets anti-concurrentiels sur des aspects autres que les prix empêchaient sensiblement la concurrence — En s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs pour tirer ses conclusions sur les effets anti-concurrentiels et sa conclusion quant à l'empêchement sensible, le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle; il n'existait donc aucun motif justifiant une intervention à l'égard de la décision prise en application de l'art. 79(1)c) de la Loi — Les motifs d'appel

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Privacy — Personal Information Protection and Electronic Documents Act — In appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of appellant preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area, appellant seeking to justify restriction on disclosure of disputed data on basis of privacy — Specifically claiming that privacy concerns of vendors, purchasers constituting business justification sufficient to escape liability under *Competition Act*, s. 79(1)(b), asserting that required to comply with *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (PIPEDA) — Whether Tribunal erring in failing to conclude that appellant’s privacy concerns or statutory obligations constituting business justification within scope of Act, s. 79(1)(b) — Tribunal concluding that little evidentiary support for appellant’s contention that restrictions motivated by privacy, finding that privacy concerns pretext for appellant’s adoption, maintenance of restrictions of brokers’ “virtual office websites” (VOWs)— Tribunal also examining nature, scope of consent clause in Listing Agreement appellant using; concluding that consents provided thereto effective — Role of Tribunal to interpret scope of consents under ordinary law of contract, as informed by PIPEDA — Tribunal doing so thus not erring in conclusion reached — Listing Agreement at issue containing clause governing use, distribution of information — PIPEDA only requiring new consent by clients where information used for new purpose, not where information distributed via new methods — Introduction of VOWs not new purpose — Ground of appeal therefore failing.

Copyright — Appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain of appellant’s information-sharing practices preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area raising copyright issues of real estate information in appellant’s MLS database — Whether Act, s. 79(5)

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

fondés sur la protection des renseignements personnels et sur le droit d’auteur ont été rejetés également—Appel rejeté.

Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques — Dans un appel formé à l’encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l’appellant empêchaient sensiblement la concurrence dans l’offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto, l’appellant a tenté de justifier sa restriction sur la communication des données en litige sur le fondement de la protection des renseignements personnels — Il a affirmé plus spécifiquement que la protection des renseignements des vendeurs et des acquéreurs constituait une raison commerciale suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l’art. 79(1)b de la *Loi sur la concurrence*, et qu’il était tenu en droit de se conformer à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE) — Il s’agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales de l’appellant à l’égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale au sens de l’art. 79(1)b de la Loi — Le Tribunal a conclu qu’il n’y avait guère d’élément démontrant que les restrictions découlaient de soucis pour la protection des renseignements personnels des clients de l’appellant, et que la protection des renseignements personnels servait de prétexte à l’appel pour l’adoption et le maintien des restrictions relatives au « bureau virtuel sur Internet » (BVI) — Le Tribunal a également examiné la nature et la portée de la clause portant sur le consentement prévue dans la convention d’inscription que l’appellant avait utilisée et conclu que les consentements étaient valides — Le rôle du Tribunal était d’interpréter la portée des consentements à la lumière des règles ordinaires du droit des contrats, d’après la LPRPDE — C’est ce qu’il a fait, et il n’y avait aucune erreur dans la conclusion tirée — La convention d’inscription contenait une clause régissant l’utilisation et la diffusion de l’information — La LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l’information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu’elle est diffusée par de nouvelles méthodes — L’introduction des BVI ne constituait pas une nouvelle fin — Ce motif d’appel ne pouvait donc être retenu.

Droit d’auteur — Appel à l’encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l’appellant empêchaient sensiblement la concurrence dans l’offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto, soulevant des questions de droit d’auteur

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

precluding appellant, intervener from advancing copyright claim in MLS database — In light of determination that appellant’s virtual office website policy anti-competitive, *Competition Act*, s. 79(5) precluding reliance on copyright as defence to anti-competitive act — This holding sufficient to dispose of appeal in respect of copyright.

### **Vancouver Airport Authority v. Commissioner of Competition (F.C.A.) . . . . . 633**

Competition—Appeal from Competition Tribunal order dismissing appellant’s motion for disclosure of documents respondent refusing to produce in underlying competition proceedings against appellant for alleged abuse of dominant position—Respondent alleging that appellant controlling market for “galley handling” at airport—Withholding certain documents on basis of alleged public interest class privilege—Competition Tribunal upholding existence of alleged class privilege, documents thus not needing to be disclosed—Respondent arguing class privilege recognized in *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies)*, *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown)*—What is legally required for a court to recognize a class privilege?—Claim to public interest privilege rejected—*D & B Companies, Hillsdown* not affirming existence of class privilege—If they had, these holdings can no longer stand in light of *R. v. National Post, Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*—Competition Tribunal erring when describing *D & B Companies, Hillsdown* as “long standing and unanimous” on existence of class privilege, considering it binding—Not possible on case law for Court or Competition Tribunal to recognize new class privilege—Class privilege sought by respondent should only be granted by Parliament—Lesser measures under *Competition Act, Competition Tribunal Rules* available to protect confidentiality—Class privilege could not be recognized on basis of evidentiary record herein—Respondent not adducing evidence before Competition Tribunal establishing prerequisites of public interest class privilege—Competition Tribunal should have examined in rigorous way whether blanket confidentiality protection afforded by class privilege needed—“Sound policy rationales” not enough to recognize class privilege—Respondent not establishing that blanket confidentiality protection absolutely necessary—Purported scope of privilege unnecessarily broad, detached from compelling public interest—Measures falling short of blanket class privilege might suffice to protect

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

à l’égard des renseignements immobiliers contenus dans la base de données MLS de l’appellant — Il s’agissait de savoir si l’art. 79(5) de la Loi empêchait l’appellant et l’intervenante d’invoquer un droit d’auteur sur la base de données MLS — Étant donné qu’il a été décidé que la politique relative aux bureaux virtuels sur Internet était anti-concurrentielle, l’art. 79(5) de la *Loi sur la concurrence* interdit d’invoquer le droit d’auteur comme moyen de défense pour justifier un agissement anti-concurrentiel — Cette conclusion était suffisante pour statuer dans l’appel à l’égard du droit d’auteur.

### **Administration de l’aéroport de Vancouver c. Commissaire de la concurrence (C.A.F.) . . . . . 633**

Concurrence—Appel d’une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence rejetant la requête de l’appelante en divulgation des documents que l’intimé a refusé de produire dans le cadre de l’instance sous-jacente instituée devant le Tribunal de la concurrence contre l’appelante concernant des allégations d’abus de position dominante—L’intimé a allégué que l’appelante contrôle le marché de la « manipulation des aliments » à l’aéroport—Il a retenu certains documents au motif qu’il existait un privilège générique d’intérêt public—Le Tribunal de la concurrence a confirmé l’existence du privilège générique revendiqué et a conclu, par conséquent, qu’il n’était nécessaire de communiquer aucun des documents—L’intimé a affirmé que le privilège générique a été reconnu dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies)* et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown)*—Il s’agissait de savoir quel critère juridique permet aux cours de reconnaître un privilège générique—La revendication visant la reconnaissance d’un privilège d’intérêt public a été rejetée—Les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* n’ont pas confirmé l’existence d’un privilège générique—S’ils l’avaient fait, cette conclusion ne tiendrait plus à cause de *R. c. National Post* et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*—Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur lorsqu’il a décrit les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* comme étant de la jurisprudence « unanime de longue date » sur l’existence du privilège générique et a considéré qu’elle le liait—Il n’était pas possible, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour ou du Tribunal de la concurrence, de reconnaître un nouveau privilège générique—Le privilège générique revendiqué par l’intimé ne devrait être accordé que par le législateur—La *Loi sur la concurrence* et les *Règles du Tribunal de la concurrence* prévoient des mécanismes de moindre envergure pour protéger la confidentialité—Un privilège générique ne pourrait pas être reconnu sur le fondement de la preuve en l’espèce—L’intimé n’a pas présenté une preuve au Tribunal de la

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS** (Concluded)

confidentiality interests—International competition authorities not finding it necessary to recognize class privilege over information supplied by third parties—Recognition of class privilege not depending on whether beneficiary of privilege prepared to act fairly—Appeal allowed.

## **SOMMAIRE** (Fin)

concurrence établissant les préalables du privilège générique d'intérêt public—Le Tribunal de la concurrence aurait dû examiner d'une façon rigoureuse la question de savoir si la protection générale conférée par un privilège générique était nécessaire—De « solides raisons de principe » ne suffisent pas à la reconnaissance d'un privilège générique—L'intimé n'a pas établi qu'une protection générale de la confidentialité était absolument nécessaire—La portée alléguée du privilège est inutilement générale et éloignée de l'intérêt public impérieux—Des mesures de moindre envergure que le privilège générique général pourraient suffire à protéger les droits à la confidentialité—Les autorités internationales en matière de concurrence n'ont pas jugé nécessaire de reconnaître un privilège générique à l'égard des renseignements fournis par des tiers—La reconnaissance d'un privilège générique ne dépend pas de la bonne volonté du bénéficiaire du privilège d'agir équitablement—Appel accueilli.

**Federal Courts  
Reports**

**2018, Vol. 3, Part 3**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2018, Vol. 3, 3<sup>e</sup> fascicule**



A-329-16  
2018 FCA 18

A-329-16  
2018 CAF 18

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**The Access Information Agency Inc.** (*Respondent*)

**The Access Information Agency Inc.** (*défenderesse*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ACCESS INFORMATION AGENCY INC.**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ACCESS INFORMATION AGENCY INC.**

Federal Court of Appeal, Nadon, Pelletier and Gauthier JJ.A.—Ottawa, September 5, 2017 and January 18, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Pelletier et Gauthier, J.C.A.—Ottawa, 5 septembre 2017 et 18 janvier 2018.

*Crown — Contracts — Judicial review of Canadian International Trade Tribunal decision ruling it had jurisdiction to investigate procedure followed during procurement regarding provision of professional services, notwithstanding subsequent cancellation of procurement — Respondent filing complaint after being advised by Global Affairs Canada (GAC) that contract to be awarded to other bidder — In light of complaint, GAC cancelling procurement process — Applicant submitting that due to cancellation, Tribunal no longer having jurisdiction to investigate because inquiry no longer concerning designated contract — Arguing that based on Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services) even if contract awarded, subsequent cancellation of contract depriving Tribunal of its jurisdiction — Whether Tribunal's jurisdiction depending on existence of designated contract — Tribunal not losing jurisdiction when GAC cancelling procurement — Novell wrongly decided, overlooking Canadian International Trade Tribunal Act in several regards — Court's concern in Novell was that in absence of specific contract, Tribunal may read into Act, s. 30.11(1) power to conduct at-large inquiry into procurement processes — That concern not addressed in Act — Act not requiring specific contract in uninterrupted existence while complaint active — Rather, requiring that complaint address processes followed with respect to award of contract subject to trade agreements — Tribunal may not conduct inquiry unless potential supplier files complaint designating specific contract — Inquiry limited to subject-matter of complaint — Act, ss. 30.11(1),(2), 30.14(1) not allowing Tribunal to conduct at-large inquiry into the procurement processes of the government — Also telling that Act, s. 30.13(5) giving Tribunal latitude not to conduct inquiry where inquiry having no practical effect — This provision would have limited scope if Tribunal could conduct inquiry only when still possible to award contract at any time — Application dismissed.*

*Couronne — Contrats — Révision judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur selon laquelle celui-ci avait compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public relativement à la fourniture de services professionnels, nonobstant l'annulation subséquente du marché public — La défenderesse a déposé une plainte lorsque Affaires mondiales Canada (AMC) l'a avisé que le contrat serait attribué à un autre soumissionnaire — À la lumière de la plainte, AMC a annulé le marché public — Le demandeur a soutenu qu'en raison de l'annulation du marché public, le Tribunal avait perdu compétence pour enquêter puisque l'enquête ne portait plus sur un contrat spécifique — Il a fait valoir, se fondant sur l'arrêt Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux), que même si un contrat avait été accordé, l'annulation du marché public par la suite avait privé le Tribunal de compétence — Il s'agissait de savoir si la compétence du Tribunal dépend de l'existence d'un contrat spécifique — Le Tribunal n'a pas perdu compétence lorsqu'AMC a annulé le marché public — La décision dans l'arrêt Novell est erronée parce qu'elle n'a pas tenu compte de la Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur à plusieurs égards — La crainte qui a animé la Cour dans l'arrêt Novell était qu'en l'absence d'un contrat spécifique, le Tribunal pouvait s'autoriser, à partir de l'art. 30.11(1), à mener une enquête sur l'ensemble de la procédure des marchés publics — Cette crainte ne trouve aucun appui dans la Loi — La Loi n'exige pas l'existence d'un contrat spécifique à tout moment au cours de l'existence d'une plainte — La Loi exige plutôt qu'une plainte porte sur les procédures suivies par rapport à l'adjudication d'un contrat qui est assujéti aux accords commerciaux — Le Tribunal ne peut enquêter que lorsqu'un fournisseur potentiel dépose une plainte qui identifie un contrat spécifique particulier — L'enquête doit se limiter à l'objet de la plainte — Les art. 30.11(1) et (2)*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Canadian International Trade Tribunal ruling it had jurisdiction to investigate procedure followed during procurement regarding provision of professional services, notwithstanding subsequent cancellation of procurement — Respondent filing complaint after being advised by Global Affairs Canada (GAC) that contract to be awarded to other bidder — In light of complaint, GAC cancelling procurement process — Applicant submitting that due to cancellation, Tribunal no longer having jurisdiction to investigate because inquiry no longer concerning designated contract — Citing Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp. (Northrop) to argue that review of Tribunal's decision regarding question of jurisdiction subject to standard of correctness — Presumption of reasonableness applying herein — Interpretation of a tribunal's home statute presumed reasonable — One exception is where question raised true question of jurisdiction — Northrop following case law prior to Dunsmuir v. New Brunswick, not addressing true question of jurisdiction — Courts should be slow to qualify an issue of interpretation as jurisdictional — Such issues should be subjected to broader curial review when there is doubt as to their nature — Here, question of whether Tribunal losing jurisdiction when contract cancelled one of interpreting Act, not raising true question of jurisdiction — Northrop no longer good law.*

This was an application for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (Tribunal) ruling that it had jurisdiction to investigate the procedure followed during a procurement regarding the provision of professional services, notwithstanding the subsequent cancellation of the procurement.

The respondent filed a complaint when Global Affairs Canada (GAC) advised it of its intention to award another bidder a contract resulting from a procurement process. In light of the complaint, GAC canceled the procurement process. The applicant submitted that due to the procurement's

*et 30.14(1) ne permettent pas au Tribunal d'enquêter sur l'ensemble de la procédure des marchés publics suivie par le gouvernement — Il était aussi révélateur que l'art. 30.13(5) laisse au Tribunal le loisir de ne pas enquêter lorsque son enquête ne peut avoir aucun effet pratique — Cette disposition aurait une portée limitée si le Tribunal ne pouvait enquêter que lorsque la possibilité d'attribution d'un contrat existait toujours à tout moment — Demande rejetée.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Le Tribunal canadien du commerce extérieur a conclu qu'il avait compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public relativement à la fourniture de services professionnels, nonobstant l'annulation subséquente du marché public — La défenderesse a déposé une plainte lorsque Affaires mondiales Canada (AMC) l'a avisée que le contrat serait attribué à un autre soumissionnaire — À la lumière de la plainte, AMC a annulé le marché public — Le demandeur a soutenu qu'en raison de l'annulation du marché public, le Tribunal avait perdu compétence pour enquêter puisque l'enquête ne portait plus sur un contrat spécifique — Il a invoqué l'arrêt Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp. (Northrop) pour faire valoir que la révision d'une décision du Tribunal sur une question de sa compétence est soumise à la norme de la décision correcte — La présomption de raisonnabilité s'appliquait dans la présente affaire — L'interprétation par un tribunal de sa loi habilitante est présumée être raisonnable — Les cas où la question soulevée est une véritable question de compétence sont une exception — L'arrêt Northrop suivait une jurisprudence antérieure à Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick et ne traitait pas d'une question qui touchait véritablement à la compétence — Les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement comme question de compétence une question d'interprétation — Ces questions devraient être assujetties à un examen judiciaire plus étendu lorsqu'il existe un doute quant à leur nature — Dans la présente affaire, la question de savoir si le Tribunal perd compétence lors de l'annulation d'un marché public est une question d'interprétation de la Loi et ne soulève aucune question touchant véritablement à la compétence — L'arrêt Northrop ne fait plus jurisprudence.*

Il s'agissait d'une demande de révision judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) selon laquelle celui-ci avait compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public relativement à la fourniture de services professionnels, nonobstant l'annulation subséquente du marché public.

La défenderesse a déposé une plainte lorsque Affaires mondiales Canada (AMC) l'a avisée de son intention d'attribuer un contrat issu d'un marché public à un autre soumissionnaire. À la lumière de la plainte, AMC a annulé le marché public. Le demandeur a soutenu qu'en raison de l'annulation du

cancellation, the Tribunal no longer had jurisdiction to investigate because the inquiry no longer concerned a designated contract. The applicant cited the Court's previous case law, including *Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp. (Northrop)*, holding that the review of the Tribunal's decision regarding a question of jurisdiction be subject to the standard of correctness. The applicant also argued that, based on the Court's decision in *Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, even if a contract was awarded, the subsequent cancellation of the government contract deprived the Tribunal of its jurisdiction.

At issue was whether the Tribunal's jurisdiction depends on the existence, at any time during the examination of a complaint, of a designated contract or on the possibility of awarding such a contract.

*Held*, the application should be dismissed.

The presumption of reasonableness applied herein. A tribunal's interpretation of its home statute is presumed to be reasonable. One exception is where the question raised is a true question of jurisdiction. *Northrop* followed the case law prior to *Dunsmuir v. New Brunswick* and did not address a true question of jurisdiction. Courts should be slow to qualify an issue of interpretation as jurisdictional, and therefore subject it to broader curial review when there is doubt as to its nature. There can be no doubt that the Tribunal has the jurisdiction to inquire into the procedure followed with respect to a government contract subject to trade agreements. The question of whether the Tribunal loses jurisdiction when such a government contract is cancelled is simply one of interpreting the Act and does not raise a true question of jurisdiction. The Supreme Court decided, if only implicitly, that *Northrop* is no longer good law. The fact that a question of interpretation of its home statute affects the conditions under which the Tribunal may exercise its statutory powers is not in itself a question of *vires*, to which the standard of correctness applies.

The Tribunal did not lose its jurisdiction when GAC cancelled the procurement. *Novell* was wrongly decided because it overlooked the *Canadian International Trade Tribunal Act* in several regards. The Court's concern in *Novell* was that in the absence of a specific contract, the Tribunal may read into subsection 30.11(1) a power to conduct an at-large inquiry into the procurement processes of the government. That concern is not addressed in the Act. The wording of

marché public, le Tribunal avait perdu compétence pour enquêter puisque l'enquête ne portait plus sur un contrat spécifique. Le demandeur a invoqué la jurisprudence antérieure de la Cour, notamment l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp.*, voulant que la révision d'une décision du Tribunal sur une question de sa compétence soit soumise à la norme de la décision correcte. Le demandeur a fait valoir également, se fondant sur la décision de la Cour dans l'affaire *Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, que même si un contrat avait été accordé, l'annulation du marché public par la suite avait privé le Tribunal de compétence.

Il s'agissait de savoir si la compétence du Tribunal dépend de l'existence, en tout moment au cours du traitement d'une plainte, d'un contrat spécifique ou de l'existence de la possibilité d'accorder un tel contrat.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La présomption de raisonabilité s'appliquait dans la présente affaire. L'interprétation par un tribunal de sa loi habilitante est présumée être raisonnable. Les cas où la question soulevée est une véritable question de compétence d'un tribunal sont une exception. L'arrêt *Northrop* suivait une jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, et ne traitait pas d'une question qui touchait véritablement à la compétence. Les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement comme question de compétence une question qui relève plutôt de l'interprétation, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute quant à sa nature. Il ne peut faire de doute que le Tribunal a la compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public assujetti aux accords commerciaux. La question de savoir si le Tribunal perd compétence lors de l'annulation d'un tel marché public n'est ni plus ni moins qu'une question d'interprétation de la Loi et ne soulève aucune question touchant véritablement à la compétence. La Cour suprême a décidé, ne serait-ce qu'implicitement, que l'arrêt *Northrop* ne fait plus jurisprudence. Le fait qu'une question d'interprétation de sa loi habilitante touche aux conditions dans lesquelles le Tribunal peut exercer ses pouvoirs statutaires n'est pas en soi une question de *vires* qui fait appel à la norme de la décision correcte.

Le Tribunal n'a pas perdu compétence lorsqu'AMC a annulé le marché public. La décision dans l'arrêt *Novell* est erronée parce qu'elle n'a pas tenu compte de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* à plusieurs égards. La crainte qui a animé la Cour dans l'arrêt *Novell* était qu'en l'absence d'un contrat spécifique, le Tribunal pouvait s'autoriser, à partir du paragraphe 30.11(1), à mener une enquête sur l'ensemble de la procédure des marchés publics suivie

the Act does not require that there be a specific contract in uninterrupted existence while a complaint is active. The Act simply requires that a complaint address the processes followed with respect to the award of a contract subject to trade agreements. The Tribunal may not conduct an inquiry into the process followed by a federal institution unless a potential supplier files a complaint designating a specific contract. The supplier must also specify the reasons for the complaint. Once the Tribunal is convinced that the complaint meets the statutory requirements, it may determine whether an inquiry is warranted, but the inquiry must be limited to the subject-matter of the complaint. In sum, the provisions of the Act, i.e. subsections 30.11(1),(2) and 30.14(1) do not allow the Tribunal to conduct an at-large inquiry into the procurement processes of the government, contrary to the Court's concern in *Novell*. It was also telling that subsection 30.13(5) of the Act gives the Tribunal the latitude to decide not to conduct an inquiry when its inquiry could have no practical effect and raises no questions as to the integrity or efficiency of procurements. This provision would have a very limited scope if the Tribunal could conduct an inquiry only when it was still possible to award a contract at any time.

par le gouvernement. Cette crainte ne trouve aucun appui dans les dispositions de la Loi. Le libellé de la Loi n'exige pas l'existence d'un contrat spécifique à tout moment au cours de l'existence d'une plainte. La Loi exige simplement qu'une plainte porte sur les procédures suivies par rapport à l'adjudication d'un contrat qui est assujéti aux accords commerciaux. Le Tribunal ne peut enquêter sur les procédures suivies par une institution fédérale que lorsqu'un fournisseur potentiel dépose une plainte qui identifie un contrat spécifique particulier. Le fournisseur doit de plus préciser les motifs de sa plainte. Une fois le Tribunal convaincu que la plainte est conforme, il peut déterminer s'il y a lieu d'enquêter, mais son enquête doit se limiter à l'objet de la plainte. Somme toute, ces dispositions, c'est-à-dire les paragraphes 30.11(1) et (2) et 30.14(1), ne permettent pas au Tribunal d'enquêter sur l'ensemble de la procédure des marchés publics suivie par le gouvernement, contrairement à ce que semblait craindre la Cour dans l'arrêt *Novell*. Il était aussi révélateur que le paragraphe 30.13(5) laisse au Tribunal le loisir de ne pas enquêter lorsque son enquête ne peut avoir aucun effet pratique ou ne soulève aucune question d'intégrité ou d'efficacité des marchés publics. Cette disposition aurait une portée très limitée si le Tribunal ne pouvait enquêter que lorsque la possibilité d'attribution d'un contrat existait toujours à tout moment.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, ss. 16, 30.1 "designated contract", 30.11(1),(2), 30.13(5), 30.14(1).  
*Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602, s. 3.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 16, 30.1 « contrat spécifique », 30.11(1),(2), 30.13(1),(5), 30.14(1).  
*Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602, art. 3.

#### CASES CITED

##### NOT FOLLOWED:

*Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp.*, 2008 FCA 187, [2009] 1 F.C.R. 688, affd 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2000] F.C.J. No. 950 (QL) (C.A.).

##### APPLIED:

*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS NON SUIVIES :

*Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp.*, 2008 CAF 187, [2009] 1 R.C.F. 688 conf. par 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 950 (QL) (C.A.).

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370.

## CONSIDERED:

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, 412 D.L.R. (4th) 103; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3.

## REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 97 D.L.R. (3d) 417; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (*The Access Information Agency Inc. v. Department of Global Affairs*, File No. PR-2016-001 (C.I.T.T.)) ruling that it had jurisdiction to investigate the procedure followed during a procurement regarding the provision of professional services, notwithstanding the subsequent cancellation of the procurement. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Alexandre Kaufman* for applicant.  
*Thomas Dastous* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*The Access Information Agency Inc.*, Ottawa, for respondent.

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

PELLETIER J.A.:

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

DEMANDE de révision judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (*The Access Information Agency Inc. c. Ministère des Affaires mondiales*, dossier n° PR-2016-001 (le Tribunal)) selon laquelle celui-ci avait compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public relativement à la fourniture de services professionnels, nonobstant l'annulation subséquente du marché public. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Alexandre Kaufman* pour le demandeur.  
*Thomas Dastous* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*The Access Information Agency Inc.*, Ottawa, pour la défenderesse.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

## I. OVERVIEW

[1] This is an application for judicial review of a decision whereby the Canadian International Trade Tribunal (the Tribunal) ruled that the Tribunal had jurisdiction to investigate the procedure followed during a procurement regarding the provision of professional services, notwithstanding the subsequent cancellation of the procurement. The merits of the complaint regarding the procurement were the subject of a second application for judicial review in docket A-323-16.

[2] The reasons for the Tribunal's decision (Reasons) are indexed under the following style of cause: *The Access Information Agency Inc. v. Department of Global Affairs*, File No. PR-2016-001.

[3] The decision in question was rendered following a complaint filed by the Access Information Agency Inc. (AIA) when Global Affairs Canada (GAC) advised it of its intention to award another bidder, LRO Staffing, a contract resulting from a procurement. In the light of the complaint, GAC decided to cancel the procurement. The Attorney General submits that due to the procurement's cancellation, the Tribunal no longer had jurisdiction to investigate because the inquiry no longer concerned a designated contract.

[4] For the reasons set out hereunder, I would dismiss the application for judicial review.

## II. PROVISIONS OF THE ACT

[5] The following analysis lies within a legislative framework. The provisions relevant to the *Canadian International Trade Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 (the Act) are set out below.

[6] The Tribunal's mandate is assigned to it by section 16 of the Act:

### Duties and functions

**16** The duties and functions of the Tribunal are to

...

## I. SURVOL

[1] Il s'agit d'une demande de révision judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) selon laquelle celui-ci avait compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public relativement à la fourniture de services professionnels, nonobstant l'annulation subséquente du marché public. La question du bien-fondé de la plainte portant sur ce marché public fait l'objet d'une deuxième demande de révision judiciaire dans le dossier A-323-16.

[2] Les motifs de la décision du tribunal (Motifs) sont répertoriés sous la rubrique *The Access Information Agency Inc. c. Ministère des Affaires mondiales*, dossier n° PR-2016-001.

[3] La décision en cause a été rendue à la suite d'une plainte déposée par Access Information Agency Inc. (AIA) lorsque Affaires mondiales Canada (AMC) l'a avisée de son intention d'attribuer un contrat issu d'un marché public à un autre soumissionnaire, LRO Staffing. À la lumière de la plainte, AMC a décidé d'annuler le marché public. Le Procureur général soutient qu'en raison de l'annulation du marché public, le Tribunal a perdu compétence pour enquêter puisque l'enquête ne portait plus sur un contrat spécifique.

[4] Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejeterais la demande de révision judiciaire.

## II. DISPOSITIONS DE LA LOI

[5] L'analyse qui suit se situe dans un cadre législatif. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.) ch. 47 (la Loi) sont exposées ci-dessous.

[6] La mission du Tribunal lui est confiée par l'article 16 de la Loi :

### Mission

**16** Le Tribunal a pour mission :

[...]

**(b.1)** receive complaints, conduct inquiries and make determinations under sections 30.1 to 30.19;

**b.1)** de recevoir des plaintes, procéder à des enquêtes et prendre des décisions dans le cadre des articles 30.1 à 30.19;

[7] The definition of “designated contract” is found in section 30.1 of the Act:

[7] La définition de « contrat spécifique » se trouve à l’article 30.1 de la Loi :

**Definitions**

**Définitions**

**30.1 ...**

**30.1 [...]**

...

*designated contract* means a contract for the supply of goods or services that has been or is proposed to be awarded by a government institution and that is designated or of a class of contracts designated by the regulations; (*contrat spécifique*)

*contrat spécifique* Contrat relatif à un marché de fournitures ou services qui a été accordé par une institution fédérale — ou pourrait l’être —, et qui soit est précisé par règlement soit fait partie d’une catégorie réglementaire. (*designated contract*)

[8] A designated contract is a contract that is subject to any of the free trade agreements concluded by Canada and listed in subsection 3(1) of the *Canadian International Trade Tribunal Procurement Inquiry Regulations*, SOR/93-602 (the Regulations). The phrase “trade agreements” refers to all of these agreements.

[8] Un contrat spécifique est un contrat qui est assujéti à l’un ou l’autre des traités de libre-échange conclus par le Canada qui sont énumérés au paragraphe 3(1) du *Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics*, DORS/93-602 (le Règlement). L’expression « accords commerciaux » désigne l’ensemble de ces traités.

[9] Any supplier or potential supplier that feels it has been prejudiced by the contract award procedure can file a complaint with the Tribunal:

[9] Tout fournisseur ou fournisseur potentiel qui se sent lésé par la procédure d’adjudication des contrats peut déposer une plainte auprès du Tribunal :

**Filing of complaint**

**Dépôt des plaintes**

**30.11 (1)** Subject to the regulations, a potential supplier may file a complaint with the Tribunal concerning any aspect of the procurement process that relates to a designated contract and request the Tribunal to conduct an inquiry into the complaint.

**30.11 (1)** Tout fournisseur potentiel peut, sous réserve des règlements, déposer une plainte auprès du Tribunal concernant la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique et lui demander d’enquêter sur cette plainte.

[10] The Tribunal may entertain a complaint only if certain requirements are met, in other words, if it states the following information:

[10] Le Tribunal ne peut donner suite à une plainte que si celle-ci est conforme, c’est-à-dire qu’elle renferme certaines données :

**30.11 (1) ...**

**30.11 (1) [...]**

**Contents of complaint**

**Forme et teneur**

**(2)** A complaint must

**(2)** Pour être conforme, la plainte doit remplir les conditions suivantes :

**(a)** be in writing;

**a)** être formulée par écrit;

(b) identify the complainant, the designated contract concerned and the government institution that awarded or proposed to award the contract;

(c) contain a clear and detailed statement of the substantive and factual grounds of the complaint;

[11] If the Tribunal rules that the statutory requirements are met, it may decide to conduct an inquiry. If it so decides, it must address only the subject-matter of the complaint:

**Decision to conduct inquiry**

**30.13 (1)** Subject to the regulations, after the Tribunal determines that a complaint complies with subsection 30.11(2), it shall decide whether to conduct an inquiry into the complaint, which inquiry may include a hearing.

...

**Matters inquired into**

**30.14 (1)** In conducting an inquiry, the Tribunal shall limit its considerations to the subject-matter of the complaint.

[12] If it is the Tribunal's opinion that a complaint that meets the statutory requirements nevertheless is devoid of all interest or is made in bad faith, it may decide not to investigate:

**30.13 (1)** ...

**Decision not to conduct or to cease inquiry**

(5) The Tribunal may decide not to conduct an inquiry into a complaint or decide to cease conducting an inquiry if it is of the opinion that the complaint is trivial, frivolous or vexatious or is not made in good faith, and where the Tribunal so decides, it shall notify, in writing, the complainant, the relevant government institution and any other party that the Tribunal considers to be an interested party of that decision and the reasons therefor.

III. ANALYSIS

A. *The standard of review*

[13] To the extent that this case raises a question regarding the interpretation of the Act, the Supreme Court

b) préciser le contrat spécifique visé, le nom du plaignant et celui de l'institution fédérale chargée de l'adjudication du contrat;

c) exposer de façon claire et détaillée ses motifs et les faits à l'appui;

[11] Si le Tribunal juge que la plainte est conforme, il peut décider d'enquêter. S'il le décide, il doit s'en tenir à l'objet de la plainte :

**Enquête**

**30.13 (1)** Après avoir jugé la plainte conforme et sous réserve des règlements, le Tribunal détermine s'il y a lieu d'enquêter. L'enquête peut comporter une audience.

[...]

**Objet de la plainte**

**30.14 (1)** Dans son enquête, le Tribunal doit limiter son étude à l'objet de la plainte.

[12] Si le Tribunal est d'avis qu'une plainte, bien que conforme, est dénuée de tout intérêt ou est entachée de mauvaise foi, il peut décider de ne pas enquêter :

**30.13 (1)** [...]

**Refus**

(5) S'il estime que la plainte est dénuée de tout intérêt ou entachée de mauvaise foi, le Tribunal peut refuser de procéder à l'enquête ou y mettre fin, auquel cas il notifie sa décision, motifs à l'appui, au plaignant, à l'institution fédérale concernée et à toute autre partie qu'il juge intéressée.

III. ANALYSE

A. *La norme de contrôle*

[13] Dans la mesure où cette cause soulève une question d'interprétation de la Loi, la Cour suprême a statué

has ruled that a tribunal's interpretation of its home statute is presumed to be reasonable, save for certain exceptions: *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*), at paragraph 21. One of these exceptions is a true question as to a tribunal's jurisdiction.

[14] In this case, the Tribunal and the Attorney General agreed that the issue was determining whether the Tribunal could, under its enabling legislation, investigate an AIA complaint. This agreement as to the issue is not binding on this Court. We must decide whether this view is well-founded.

[15] The issue of jurisdiction in this case is whether the Tribunal's jurisdiction depends on the existence, at any time during the examination of a complaint, of a designated contract or on the possibility of awarding such a contract.

[16] The Attorney General cited this Court's previous case law holding that the review of the Tribunal's decision regarding a question of jurisdiction be subject to the standard of correctness: *Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp.*, 2008 FCA 187, [2009] 1 F.C.R. 688, at paragraphs 27–28, *aff'd Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309 (*Northrop*), at paragraph 10. However, the Supreme Court cast doubt on the soundness of *Northrop* in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 33, and more recently in *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, 412 D.L.R. (4th) 103 (*Guérin*), at paragraph 35.

[17] In *Guérin*, the Supreme Court noted that the reasoning in *Northrop* followed the case law prior to *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and did not address a true question of jurisdiction: *Guérin*, at paragraph 35. This comment is consistent with the case law that holds that courts should be slow to qualify an issue of interpretation as jurisdictional, and therefore subject it to broader curial review when there is doubt as to its nature: *C.U.P.E. v. N.B.*

que l'interprétation par un tribunal de sa loi habilitante est présumée être raisonnable, sauf certaines exceptions : *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*), au paragraphe 21. L'une de ces exceptions est une véritable question de compétence d'un tribunal.

[14] En l'espèce, le Tribunal et le procureur général s'entendaient pour dire que la question en litige était de savoir si le Tribunal était habilité par sa loi constitutive à enquêter sur la plainte d'AIA. Cette vision commune de la question en litige ne nous lie pas. Il nous revient de décider si cette vision est bien fondée.

[15] La question de compétence en l'espèce est celle de savoir si la compétence du Tribunal dépend de l'existence, en tout moment au cours du traitement d'une plainte, d'un contrat spécifique ou de l'existence de la possibilité d'accorder un tel contrat.

[16] Le procureur général invoque la jurisprudence antérieure de notre Cour voulant que la révision d'une décision du Tribunal sur une question de sa compétence soit soumise à la norme de la décision correcte : *Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp.*, 2008 CAF 187, [2009] 1 R.C.F. 688 aux paragraphes 27 et 28, *conf. par Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309 (*Northrop*), au paragraphe 10. Cependant la Cour suprême a mis en doute le bien-fondé de *Northrop* dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teacher's Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 33, et plus récemment dans l'arrêt *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3 (*Guérin*), au paragraphe 35.

[17] Dans l'arrêt *Guérin*, la Cour suprême a souligné que le raisonnement dans l'arrêt *Northrop* suivait une jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et ne traitait pas d'une question qui touchait véritablement à la compétence : *Guérin*, au paragraphe 35. Cette observation s'inscrit dans le courant de jurisprudence selon lequel les tribunaux doivent éviter de qualifier trop rapidement comme question de compétence une question

*Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 97 D.L.R. (3d) 417, at page 233.

[18] The issue of the Tribunal's jurisdiction in this case is very similar to the issue raised in *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 (*Capilano*). The issue was whether the City of Edmonton's Assessment Review Board had jurisdiction to increase a property assessment where the landlord's application for review alleged that the assessment of its shopping centre was too high. The Supreme Court ruled that the issue whether the Board had the power to increase an assessment was simply one of interpretation of the Board's home statute and did not raise a true question of jurisdiction in the sense of *vires*:

.... It is clear here that the Board may hear a complaint about a municipal assessment. The issue is simply one of interpreting the Board's home statute in the course of carrying out its mandate of hearing and deciding assessment complaints. No true question of jurisdiction arises.

*Capilano*, at paragraph 26.

[19] In this case, there can be no doubt that the Tribunal has the jurisdiction to inquire into the procedure followed with respect to a government contract subject to trade agreements. The question of whether the Tribunal loses jurisdiction when such a government contract is cancelled is simply one of interpreting the Act and, as in *Capilano*, does not raise a true question of jurisdiction.

[20] In the light of these cases, I am of the view that the Supreme Court has decided, if only implicitly, that *Northrop* is no longer good law. The fact that a question of interpretation of its home statute affects the conditions under which the Tribunal may exercise its statutory powers is not in itself a question of *vires*, to which the

qui relève plutôt de l'interprétation, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute quant à sa nature : *S.C.F.P. c. Société des alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la page 233.

[18] La question de la compétence du Tribunal en l'espèce ressemble de près à la question soulevée dans l'arrêt *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 (*Capilano*). La question en litige était celle de savoir si le Comité de révision des évaluations de la Ville d'Edmonton avait la compétence de réviser à la hausse une évaluation foncière, et ce, dans le contexte d'une demande de révision par un propriétaire qui alléguait que l'évaluation de son centre commercial était trop élevée. La Cour suprême statua que la question de savoir si le Comité avait le pouvoir de réviser une évaluation à la hausse était une simple question d'interprétation de la loi habilitante du Comité et ne soulevait pas une véritable question de compétence dans le sens de *vires* :

Il est clair en l'espèce que le Comité peut entendre une plainte relative à une évaluation municipale. La question porte simplement sur l'interprétation par le Comité de sa loi constitutive dans l'exécution de son mandat consistant à entendre et à trancher les plaintes en matière d'évaluation. Aucune question touchant véritablement à la compétence ne se pose.

*Capilano*, au paragraphe 26.

[19] En l'espèce, il ne peut faire de doute que le Tribunal a la compétence pour enquêter sur la procédure suivie lors d'un marché public assujetti aux accords commerciaux. La question de savoir si le Tribunal perd compétence lors de l'annulation d'un tel marché public n'est ni plus ni moins qu'une question d'interprétation de la Loi et, tout comme dans l'arrêt *Capilano*, ne soulève aucune question touchant véritablement à la compétence.

[20] À la lumière de ces arrêts, je suis d'avis que la Cour suprême a décidé, ne serait-ce qu'implicitement, que l'arrêt *Northrop* ne fait plus jurisprudence. Le fait qu'une question d'interprétation de sa loi habilitante touche aux conditions dans lesquelles le Tribunal peut exercer ses pouvoirs statutaires n'est pas en soi une

standard of correctness applies. The presumption of reasonableness set forth under *McLean* applies and has not been rebutted.

[21] Moreover, the issue whether a contract has been awarded is a mixed question of fact and law because it calls for the application of a legal doctrine to the facts of the case. In the case of a statutory appeal from the decision of an expert tribunal, “the standard of review must be determined on the basis of administrative law principles”: *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraph 38. The standard of review for mixed questions of fact and law and questions of fact is that of reasonableness: *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraph 40.

B. *A designated contract has been awarded*

[22] The Tribunal ruled that it had jurisdiction to pursue an investigation since a contract had been awarded to LRO Staffing. This conclusion was based on the email that GAC had sent the AIA on March 21, 2016 that “[a] call-up has been awarded to the successful proposal submitted by LRO Staffing”: Reasons, at paragraph 31. The Attorney General, on the basis of Mr. Mucci’s testimony that a contract is only awarded once the designated form is delivered to the successful bidder, was of the opposite view.

[23] It was not disputed that the government contract was subject to one of the trade agreements listed or described in section 3 of the Regulations. This being the case, a contract awarded pursuant to such a government contract is a “designated contract”, which should be conclusive as to the issue of the Tribunal’s jurisdiction, unless the cancellation of the request for availability (RFA) has the extinctive effect that the Attorney General attributes to it.

[24] In this case, the Tribunal, which is the fact finder, asked whether a contract had actually been awarded and answered in the affirmative. The evidence before the Tribunal included Mr. Mucci’s testimony and the

question de *vires* qui fait appel à la norme de la décision correcte. La présomption de raisonabilité énoncée dans l’arrêt *McLean* s’applique et n’a pas été réfutée.

[21] Par ailleurs, la question de savoir si un contrat a été accordé est une question mixte de faits et de droit puisqu’elle requiert l’application d’une doctrine légale aux faits de la cause. Lors d’un appel statuaire de la décision d’un tribunal spécialisé, « la norme d’intervention doit être déterminée en fonction des principes du droit administratif » : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 38. La norme de contrôle d’une question mixte de faits et de droit est celle de la décision raisonnable : *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 40.

B. *Un contrat spécifique a été accordé*

[22] Le Tribunal a conclu qu’il avait la compétence de poursuivre une enquête puisqu’un contrat avait été accordé à LRO Staffing. Cette conclusion se fondait sur le courriel qu’AMC a acheminé à AIA le 21 mars 2016 selon lequel « [u]ne commande subséquente a été accordée à LRO Staffing pour sa proposition gagnante » : Motifs, au paragraphe 31. Le procureur général, se fondant sur le témoignage de M. Mucci selon lequel un contrat n’est accordé que lorsque le formulaire désigné est remis au soumissionnaire sélectionné, était d’avis contraire.

[23] Il n’était pas contesté que le marché public en cause était assujéti à un des accords commerciaux qui sont énumérés ou décrits à l’article 3 du Règlement. Cela étant, un contrat accordé à la suite d’un tel marché public est un « contrat spécifique », ce qui devrait être concluant quant à la question de la compétence du Tribunal, sauf si l’annulation de la DD [demande de disponibilité] a l’effet extinctif que lui prête le procureur général.

[24] En l’espèce, le Tribunal, qui est maître des faits, s’est demandé si un contrat avait bel et bien été accordé et a conclu que c’était bien le cas. La preuve administrée devant le Tribunal incluait le témoignage de M. Mucci

communications between GAC and AIA. These communications included the email in which GAC advised AIA that a contract had been awarded to another supplier. It was for the Tribunal to weigh the evidence and draw conclusions that it deemed credible. In exercising this power, the Tribunal found that a contract had been awarded.

[25] That conclusion necessarily implies an interpretation of the words “contract ... that has been ... awarded” in the definition of “designated contract” in section 30.1 of the Act. The Tribunal is not bound by the meaning given to that expression in the documents prepared by the government institution and may give it a meaning consistent with the wording of the Act in its entire context, which serves the fulfillment of the object of the Act: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, at paragraph 21.

[26] In this case, the Tribunal interpreted the words “contract ... that has been awarded” on the basis of the communication of the contract award, not on the basis of contractual formalities. The Tribunal’s point of view is not unreasonable. The definition of “designated contract” plays a limiting role in the Act because it limits access to the complaint and investigation process to disputes arising from government contracts subject to trade agreements. The Tribunal has chosen to define one of the components of this limiting element in relation to communicating the contract award to one or more bidders, a public gesture, rather than in relation to contractual formalities which are, in fact, non-public.

[27] This is entirely consistent with the Tribunal’s view that its interpretation contributes to its ability “to ensure that the *procurement process* is fair, competitive, efficient and conducted with integrity” [italics in original; footnote omitted]: Reasons, at paragraph 34. The exercise of this jurisdiction over the supply contract award process does not violate the Tribunal’s discretion under subsection 30.13(5) of the Act, not to conduct an inquiry where the complaint is trivial, frivolous or vexatious: Reasons, at paragraphs 33–37. In sum, the Tribunal’s finding that a contract was awarded in this

et les communications entre AMC et AIA. Parmi ces communications se trouvait le courriel dans lequel AMC avisait AIA qu’un contrat avait été accordé à un autre fournisseur. Il était du ressort du Tribunal de soulever la preuve et d’en tirer les conclusions qu’il estimait dignes de foi. Dans l’exercice de ce pouvoir, le Tribunal a conclu qu’un contrat avait été accordé.

[25] Cette conclusion implique nécessairement une interprétation de l’expression « [c]ontrat [...] qui a été accordé » dans la définition de « contrat spécifique » à l’article 30.1 de la Loi. Le Tribunal n’est pas lié par le sens donné à cette expression dans les documents préparés par l’institution fédérale et peut lui donner un sens qui s’accorde avec le libellé du texte de la Loi dans son contexte global et qui favorise l’accomplissement des objets visés par la Loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21.

[26] En l’espèce, le Tribunal a interprété l’expression « [c]ontrat [...] qui a été accordé » en fonction de la communication de l’attribution du contrat et non pas en fonction des formalités contractuelles. Le point de vue du Tribunal n’est pas déraisonnable. La définition de « contrat spécifique » joue un rôle limitatif dans la Loi parce qu’elle limite l’accès au processus de plainte et d’enquête aux différends survenant relativement aux marchés publics assujettis aux accords commerciaux. Le Tribunal a choisi de définir l’une des composantes de cet élément limitatif par rapport à la communication de l’accord d’un contrat à un ou des soumissionnaires, geste public, plutôt que par rapport aux formalités contractuelles qui sont, effectivement, non-publiques.

[27] Ceci est tout à fait conforme à l’avis du Tribunal selon lequel son interprétation favorisait sa capacité « de veiller à ce que la *passation* des marchés publics soit équitable, concurrentielle, efficace et intègre » [italique dans l’original; note en bas de page omise] : Motifs, au paragraphe 34. L’exercice de cette compétence à l’égard du processus de l’attribution des contrats de fourniture n’enfreint pas la discrétion du Tribunal, prévue au paragraphe 30.13(5) de la Loi, de ne pas enquêter lorsque la plainte est dénuée de tout intérêt : Motifs, aux paragraphes 33 à 37. Somme toute, la conclusion du Tribunal

case is not unreasonable and therefore does not call for our intervention.

*C. The cancellation of the contract did not deprive the Tribunal of its jurisdiction*

[28] The Attorney General argues that even if a contract was awarded, the subsequent cancellation of the government contract deprived the Tribunal of its jurisdiction. The Attorney General bases his argument on a case decided by this Court, *Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2000] F.C.J. No. 950 (QL) (C.A.) (*Novell*).

[29] In *Novell*, a supplier (*Novell*) contested the government's awarding of a contract without having conducted a competitive process. The government institution alleged that it did not have to conduct a competition because the contract was not covered by trade agreements. *Novell* was of the opposite view and further alleged that awarding the contract in this way was part of a contract splitting strategy. The Tribunal found in favour of *Novell* on the grounds that the contract was indeed subject to one or more trade agreements. However, the Tribunal did not rule on the issue of contract splitting. Despite its success before the Tribunal, *Novell* filed an application for judicial review before this Court, alleging that the Tribunal should rule on the issue of contract splitting.

[30] The supply at issue was designed to prevent the possibility of a computer system failure in the federal institution during the transition from 1999 to 2000, the famous Y2K problem, which, at the end of the day, turned out to be a non-event. After January 1, 2000 had come and gone without incident, the federal institution no longer needed the supply and, in the light of *Novell's* complaint, divested itself of everything it had acquired under the contract at issue.

[31] Given these facts, this Court [at paragraph 5] dismissed the application for judicial review, stating:

selon laquelle un contrat a été accordé en l'espèce n'est pas déraisonnable et donc ne justifie pas notre intervention.

*C. L'annulation du contrat n'a pas privé le Tribunal de compétence*

[28] Le procureur général fait valoir que même si un contrat a été accordé, l'annulation du marché public par la suite a privé le Tribunal de compétence. Le procureur général fonde son argument sur la décision de notre Cour dans l'affaire *Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2000] A.C.F. n° 950 (QL) (C.A.) (*Novell*).

[29] Dans l'arrêt *Novell*, un fournisseur (*Novell*) a contesté l'attribution d'un contrat sans appel d'offres concurrentielles. L'institution fédérale alléguait qu'elle n'était pas obligée de procéder par appel d'offres parce que le contrat n'était pas visé par les accords commerciaux. *Novell* était de l'avis contraire et en plus, alléguait que l'attribution du contrat de cette façon faisait partie d'une stratégie de fractionnement du marché. Le Tribunal a donné raison à *Novell* au motif que le contrat était en effet assujéti à un ou à plusieurs des accords commerciaux; par ailleurs, le Tribunal n'a pas traité de la question du fractionnement du marché. En dépit du fait de son succès devant le Tribunal, *Novell* a intenté une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour, alléguant que le Tribunal devait trancher la question de fractionnement du marché.

[30] La fourniture en cause était destinée à prévenir la possibilité d'une panne systémique des systèmes informatiques de l'institution fédérale lors du passage de l'année 1999 à l'année 2000, le fameux problème « Y2K » qui, en fin de compte, n'en fut pas un. Une fois que le 1<sup>er</sup> janvier 2000 est arrivé sans que se manifeste la panne redoutée, l'institution fédérale n'avait plus besoin de la fourniture et, à la lumière de la plainte déposée par *Novell*, s'est départie de tout ce qu'elle avait acquis en vertu du contrat en cause.

[31] À la lumière de ces faits, notre Cour [au paragraphe 5] a rejeté la demande de contrôle judiciaire en disant :

There is now no designated contract at issue.... While subsection 30.11(1) is broad enough to confer on the Tribunal jurisdiction to consider any aspect of a procurement process that relates to a designated contract, there must be a designated contract in order to trigger the broader inquiry. As there is now no designated contract at issue, the Tribunal is without jurisdiction to enter into any procurement process inquiry. In other words, there is no jurisdiction in the Tribunal under subsection 30.11(1) to conduct an at-large inquiry into the procurement processes of the government.

[32] The Tribunal considered *Novell*. It pointed out that it had previously noted that that case should be understood in the light of its particular facts, including the fact that after the Tribunal had ruled in favour of the complainant, the government institution had indicated that it no longer needed the services at issue and had discarded the software it had previously acquired. The Tribunal was of the opinion that this explained the result in *Novell*: Reasons, at paragraph 41.

[33] This attempt by the Tribunal to limit *Novell* to its particular facts would be persuasive if this Court had decided that the application for judicial review should be dismissed because the issue was moot, which was certainly the case. Thus, the decision to dismiss the application for judicial review would simply be an exercise of discretionary power not to proceed with an application for judicial review, which in fact, could not have any practical implications for the parties. But this Court decided the case on a question of jurisdiction, which is entirely different. We must abide by this Court's decision and not substitute for it the one it could have made. It follows that, if *Novell* was correctly decided, the Tribunal lost jurisdiction over AIA's complaint when the government contract was cancelled. The question is then whether *Novell* was correctly decided.

[34] The consistency of the doctrine of a court of appeal requires that each panel respect and apply in good faith the *ratio decidendi* of any decision rendered by another panel of the Court. The need for finality and certainty in law demands no less. That being said, since a

Il n'y a maintenant plus de contrat spécifique en litige [...] Bien que le paragraphe 30.11(1) soit assez large pour conférer au Tribunal la compétence d'examiner la procédure des marchés publics suivie relativement à un contrat spécifique, il doit exister un tel contrat pour lancer une enquête plus approfondie. Comme il n'y a pas de contrat spécifique en litige, le Tribunal n'a pas compétence pour entamer une enquête touchant une procédure de marché public. En d'autres termes, le Tribunal ne peut s'autoriser du paragraphe 30.11(1) pour mener une enquête sur l'ensemble de la procédure des marchés publics suivie par le gouvernement.

[32] Le Tribunal s'est penché sur l'arrêt *Novell*. Il a fait valoir qu'il avait précédemment noté que cet arrêt devait être compris à la lumière de ses faits particuliers, notamment le fait qu'après que le Tribunal eut rendu une décision favorable au plaignant, l'institution fédérale avait laissé savoir qu'elle n'avait plus besoin des services visés et s'était départie des logiciels acquis précédemment. Le Tribunal était d'avis que ce contexte expliquait le résultat dans l'affaire *Novell* : Motifs, au paragraphe 41.

[33] Cette tentative du Tribunal de limiter la portée de l'arrêt *Novell* à ses faits particuliers serait convaincante si notre Cour avait décidé que la demande de contrôle judiciaire devait être rejetée parce que la question était caduque, ce qui était certainement le cas. Ainsi, la décision de rejeter la demande de contrôle judiciaire ne serait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas donner suite à une demande de contrôle judiciaire qui, dans les faits, ne pouvait avoir aucune conséquence pratique pour les parties. Mais notre Cour a décidé la cause sur une question de compétence, ce qui est tout autre chose. Il nous faut nous en tenir à la décision que notre Cour a rendue, et ne pas lui substituer celle qu'elle aurait pu rendre. Il s'ensuit que si l'arrêt *Novell* a été bien décidée, le Tribunal a perdu compétence par rapport à la plainte d'AIA dès lors que le marché public a été annulé. La question qui se pose est celle de savoir si l'arrêt *Novell* a été bien décidée.

[34] La cohérence de la jurisprudence d'une cour d'appel exige que chaque formation respecte et applique de bonne foi le *ratio decidendi* de toute décision rendue par une autre formation de la Cour. La nécessité de la finalité et de la certitude dans le droit n'en exige pas moins. En

court is a human institution, the possibility of error cannot be ruled out and, given the limited number of applications for leave granted by the Supreme Court, not to mention the costs of such an approach, these errors may not be corrected. That is why the law gives courts of appeal the option to intervene when a decision rendered by a panel is clearly erroneous.

[35] This Court provided guidance on this possibility to intervene in *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (*Miller*). One panel of this Court cannot depart from a decision of another panel unless “the previous decision is manifestly wrong, in the sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed”: *Miller*, at paragraph 10.

[36] I am of the opinion that, evidently, *Novell* was wrongly decided by this Court because it overlooked the Act in several regards. The Court’s concern in *Novell* seemed to have been that in the absence of a specific contract, the Tribunal may read into subsection 30.11(1) a power to conduct an at-large inquiry into the procurement processes of the government. That concern is not in any way addressed in the provisions of the Act.

[37] The wording of the Act does not require that there be a specific contract in uninterrupted existence while a complaint is active. The Act simply requires that a complaint address the processes followed with respect to the award of a contract subject to trade agreements. The Tribunal rejected the argument based on the “extinguishing effect” of the cancellation of a procurement because a cancellation does not necessarily relate to the procedural flaws highlighted in the complaint and does not allow the Tribunal to fulfil its role of preserving trust in the integrity of procurement procedures: Reasons, at paragraph 35.

[38] The concern that, in the absence of a specific contract, the Tribunal [at paragraph 41] is allowed “to conduct an at-large inquiry into the procurement processes

revanche, une cour étant une institution humaine, la possibilité d’erreur ne peut être écartée et, compte tenu du nombre restreint de demandes d’autorisation accordées par la Cour suprême, pour ne rien dire des coûts d’une telle démarche, ces erreurs risquent de ne pas être corrigées. C’est pourquoi le droit reconnaît aux cours d’appel la possibilité d’intervenir lorsqu’une décision rendue par une formation s’avère manifestement erronée.

[35] Notre Cour a encadré cette possibilité d’intervention dans l’arrêt *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (*Miller*). Une formation de notre Cour ne peut s’écarter d’une décision d’une autre formation que si « la décision en cause [est] manifestement erronée, du fait que la Cour n’[a] pas tenu compte de la législation applicable ou d’un précédent qui aurait dû être respecté » : *Miller*, au paragraphe 10.

[36] Je suis d’avis que la décision de notre Cour dans l’arrêt *Novell* est manifestement erronée parce qu’elle n’a pas tenu compte de la Loi à plusieurs égards. La crainte qui semble avoir animé la Cour dans l’arrêt *Novell* est qu’en l’absence d’un contrat spécifique, le Tribunal s’autorise, à partir du paragraphe 30.11(1), à mener une enquête sur l’ensemble de la procédure des marchés publics suivie par le gouvernement. Cette crainte ne trouve aucun appui dans les dispositions de la Loi.

[37] Le libellé de la Loi n’exige pas l’existence d’un contrat spécifique à tout moment au cours de l’existence d’une plainte. La Loi exige simplement qu’une plainte porte sur les procédures suivies par rapport à l’adjudication d’un contrat qui est assujéti aux accords commerciaux. Le Tribunal a rejeté l’argument de « l’effet extinctif » de l’annulation d’un marché public au motif qu’une annulation ne s’adresse pas nécessairement aux défauts de procédure mis en relief par la plainte et ne permet pas au Tribunal de poursuivre sa vocation de préserver la confiance en l’intégrité de la procédure de passation des marchés publics : Motifs, au paragraphe 35.

[38] La crainte qu’à défaut de l’existence d’un contrat spécifique, le Tribunal [au paragraphe 41] se permette d’enquêter sur « l’ensemble de la procédure de passation

of the government” overlooks several other provisions of the Act.

[39] Subsection 30.11(1) authorizes the filing of a complaint with respect to a specific contract, but no inquiry is authorized unless the complaint meets the statutory requirements. Subsection 30.11(2) of the Act sets out the conditions a complaint must meet, including: “identify the complainant, the designated contract concerned and the government institution that awarded or proposed to award the contract” and “contain a clear and detailed statement of the substantive and factual grounds of the complaint”. All this ensures that any inquiry is limited to the circumstances surrounding a specific designated contract. Moreover, since subsection 30.14(1) provides that, in conducting an inquiry, the Tribunal shall limit its considerations to the subject-matter of the complaint, the Tribunal must therefore stand by the process followed with respect to the contract designated in the complaint.

[40] The effect of all these provisions is that the Tribunal may not conduct an inquiry into the process followed by a federal institution unless a potential supplier files a complaint designating a specific contract that was awarded or could be awarded. The supplier must also specify the reasons for the complaint. Once the Tribunal is convinced that the complaint meets the statutory requirements, it may determine whether an inquiry is warranted, but the inquiry must be limited to the subject-matter of the complaint. In sum, these provisions do not allow the Tribunal to conduct an at-large inquiry into the procurement processes of the government, contrary to the Court’s concern.

[41] It is also telling that, as the Tribunal noted, subsection 30.13(5) allows the Tribunal to decide not to conduct an inquiry into a complaint or to cease conducting an inquiry if it is of the opinion that the complaint is trivial. This provision gives the Tribunal the latitude to decide not to conduct an inquiry when its inquiry could have no practical effect and raises no questions as to the integrity or efficiency of procurements. This provision would have a very limited scope if the Tribunal could conduct an inquiry only when it was still possible to award a contract at any time.

des marchés publics suivie par le gouvernement » ne tient pas compte de plusieurs autres dispositions de la Loi.

[39] Le paragraphe 30.11(1) autorise le dépôt d’une plainte à l’égard d’un contrat spécifique, mais aucune enquête n’est autorisée à moins que la plainte ne soit conforme. Le paragraphe 30.11(2) de la Loi énumère les conditions que doit remplir une plainte conforme dont les suivantes : « préciser le contrat spécifique visé, le nom du plaignant et celui de l’institution fédérale chargée de l’adjudication du contrat » et « exposer de façon claire et détaillée ses motifs et les faits à l’appui ». Tout cela fait en sorte que toute enquête est limitée aux circonstances entourant un contrat spécifique particulier. Qui plus est, le paragraphe 30.14(1) prévoyant que, dans son enquête, le Tribunal doit se limiter à l’objet de la plainte, le Tribunal doit donc s’en tenir aux procédures suivies relativement au contrat décrit dans la plainte.

[40] L’ensemble de ces dispositions a pour effet que le Tribunal ne peut enquêter sur les procédures suivies par une institution fédérale que lorsqu’un fournisseur potentiel dépose une plainte qui identifie un contrat spécifique particulier qui, soit a été accordé, soit pourrait l’être. Le fournisseur doit de plus préciser les motifs de sa plainte. Une fois le Tribunal convaincu que la plainte est conforme, il peut déterminer s’il y a lieu d’enquêter, mais son enquête doit se limiter à l’objet de la plainte. Somme toute, ces dispositions ne permettent pas au Tribunal d’enquêter sur l’ensemble de la procédure des marchés publics suivie par le gouvernement, contrairement à ce que semblait craindre la Cour.

[41] Il est aussi révélateur que, comme le Tribunal l’a noté, le paragraphe 30.13(5) l’autorise à ne pas enquêter ou à terminer une enquête qu’il a intentée lorsqu’il estime que la plainte est dénuée de tout intérêt. Cette disposition laisse au Tribunal le loisir de ne pas enquêter lorsque son enquête ne peut avoir aucun effet pratique ou ne soulève aucune question d’intégrité ou d’efficacité des marchés publics. Cette disposition aurait une portée très limitée si le Tribunal ne pouvait enquêter que lorsque la possibilité d’attribution d’un contrat existait toujours à tout moment.

[42] In the light of these provisions, I conclude that this Court did not consider all the provisions of the Act pertaining to the operation of the Tribunal and, therefore, made a manifestly wrong decision. *Novell* is no longer good law. Consequently, the Tribunal did not lose its jurisdiction when GAC cancelled the procurement.

#### IV. CONCLUSION

[43] I conclude that the Tribunal's decision on its jurisdiction is not unreasonable.

[44] The application for judicial review should therefore be dismissed, with costs.

NADON J.A.: I agree.

GAUTHIER J.A.: I agree.

[42] À la lumière de ces dispositions, je conclus que notre Cour n'a pas tenu compte de l'ensemble des dispositions de la Loi qui portent sur le fonctionnement du Tribunal et, en conséquence, a rendu une décision qui est manifestement erronée. L'arrêt *Novell* ne fait plus autorité. En conséquence, le Tribunal n'a pas perdu compétence lorsqu'AMC a annulé le marché public.

#### IV. CONCLUSION

[43] Je conclus que la décision du Tribunal quant à sa compétence n'est pas déraisonnable.

[44] La demande de révision judiciaire devrait donc être rejetée avec dépens.

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

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-4072-16  
2017 FC 1026

IMM-4072-16  
2017 CF 1026

**Aierken Malikaimu and Ayoob Haji Mohammed**  
(Applicants)

**Aierken Malikaimu et Ayoob Haji Mohammed**  
(demandeurs)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: MALIKAIMU v. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP)**

**RÉPERTORIÉ : MALIKAIMU c. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ)**

Federal Court, LeBlanc J.—Ottawa and Toronto by teleconference, September 26; Ottawa, November 9, 2017.

Cour fédérale, juge LeBlanc—Ottawa et Toronto par téléconférence, 26 septembre; Ottawa, 9 novembre 2017.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Motion by applicants for appointment of special advocate in course of proceedings for leave to judicial review decision of visa officer — Applicant citizen of China of Uighur ethnicity, detained in Afghanistan, Guantanamo Bay — Flown to Albania as refugee — Applying for permanent residence, sponsored by wife — Visa officer conducting two interviews — Relying on, inter alia, information provided by applicant during second interview to hold that applicant inadmissible pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, ss. 34(1)(c), (f) — Applicants seeking leave to judicial review — Claiming disclosure incomplete pursuant to Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules (CIRP Rules), r. 9(1) — Federal Court directing respondent to disclose missing notes of first interview pursuant to CIRP Rules, r. 14(2) — Respondents filing motion pursuant to Act, s. 87 to protect those notes from disclosure — As result, applicants requesting appointment of special advocate — Issue whether appointment of special advocate required to ensure procedural fairness — Appointment of special advocate not required — No absolute right to have special advocate appointed when in camera hearing requested — Right to know case to be met not absolute — Duty of fairness herein at lower end of spectrum — Parliament removing obligation to appoint special advocate in context of s. 87 motions — CIRP Rules, r. 14 order only one step in judicial process potentially leading to disclosure of notes — R. 14 not to be read, applied in isolation — No reason to depart herein from Court's case law applying factors in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Materiality/probity of information subject to non-disclosure not requiring appointment of special advocate — Notes not "material" — Non-disclosure thereof not*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Requête pour la nomination d'un avocat spécial présentée par les demandeurs dans le cadre d'une instance visant à obtenir l'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision rendue par une agente des visas — Le demandeur est un citoyen chinois d'origine ethnique ouïgourea qui a été détenu en Afghanistan et à Guantanamo Bay — Il a été envoyé en Albanie à titre de réfugié — Son épouse a présenté une demande de parrainage d'un époux afin de le parrainer en tant que résident permanent — L'agente des visas a procédé à deux entrevues — Elle a tenu compte notamment des renseignements que le demandeur avait fournis pendant la deuxième entrevue pour conclure que le demandeur était interdit de territoire conformément aux art. 34(1)c) et f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Les demandeurs ont demandé qu'un contrôle judiciaire soit autorisé — Ils se sont plaints d'une divulgation incomplète en vertu de l'art. 9(1) des Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés (Règles CIPR) — La Cour fédérale a demandé au défendeur de produire les notes manquantes de la première entrevue en vertu de l'art. 14(2) des Règles CIPR — Le défendeur a présenté une requête en vertu de l'art. 87 de la Loi afin de protéger ces notes d'une divulgation — Cela a mené à la demande de nomination d'un avocat spécial présentée par les demandeurs — Il s'agissait de savoir s'il y avait motif à nommer un avocat spécial pour garantir l'équité procédurale — Il n'y avait pas motif à nommer un avocat spécial — Il n'y a aucun droit absolu à la nomination d'un avocat spécial lorsqu'une audience à huis clos est demandée — Le droit de connaître la preuve à réfuter n'est pas absolu — L'obligation d'équité en l'espèce était minimale — Le législateur a éliminé l'obligation de nommer un avocat spécial*

*preventing applicants from availing themselves of all means against impugned decision — Applicants having access to gist of information — At this stage, applicants only needing to show that challenge to visa officer's decision raising fairly arguable case — Ability to meet case against them measured against significantly lower threshold than the one applicable once leave granted — Claim for appointment of special advocate in circumstances of case herein not supported — Motion dismissed.*

This was a motion by the applicants for the appointment of a special advocate. The motion arose in the course of proceedings seeking leave to judicially review a decision of a visa officer rejecting, on national security grounds, the applicant Mr. Mohammed's application for permanent residence.

The applicant Mr. Mohammed, a citizen of China of Uighur ethnicity, was detained in Afghanistan after September 11, 2001 and transferred to Guantanamo Bay, where it was later determined that he was not an enemy combatant. He was released in 2006 and flown to Albania as a refugee. His wife submitted a spousal sponsorship application to sponsor him to come to Canada as a permanent resident. The applicant attended two interviews as part of the processing of his application. A visa officer held that the applicant was inadmissible pursuant to paragraphs 34(1)(c) and (f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) for engaging in terrorism and for being a member of a terrorist group. In arriving at these findings, the visa officer relied on, *inter alia*, information the applicant provided during the second interview. The applicants sought leave to judicially review the visa officer's decision. They complained that the notes of the first interview and other information were missing, resulting in an incomplete disclosure pursuant to subrule 9(1) of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules* (CIRP Rules). The Federal Court granted the applicants' motion under subrule 14(2) of the CIRP Rules directing the respondent to disclose the missing notes. The respondent filed a motion pursuant to section 87 of the Act in order to protect these notes

*dans le contexte des requêtes présentées en vertu de l'art. 87 — L'ordonnance en vertu de l'art. 14 des Règles CIPR n'était qu'une étape du processus judiciaire qui pourrait mener à la divulgation des notes — On ne peut lire et appliquer la règle 14 des Règles CIPR seule — Il n'y avait aucune raison d'écarter la jurisprudence de cette Cour appliquant les facteurs établis dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — L'importance et la valeur probante des renseignements visés par la non-divulgation ne requéraient pas la nomination d'un avocat spécial — Les notes n'étaient pas « importantes » — La non-divulgation des notes n'empêcherait pas les demandeurs de se prévaloir de tous les moyens pour contester la décision attaquée — Les demandeurs ont eu accès à l'essentiel des renseignements — À cette étape, les demandeurs n'avaient qu'à prouver que leur contestation de la décision rendue par l'agente des visas soulevait une cause relativement défendable — Il fallait mesurer la capacité des demandeurs à présenter leur défense selon un seuil beaucoup plus bas que celui applicable une fois l'autorisation accordée — Ces considérations ne soutenaient pas la demande de nomination d'un avocat spécial dans les circonstances en l'espèce — Requête rejetée.*

Il s'agissait d'une requête pour la nomination d'un avocat spécial présentée par les demandeurs. Cette requête a été présentée dans le cadre d'une instance visant à obtenir l'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision rendue par une agente des visas qui a rejeté la demande de résidence permanente présentée par le demandeur M. Mohammed pour des motifs de sécurité nationale.

Le demandeur, M. Mohammed, un citoyen chinois d'origine ethnique ouïgourea, a été détenu en Afghanistan après le 11 septembre 2001 et a ensuite été transféré à Guantanamo Bay, où l'on a ultérieurement conclu qu'il n'était pas un combattant ennemi. Il a été libéré en 2006 et envoyé en Albanie à titre de réfugié. Son épouse a présenté une demande de parrainage d'un époux afin de le parrainer pour qu'il vienne au Canada en tant que résident permanent. Le demandeur a assisté à deux entrevues dans le cadre du traitement de sa demande. Une agente des visas a conclu que le demandeur était interdit de territoire conformément aux alinéas 34(1)(c) et (f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi) pour s'être livré au terrorisme et pour avoir été membre d'une organisation terroriste. Afin d'en arriver à ces conclusions, l'agente des visas a tenu compte notamment des renseignements que le demandeur avait fournis pendant la deuxième entrevue. Les demandeurs ont demandé qu'un contrôle judiciaire soit autorisé à l'encontre de la décision de l'agente des visas. Ils se sont plaints de l'absence des notes de la première entrevue et d'autres renseignements, qui donnait lieu à une divulgation incomplète en vertu du paragraphe 9(1) des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés* (Règles CIPR). La Cour fédérale a

from disclosure, leading to the applicants' request for the appointment of a special advocate. The applicants claimed, *inter alia*, that without the appointment of a special advocate, they would be denied the opportunity to be heard and to meet the case against them in respect of both the section 87 motion and the underlying leave application of the visa officer's decision. They also contended that the factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (Baker)* weighed strongly in favour of a high degree of procedural fairness in determining whether a special advocate should be appointed in this case.

At issue was whether appointment of a special advocate was required to ensure procedural fairness.

*Held*, the motion should be dismissed.

The appointment of a special advocate was not required. There is no absolute right to have a special advocate appointed when an *in camera* hearing is requested under section 87 of the Act, as was the case herein. The right to know the case to be met is not absolute either. The duty of fairness owed to the person affected by a visa officer's decision rejecting an application for permanent residence submitted outside Canada is at the lower end of the spectrum. Parliament expressly removed the obligation to appoint a special advocate in the context of motions brought under section 87 of the Act. This signals a less generous approach to participatory rights than the one put forward by the applicants. The discretion conferred on the Court by section 87.1 is aimed at protecting the interests of the permanent resident or foreign national. While it could be said that the rule 14 order created a legitimate expectation that the notes would be made available to the Court and the applicants, in the immigration context, that order was only one step in the judicial process that could lead to the disclosure of these notes given the national security considerations at play. The section 87 motion was properly before the Court and posed the important question of whether the rule 14 order could be enforced in light of these considerations. Rule 14 of the CIRP Rules cannot be read and applied in isolation. The Rule 14 Order was therefore not the end of the road leading to the disclosure or non-disclosure of the impugned interview notes. The applicants knew—or ought to have known—this. That order could not reasonably have created a reasonable expectation that the notes would be disclosed or that a special advocate would be appointed. There was no reason to depart from this Court's case law applying the *Baker* factors to requests for the appointment of a special advocate made by failed permanent residence applicants residing abroad in the context of motions

accueilli la requête présentée par les demandeurs en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR et a demandé au défendeur de produire les notes manquantes. Le défendeur a présenté une requête en vertu de l'article 87 de la Loi afin de protéger ces notes d'une divulgation, ce qui a mené à la demande de nomination d'un avocat spécial présentée par les demandeurs. Les demandeurs ont fait valoir notamment que, sans la nomination d'un avocat spécial, ils n'auraient pas la possibilité d'être entendus et de présenter leur défense en ce qui concerne la requête en vertu de l'article 87 et la demande d'autorisation sous-jacente de la décision rendue par l'agente des visas. Ils ont fait valoir également que les facteurs établis dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (Baker)*, favorisaient considérablement un degré élevé d'équité procédurale afin de déterminer s'il fallait nommer un avocat spécial en l'espèce.

Il s'agissait de savoir s'il y avait motif à nommer un avocat spécial pour garantir l'équité procédurale.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

Il n'y avait pas motif à nommer un avocat spécial. Il n'y a aucun droit absolu à la nomination d'un avocat spécial lorsqu'une audience à huis clos est demandée en vertu de l'article 87 de la Loi, comme ce fut le cas dans la présente affaire. Le droit de connaître la preuve à réfuter n'est pas absolu non plus. L'obligation d'équité due à la personne touchée par la décision d'un agent des visas qui a rejeté une demande de résidence permanente présentée à l'étranger est minimale. Le législateur a expressément éliminé l'obligation de nommer un avocat spécial dans le contexte des requêtes présentées en vertu de l'article 87 de la Loi. Cela dénote une approche moins généreuse à l'égard des droits de participation que celle présentée par les demandeurs. Le pouvoir discrétionnaire dont jouit la Cour en vertu de l'article 87.1 vise à défendre les intérêts du résident permanent ou du ressortissant étranger. On pourrait dire que l'ordonnance en vertu de la règle 14 a donné ouverture à une attente légitime que les notes soient présentées à la Cour et aux demandeurs mais, dans le contexte de l'immigration, cette ordonnance n'était qu'une étape du processus judiciaire qui pourrait mener à la divulgation de ces notes vu les considérations relatives à la sécurité nationale en jeu. La Cour a été officiellement saisie de la requête en vertu de l'article 87, qui posait la question importante visant à déterminer s'il était possible d'exécuter l'ordonnance en vertu de la règle 14 à la lumière de ces considérations. On ne peut lire et appliquer la règle 14 des Règles CIPR seule. L'ordonnance en vertu de la règle 14 ne constituait donc pas la fin de la route menant à la divulgation ou à la non-divulgation des notes d'entrevue attaquées. Les demandeurs le savaient ou auraient dû le savoir. Cette ordonnance ne pouvait raisonnablement avoir donné lieu à une attente raisonnable selon laquelle les notes seraient divulguées ou un avocat spécial serait nommé. Il n'y avait aucune raison d'écarter la

brought under section 87 of the Act. The materiality/probity of the information subject to non-disclosure did not require appointing a special advocate. The notes, although “relevant”, could hardly be characterized as being “material”, that is, as permitting the quashing of the decision. The non-disclosure of the notes, should the section 87 motion be granted, would not prevent the applicants from availing themselves of all means against the impugned decision. The applicants have had access to the gist of the information on which the visa officer relied to deny Mr. Mohammed a permanent resident visa, allowing them to meet the case against them. At this stage of their judicial review proceeding, the applicants only needed to show that their challenge of the visa officer’s decision raised a fairly arguable case. The applicants’ ability to meet the case against them therefore had to be measured against a significantly lower threshold than the one applicable once leave is granted. The combined effect of these considerations did not support the claim for the appointment of a special advocate in the circumstances of this case.

jurisprudence de cette cour sur l’application des facteurs établis dans l’arrêt *Baker* aux demandes de nomination d’un avocat spécial présentée par des demandeurs de résidence permanente résidant à l’étranger dont la demande a été refusée, dans le contexte des requêtes présentées en vertu de l’article 87 de la Loi. L’importance et la valeur probante des renseignements visés par la non-divulgence ne requéraient pas la nomination d’un avocat spécial. On pouvait difficilement dire que les notes, même si elles étaient « pertinentes », étaient « importantes » au point de permettre l’annulation de la décision. La non-divulgence des notes, si la requête en vertu de l’article 87 était accueillie, n’empêcherait pas les demandeurs de se prévaloir de tous les moyens pour contester la décision attaquée. Les demandeurs ont eu accès à l’essentiel des renseignements sur lesquels l’agent des visas s’est appuyée pour refuser le visa de résident permanent demandé par M. Mohammed. Ils sont donc en mesure de présenter leur défense. À cette étape de leur procédure de contrôle judiciaire, les demandeurs n’avaient qu’à prouver que leur contestation de la décision rendue par l’agent des visas soulevait une cause relativement défendable. Il fallait donc mesurer la capacité des demandeurs à présenter leur défense selon un seuil beaucoup plus bas que celui applicable une fois l’autorisation accordée. L’effet combiné de ces considérations ne soutenait pas la demande de nomination d’un avocat spécial dans les circonstances en l’espèce.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.  
*Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, rr. 9, 14, 17.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 397.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(c),(f), 83, 87, 87.1.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1140, 270 C.P.R. (2d) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Karakachian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 948, 364 F.T.R. 1; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371; *Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114; *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 345, [2002] 2 F.C. 413.

#### 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 l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)(c),(f), 83, 87, 87.1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 397.  
*Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, règles 9, 14, 17.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1140; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Karakachian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 948; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 952; *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CAF 345, [2002] 2 C.F. 413.

## CONSIDERED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Farkhondehfall v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1064, 2 Admin. L.R. (5th) 240; *Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85.

## REFERRED TO:

*Malkine v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 496, 344 F.T.R. 307; *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423; *Afanasyev v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 737, 372 F.T.R. 273; *Dhahbi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 347; *Yadav v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 140, 8 Admin. L.R. (5th) 86; *El Dor v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1406; *Aryaie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 469.

MOTION for the appointment of a special advocate arising in the course of leave proceedings for judicial review of a visa officer's decision rejecting on national security grounds the applicant Mr. Mohammed's application for permanent residence. Motion dismissed.

## APPEARANCES

*Prasanna Balasundaram* for applicants.  
*John Loncar* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Downtown Legal Services*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] LeBLANC J.: The applicants, Ayoob Haji Mohammed (Mr. Mohammed) and Airken Malikaimu (Ms. Malikaimu), are husband and wife. They are seeking leave to judicially review a decision of a visa officer stationed at the Canadian Embassy in Rome, Italy (the Visa Officer), who, on July 11, 2016, rejected

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Farkhondehfall c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 1064; *Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Malkine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 496; *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423; *Afanasyev c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 737; *Dhahbi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 347; *Yadav c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 140; *El Dor c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1406; *Aryaie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 469.

REQUÊTE pour la nomination d'un avocat spécial présentée dans le cadre d'une instance visant à obtenir l'autorisation de demander le contrôle judiciaire de la décision rendue par une agente des visas qui a rejeté la demande de résidence permanente présentée par le demandeur M. Mohammed pour des motifs de sécurité nationale. Requête rejetée.

## ONT COMPARU :

*Prasanna Balasundaram* pour les demandeurs.  
*John Loncar* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Downtown Legal Services*, Toronto, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE LeBLANC : Les demandeurs, Ayoob Haji Mohammed (M. Mohammed) et Airken Malikaimu (M<sup>me</sup> Malikaimu), sont mari et femme. Ils demandent qu'un contrôle judiciaire soit autorisé à l'encontre de la décision rendue par une agente des visas en poste à l'ambassade du Canada à Rome (Italie) (l'agente des

Mr. Mohammed's application for permanent residence on national security grounds. Mr. Mohammed's application was sponsored by Ms. Malikaimu, who is a Canadian citizen.

[2] In the course of the leave proceedings, the respondent was ordered to produce the notes of an interview Mr. Mohammed attended at the Canadian Embassy in Tirana, Albania, on January 15, 2015, while his permanent residence application was being assessed. When that order became definitive, the respondent brought a motion under section 87 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) claiming that the disclosure of these notes could be injurious to national security or endanger the safety of a person.

[3] The applicants urge the Court, in such context, to appoint a special advocate pursuant to section 87.1 of the Act. That provision allows a judge of this Court, during a judicial review, to appoint a special advocate where he/she is of the opinion that considerations of fairness and natural justice require such appointment in order to protect the interests of the applicant.

[4] For the reasons that follow, I have determined that the appointment of a special advocate is not necessary in this case, at least at this stage of the proceeding.

#### I. Background Facts

[5] Mr. Mohammed is a citizen of China of Uighur ethnicity. He resides in Albania as a refugee since March 2006. While in Albania, he met Ms. Malikaimu through an online social networking site. They married in March 2010. The couple have two children. A few years after their wedding, Ms. Malikaimu submitted a spousal sponsorship application to sponsor Mr. Mohammed to come to Canada as a permanent resident.

[6] In their written submissions in response to the respondent's section 87 motion (the Section 87 Motion) and in support of their request for the appointment of a

visas) qui, le 11 juillet 2016, a rejeté la demande de résidence permanente présentée par M. Mohammed pour des motifs de sécurité nationale. M<sup>me</sup> Malikaimu, qui est citoyenne canadienne, parrainait la demande présentée par M. Mohammed.

[2] Dans le cadre de la procédure d'autorisation, le défendeur a dû produire les notes d'une entrevue à laquelle M. Mohammed a assisté à l'ambassade du Canada à Tirana (Albanie), le 15 janvier 2015, pendant l'évaluation de sa demande de résidence permanente. Lorsque cette ordonnance est devenue définitive, le défendeur a présenté une requête en vertu de l'article 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), en affirmant que la divulgation de ces notes pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou mettre en danger la sécurité d'une personne.

[3] Les demandeurs pressent la Cour, dans un tel contexte, de nommer un avocat spécial conformément à l'article 87.1 de la Loi. En vertu de cette disposition, un juge de la Cour peut, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, nommer un avocat spécial s'il est d'avis que les considérations d'équité et de justice naturelle requièrent une telle nomination en vue de la défense des intérêts du demandeur.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu qu'il n'est pas nécessaire de nommer un avocat spécial en l'espèce, du moins, pas à cette étape de l'instance.

#### I. Faits

[5] M. Mohammed est un citoyen chinois d'origine ethnique ouïgoure. Il réside en Albanie en tant que réfugié depuis mars 2006. Pendant qu'il se trouvait en Albanie, il a rencontré M<sup>me</sup> Malikaimu dans un site Web de réseautage social. Ils se sont mariés en mars 2010 et ont deux enfants. Quelques années après son mariage, M<sup>me</sup> Malikaimu a présenté une demande de parrainage d'un époux afin de parrainer M. Mohammed pour qu'il vienne au Canada en tant que résident permanent.

[6] Dans les observations écrites qu'ils ont présentées en réponse à la requête déposée par le défendeur en vertu de l'article 87 (la requête en vertu de l'article 87) et à

special advocate, the applicants describe, as follows, a series of events. These events allegedly began in 2001 when Mr. Mohammed says he travelled to Pakistan to obtain a student visa that would allow him to study in the United States. This led to Mr. Mohammed being detained by the U.S. military in Afghanistan in the aftermath of the September 11, 2001 attacks on the World Trade Center in New-York City, transferred to the American military prison of Guantanamo Bay, Cuba, and eventually released and flown to Albania with refugee protection:

3. Mr. Mohammed travelled with a friend to Pakistan in fall 2001 to obtain his student visa. His friend would also be travelling to the US, and so after Mr. Mohammad was issued his visa, he decided to wait for his friend's visa to be issued. The pair knew that Pakistan was a dangerous place for individuals of Uighur ethnicity, which necessitated them to go to Afghanistan and wait there until the remaining visa was issued.

4. After the US began military operations in Afghanistan after the events of September 11, 2001, however, Mr. Mohammad was forced to slip back into Pakistan to escape the rising hostilities. Pakistan proved to be no safer, since he was there captured by bounty hunters, along with a number of other Uighurs, and sold to the US military.

...

7. Mr. Mohammad was first held in an American prison in Kandahar, Afghanistan, and was then transferred to the prison at Guantanamo Bay, Cuba. While in Guantanamo Bay, however, the Combatant Status Review Tribunal determined that Mr. Mohammad was not an enemy combatant. This was confirmed by the US Department of Justice in a Reply Memorandum in 2005 as part of a *habeas corpus* application submitted by Mr. Mohammad.

8. Mr. Mohammad could not be released from Guantanamo Bay, however, since the US government had difficulty finding a country where Mr. Mohammad

l'appui de leur demande de nomination d'un avocat spécial, les demandeurs décrivent ainsi une série d'événements. Ils allèguent que ces événements ont commencé en 2001, lorsque, selon ce qu'il indique, M. Mohammed s'est rendu au Pakistan afin d'obtenir un visa d'étudiant qui lui permettrait d'étudier aux États-Unis. C'est ce qui a donné lieu à la détention de M. Mohammed par les forces militaires américaines en Afghanistan à la suite des attaques commises le 11 septembre 2001 au World Trade Center (New York). Il a ensuite été transféré à la prison militaire américaine de Guantanamo Bay (Cuba), pour être éventuellement libéré et envoyé en Albanie avec une demande d'asile :

[TRADUCTION]

3. M. Mohammed s'est rendu au Pakistan avec un ami à l'automne 2001 afin d'obtenir son visa d'étudiant. Étant donné que son ami se rendait aussi aux États-Unis, M. Mohammed, après la délivrance de son visa, a décidé d'attendre que son ami reçoive aussi le sien. Les deux hommes savaient que le Pakistan était un endroit dangereux pour les personnes d'origine ouïgoure, ce qui les a forcés à se rendre en Afghanistan et à attendre là jusqu'à la délivrance de l'autre visa.

4. Après le début des opérations militaires des États-Unis en Afghanistan dans la foulée des attentats du 11 septembre 2001, toutefois, M. Mohammad a été contraint de revenir discrètement au Pakistan pour fuir les hostilités grandissantes. Il s'est avéré que le Pakistan n'était pas plus sécuritaire, puisque des chasseurs de prime l'ont capturé, ainsi qu'un certain nombre d'autres Ouïgours, et vendus à l'armée américaine.

[...]

7. M. Mohammad a d'abord été détenu dans une prison américaine à Kandahar (Afghanistan) et ensuite transféré à la prison de Guantanamo Bay (Cuba). Pendant qu'il se trouvait à Guantanamo Bay, cependant, le tribunal d'examen du statut de combattant a conclu que M. Mohammad n'était pas un combattant ennemi. Le département de la Justice des États-Unis l'a confirmé dans un mémoire en réplique en 2005, dans le cadre d'une requête en *habeas corpus* présentée par M. Mohammad.

8. M. Mohammad ne pouvait toutefois être libéré de Guantanamo Bay puisque le gouvernement américain éprouvait de la difficulté à trouver un pays où il

could be transferred, but would not be subject to torture. The US government also opposed release of Mr. Mohammad on *habeas corpus* grounds, since they wanted to wait for the resolution of appeals of other Guantanamo Bay detainees' cases. Albania ultimately agreed to take Mr. Mohammad as a refugee in 2006, and he was finally released from Guantanamo Bay and flown to Albania on May 5, 2006.

[7] As part of the processing of his application for permanent residence, Mr. Mohammed was asked by the Visa section of the Canadian Embassy in Rome to attend two interviews. One was held on January 15, 2015 (the First Interview), the other on March 10, 2016 (the Second Interview).

## II. The Visa Officer's Decision

[8] As indicated at the outset of these reasons, the Visa Officer held that Mr. Mohammed did not qualify for the issuance of a permanent resident visa to Canada on inadmissibility grounds. More particularly, the Visa Officer found Mr. Mohammed to be inadmissible pursuant to paragraphs 34(1)(c) and (f) of the Act for engaging in terrorism and for being a member of an organization—the East Turkistan Islamic Movement (ETIM)—for which there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts of terrorism.

[9] In her letter of July 11, 2016 informing Mr. Mohammed of her decision, the Visa Officer outlined as follows the grounds for her belief that Mr. Mohammed was a member of the ETIM:

During your interview on March 10, 2016, you stated that you went to Afghanistan and lived for 3 months with a group of individuals who were fighting for the political objective of the independence of Turkistan. You stated during your interview that the group was armed and that you saw Kalashnikovs in the cave where you lived with this group. You stated that the political orientation of this group was against China and that they were in Afghanistan to train against the Chinese authorities. You

pourrait être transféré sans être soumis à la torture. Le gouvernement américain s'est aussi opposé à la libération de M. Mohammad pour des motifs d'*habeas corpus* puisqu'il voulait attendre le règlement des appels d'autres dossiers de détenus de Guantanamo Bay. En fin de compte, l'Albanie a finalement accepté d'accueillir M. Mohammed en tant que réfugié, en 2006 et il a finalement été libéré de Guantanamo Bay et s'est envolé pour l'Albanie le 5 mai 2006.

[7] La section des visas de l'ambassade du Canada à Rome a demandé à M. Mohammed d'assister à deux entrevues dans le cadre du traitement de sa demande de résidence permanente. L'une a eu lieu le 15 janvier 2015 (la première entrevue), l'autre, le 10 mars 2016 (la deuxième entrevue).

## II. Décision de l'agente des visas

[8] Comme il l'est indiqué au début des présents motifs, l'agente des visas a conclu que M. Mohammed n'était pas admissible à la délivrance d'un visa de résident permanent au Canada pour des motifs d'interdiction de territoire. Plus précisément, l'agente des visas a conclu que M. Mohammed était interdit de territoire conformément aux alinéas 34(1)c) et f) de la Loi pour s'être livré au terrorisme et pour avoir été membre d'une organisation — le Mouvement islamique du Turkestan oriental (MITO) — dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte terroriste.

[9] Dans sa lettre en date du 11 juillet 2016, dans laquelle elle informait M. Mohammed de sa décision, l'agente des visas a présenté les motifs qui suivent qui l'ont poussée à croire que M. Mohammed était membre du MITO :

[TRADUCTION]

Pendant votre entrevue du 10 mars 2016, vous avez affirmé que vous vous êtes rendu en Afghanistan, où vous avez habité pendant trois mois avec un groupe de personnes qui luttait pour l'objectif politique de l'indépendance du Turkestan. Vous avez indiqué, pendant votre entrevue, que les membres de ce groupe étaient armés et que vous avez vu des kalachnikovs dans la grotte où vous habitiez avec eux. Vous avez affirmé que l'orientation politique de ce groupe était contre la Chine

stated that this group was maybe named the “ETIM” by the Americans. You did not deny that you may have been with this group that the Americans labeled as “ETIM” and that you shared their political vision and lived/traveled with them for 3 months in Afghanistan.

You were accused by the tribunal at Guantanamo Bay in 2004 as travelling to Afghanistan to learn how to use weapons. A US report states that you received training in an ETIM training camp in Afghanistan. You were arrested there and detained and brought to Guantanamo Bay as you were considered an enemy combatant i.e. someone who has supported the hostilities against the US or its allies. You stated on March 10 2016 during your interview that, “after the interrogation (in Afghanistan), they told us that they captured us at the wrong place at the wrong time.” Credibility concerns were raised during your interview on March 10 2016 as the officer did not find it credible that the American authorities made an error in capturing you at the wrong place and at the wrong time. You were asked on March 10 2016 during your interview why the American authorities would not simply release you if they had no reason to believe that you were connected to a terrorist group, and why they would have sent you to Guantanamo if they did not have concerns about your personal history. Your responses at interview did not disabuse me of my concerns.

Furthermore, credibility concerns were raised in relation to your travel to Afghanistan. The officer raised the concern that it did not appear credible that you would travel to Afghanistan just after the 9/11 attacks because you were waiting for your friend’s visa and that you would choose to travel there for touristic purposes. Another credibility concern was raised during your interview on March 10, 2016 in relation to your narrative that you coincidentally ended up in a camp of Uigher people in Afghanistan who were training to fight for the liberation of Turkistan. You stated that, “In Afghanistan there is a group of people who come together to train against China.” It is unclear how you knew that there was a group of people training to fight in this location if you had no interest in fighting. You stated that, “When I was with the people who were fighting for the independence of Turkistan we were fighting for political independence not religion.” It is unclear why you would state “we were

et qu’il se trouvait en Afghanistan pour suivre une formation qui lui permettrait de lutter contre les autorités chinoises. Vous avez indiqué que les Américains nommaient peut-être ce groupe le « MITO ». Vous n’avez pas nié que vous auriez pu vous trouver en compagnie de membres ce groupe que les Américains appelaient le « MITO », que vous partagiez leur vision politique et que vous avez habité et voyagé avec eux pendant trois mois en Afghanistan.

Le tribunal de Guantanamo Bay vous a accusé en 2004 de vous être rendu en Afghanistan pour apprendre à vous servir d’armes. Selon un rapport américain, vous avez suivi une formation dans un camp de formation du MITO en Afghanistan. Vous avez été arrêté là, puis détenu et envoyé à Guantanamo Bay, puisque vous étiez considéré comme un combattant ennemi, c’est-à-dire une personne qui a soutenu les hostilités à l’égard des États-Unis ou de ses alliés. Vous avez indiqué, le 10 mars 2016, pendant votre entrevue, qu’« après l’interrogatoire (en Afghanistan), ils nous ont dit qu’ils nous avaient capturés au mauvais endroit au mauvais moment ». Des doutes sur votre crédibilité ont été soulevés pendant votre entrevue du 10 mars 2016, parce que l’agent ne croyait pas que les autorités américaines avaient commis une erreur en vous capturant au mauvais endroit au mauvais moment. On vous a demandé, pendant votre entrevue du 10 mars 2016, pourquoi les autorités américaines ne vous avaient tout simplement pas relâché si elles n’avaient aucun motif de croire que vous étiez lié à un groupe terroriste et pourquoi elles vous auraient envoyé à Guantanamo si elles n’avaient aucun doute sur vos antécédents personnels. Les réponses que vous avez fournies pendant l’entrevue n’ont pas apaisé mes préoccupations.

Qui plus est, des préoccupations relatives à la crédibilité ont été soulevées par rapport à votre voyage en Afghanistan. L’agent s’est dit préoccupé par le fait qu’il n’était pas crédible que vous vous rendiez en Afghanistan tout juste après les attentats du 11 septembre parce que vous attendiez que votre ami obtienne son visa et que vous choisissiez de vous y rendre à des fins touristiques. Une autre préoccupation relative à la sécurité a été soulevée pendant votre entrevue du 10 mars 2016 en lien avec votre exposé des faits selon lequel vous avez fini par vous trouver par coïncidence dans un camp de personnes ouïgoures en Afghanistan qui suivaient une formation pour lutter pour la libération du Turkestan. Vous avez indiqué : « En Afghanistan, un groupe de personnes s’est rassemblé afin de suivre une formation pour lutter contre la Chine ». On ignore comment vous saviez qu’un groupe de personnes qui suivait une formation à cet endroit en vue de se battre si vous

fighting” for this objective if you were not yourself involved in the fight. There are reasonable grounds to believe that, as the group was armed and you stated that members of this group went to Afghanistan to be trained against Chinese authorities, and as you lived with this group for 3 months, that you also received training to fight for ETIM’s political objectives. Your responses at interview did not disabuse me of my concerns.

[10] In order to arrive at these findings, the Visa Officer indicated in her letter having considered “the information [Mr. Mohammed] provided, the information [Mr. Mohammed] provided during the interview and open-source information”. The only interview to which the letter refers is the Second Interview.

### III. The Background to the Section 87 Motion

[11] What led to the filing of the respondent’s motion under section 87 of the Act (the Section 87 Motion) is rather unusual.

[12] After having filed their application for leave and judicial review on September 29, 2016, the applicants indicated not having received the written reasons of the Visa Officer’s decision. In accordance with subrule 9(1) of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (CIRP Rules), the Visa Officer was requested to provide a copy of her reasons for decision. On October 4, 2016, in response to that request, the Visa Officer filed a nine-page document consisting of the notes she entered in the Visa Section’s Global Case Management System (GCMS) regarding Mr. Mohammed’s application for permanent residence. These notes only make reference to what was stated by Mr. Mohammed at the Second Interview.

n’aviez aucun intérêt à vous battre. Vous avez indiqué « Lorsque je me trouvais avec les personnes qui luttait pour l’indépendance du Turkestan, nous nous battions pour l’indépendance politique et pas la religion ». On ignore pourquoi vous diriez « nous nous battions » pour cet objectif si vous ne participiez pas vous-même à la lutte. Il y a des motifs raisonnables de croire que, vu que le groupe était armé et que vous avez affirmé que les membres de ce groupe s’étaient rendus en Afghanistan pour suivre une formation en vue de lutter contre les autorités chinoises et que vous avez habité avec ce groupe pendant trois mois, vous avez aussi suivi une formation pour vous battre pour les objectifs politiques du MITO. Les réponses que vous avez fournies pendant l’entrevue n’ont pas apaisé mes préoccupations.

[10] Afin d’en arriver à ces conclusions, l’agente des visas a indiqué dans sa lettre qu’elle avait tenu compte [TRADUCTION] « des renseignements que [M. Mohammed] avait fournis, des renseignements que [M. Mohammed] a fournis pendant l’entrevue et de renseignements de source ouverte ». La seule entrevue dont il est question dans la lettre est la deuxième entrevue.

### III. Faits liés à la requête en vertu de l’article 87

[11] Ce qui a mené le défendeur à déposer sa requête en vertu de l’article 87 de la Loi (la requête en vertu de l’article 87) est plutôt inhabituel.

[12] Après avoir présenté leur demande d’autorisation et de contrôle judiciaire, le 29 septembre 2016, les demandeurs ont indiqué qu’ils n’avaient pas reçu les motifs écrits de la décision de l’agente des visas. Conformément au paragraphe 9(1) des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (Règles CIPR), l’agente des visas était tenue de remettre une copie des motifs de sa décision. Le 4 octobre 2016, en réponse à cette demande, l’agente des visas a produit un document de neuf pages composé des notes qu’elle avait saisies dans le Système mondial de gestion des cas (SMGC) de la section des visas sur la demande de résidence permanente présentée par M. Mohammed. Ces notes renvoyaient uniquement à ce que M. Mohammed avait indiqué pendant la deuxième entrevue.

[13] On November 10, 2016, the applicants' former counsel complained that the notes of the First Interview as well as the "open source information" relied upon by the Visa Officer to make her decision were missing, resulting in an incomplete rule 9 disclosure. The respondent disagreed, claiming that the Visa Officer's obligations under rule 9 had been met.

[14] On December 23, 2016, the applicants filed a motion under subrule 14(2) of the CIRP Rules, seeking an order directing the respondent to disclose the notes of the First Interview and the open source information. Subrule 14(2) empowers the leave judge to order the production of documents in possession or control of the decision maker that he/she considers required for the proper disposition of the leave application.

[15] The applicants claimed that without this information, they were unable to properly prepare the application record—and the Court to properly exercise its authority to grant or deny leave—since the full basis of the Visa Officer's findings was not known to either of them.

[16] The respondent opposed the applicants' motion, claiming that the notes of the First Interview (the Notes) were unnecessary for the disposition of the applicants' leave application. In support of its contention, the respondent filed an affidavit from the Visa Officer. The affidavit states that the January 15, 2015 interview was conducted by "partners" and that the Visa Officer neither had access to, nor considered, the Notes in making her decision.

[17] On February 15, 2017, a judge of this Court (the Motion Judge) granted the applicants' motion, thereby ordering the respondent to produce, by March 15, 2017, both the Notes and the open source information relied upon by the Visa Officer in support of her decision (the Rule 14 Order). No reasons were provided.

[13] Le 10 novembre 2016, l'ancien avocat des demandeurs s'est plaint de l'absence des notes de la première entrevue et des « renseignements de source ouverte » sur lesquels l'agente des visas s'était fondée pour rendre sa décision, qui donnait lieu à une divulgation incomplète en vertu de la règle 9. Le défendeur n'était pas d'accord et affirmait que l'agente s'était acquittée de son obligation en vertu de la règle 9.

[14] Le 23 décembre 2016, les demandeurs ont présenté une requête en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR afin d'obtenir une ordonnance demandant que le défendeur divulgue les notes de la première entrevue et les renseignements de source ouverte. En vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR, le juge peut ordonner la production de documents sous la garde du décideur dont il estime qu'ils sont nécessaires pour décider de manière appropriée de l'issue de la demande d'autorisation.

[15] Les demandeurs ont affirmé qu'ils n'étaient pas en mesure de préparer adéquatement le dossier de la demande sans ces renseignements — et la Cour d'exercer de manière appropriée son pouvoir d'accorder ou de refuser l'autorisation — étant donné qu'ils ignoraient tous deux l'ensemble des conclusions de l'agente des visas.

[16] Le défendeur s'est opposé à la requête présentée par les demandeurs, en affirmant que les notes de la première entrevue (les notes) n'étaient pas nécessaires pour déterminer l'issue de la demande d'autorisation des demandeurs. Le défendeur a produit un affidavit de l'agente des visas à l'appui de son argument. L'affidavit indique que l'entrevue du 15 janvier 2015 a été menée par des « partenaires » et que l'agente des visas n'avait pas eu accès aux notes et n'en avait pas tenu compte pour rendre sa décision.

[17] Le 15 février 2017, une juge de la Cour (la juge saisie de la requête) a accueilli la requête présentée par les demandeurs et a donc demandé au défendeur de produire, d'ici le 15 mars 2017, les notes et les renseignements de source ouverte sur lesquels l'agente des visas s'était fondée pour prendre sa décision (l'ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles). Aucun motif n'a été présenté.

[18] On February 27, 2017, the respondent sought reconsideration of the Rule 14 Order pursuant to rule 397 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106], claiming that the Motion Judge had either overlooked or accidentally failed to consider the Visa Officer's evidence that she did not have access to—let alone relied upon—the Notes in making her decision. In its written submissions, the respondent indicated that should the Motion Judge uphold the production of these notes, a motion under section 87 of the Act would be brought on the basis that the disclosure of this information could be injurious to national security or endanger the safety of any person. The respondent also suggested that the matter be referred to a judge of this Court designated to deal with national security issues.

[19] The respondent's motion to reconsider was dismissed on March 22, 2017. The Motion Judge held that the respondent had failed to identify “any matter that should have been dealt with that I overlooked or accidentally omitted to deal with”. The Motion Judge added that the respondent would have the opportunity to address its relevancy arguments “at the hearing of the Application”.

[20] On March 27, 2017, the respondent disclosed the open source information it was directed to produce by the Motion Judge. As for the Notes, the Rule 14 Order was met with the Section 87 Motion in order to protect these notes from disclosure. That motion was filed on March 31, 2017, and led, as indicated at the outset of these reasons, to the applicants' request for the appointment of a special advocate.

[21] It would appear that this is the first time a motion under section 87 of the Act has been brought at the leave stage of a judicial review proceeding initiated under the Act.

[18] Le 27 février 2017, le défendeur a demandé le réexamen de l'ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles CIPR, conformément à la règle 397 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106], en affirmant que le juge saisi de la requête avait négligé ou omis par inadvertance la preuve produite par l'agente des visas selon laquelle elle n'avait pas pu consulter les notes, encore moins en tenir compte, afin de rendre sa décision. Le défendeur a indiqué, dans ses observations écrites, que, si la juge saisie de la requête devait maintenir la production de notes, une requête en vertu de l'article 87 de la Loi serait déposée au motif que la divulgation de ces renseignements pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou mettre en danger la sécurité d'autrui. Le défendeur a également suggéré de renvoyer l'affaire à un juge de la Cour chargé de trancher les questions liées à la sécurité nationale.

[19] La requête en réexamen présentée par le défendeur a été rejetée le 22 mars 2017. La juge saisie de la requête a conclu que le défendeur n'avait pas réussi à cerner [TRADUCTION] « une question qui aurait dû être tranchée que j'ai négligé ou accidentellement omis de trancher ». La juge saisie de la requête a ajouté que le défendeur aurait la possibilité d'aborder ses arguments sur la pertinence [TRADUCTION] « à l'audience sur la demande ».

[20] Le 27 mars 2017, le défendeur a divulgué les renseignements de source ouverte que la juge saisie de la requête lui avait ordonné de produire. En ce qui concerne les notes, le défendeur a donné suite à l'ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles CIPR en présentant la requête en vertu de l'article 87 afin de protéger ces notes d'une divulgation. Cette requête a été déposée le 31 mars 2017 et a mené, comme il est indiqué au début des présents motifs, à la demande de nomination d'un avocat spécial présentée par les demandeurs.

[21] Il semblerait que ce soit la première fois qu'une requête en vertu de l'article 87 de la Loi est présentée à l'étape de l'autorisation d'une procédure de contrôle judiciaire lancée en vertu de la Loi.

#### IV. The Steps taken to Deal with the Special Advocate Issue

[22] In *A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1140, 270 C.P.R. (2d) 1 (*A.B.*), Justice Simon Noël stated that in order to properly exercise his or her discretion to appoint or not a special advocate under section 87.1 of the Act, the presiding judge ought to (i) examine the redactions, (ii) keep in mind the whole record, (iii) preside, if required, over an *ex parte*, *in camera* hearing, (iv) ask for justification for the redactions, (v) question the relevancy as presented, (vi) suggest and, if necessary, order the unveiling of the information if it is not justified in law and fact and (vii) read the decision subject to the judicial review proceeding. It is only then, according to Justice Noël, that the standards of fairness and natural justice will, in light of the knowledge gained from such approach, be better understood and applied to the case at bar (*A.B.*, at paragraph 9).

[23] In accordance with that approach, I first became apprised of the interview notes at issue by calling an *in camera* hearing, which was held on May 11, 2017, in the presence of one counsel and the deponent of the classified affidavit filed in support of the Section 87 Motion. In the course of that hearing, I was able to ask the deponent questions regarding the Notes and the grounds underlying the claim for non-disclosure. I also heard submissions from counsel who, in the course of these submissions, sought leave to file a supplemental classified affidavit. Leave was granted. The same day, I held a case management teleconference with counsel for the applicants and the respondent to apprise them of how the special advocate issue would be dealt with.

[24] On June 16, 2017, I held a second *in camera* hearing with counsel and the deponent of the supplemental classified affidavit where, again, I was able to ask questions regarding the grounds underlying the claim for non-disclosure and hear submissions from counsel. Responses to undertakings given at that hearing were provided at the end of July 2017, by way of an additional classified supplemental affidavit.

#### IV. Étapes suivies pour trancher la question de l'avocat spécial

[22] Dans la décision *A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1140 (*A.B.*), le juge Simon Noël a indiqué qu'afin d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon appropriée pour nommer ou pas un avocat spécial en vertu de l'article 87.1 de la Loi, le juge président devait i) examiner les caviardages, ii) garder à l'esprit l'ensemble du dossier, iii) tenir au besoin une audience *ex parte* à huis clos, iv) demander une justification aux caviardages, v) s'interroger sur la pertinence telle qu'elle est présentée, vi) suggérer et, si nécessaire, ordonner le dévoilement des renseignements si leur retranchement n'est pas justifié en droit et en fait et vii) lire la décision visée par la procédure de contrôle judiciaire. C'est uniquement à ce moment, selon le juge Noël, à la lumière des connaissances acquises en suivant cette approche, que les normes d'équité et de justice naturelle seront mieux comprises et appliquées à l'affaire à l'étude (*A.B.*, au paragraphe 9).

[23] Conformément à cette approche, j'ai été informé pour la première fois des notes d'entrevue en question en convoquant une audience à huis clos, qui a eu lieu le 11 mai 2017, en présence d'un avocat et de l'auteur de l'affidavit classifié produit afin de soutenir la requête en vertu de l'article 87. Dans le cadre de cette audience, j'ai pu poser des questions à l'auteur sur les notes et sur les motifs sous-jacents à la demande de non-divulgateion. J'ai aussi entendu les observations de l'avocat, qui a demandé, dans le cadre de ces observations, l'autorisation de produire un affidavit classifié supplémentaire. L'autorisation a été accordée. Le même jour, j'ai tenu une téléconférence sur la gestion de l'affaire avec l'avocat des demandeurs et du défendeur afin de les informer de la façon dont la question de l'avocat spécial serait tranchée.

[24] Le 16 juin 2017, j'ai tenu une deuxième audience à huis clos avec l'avocat et l'auteur de l'affidavit classifié supplémentaire et j'ai de nouveau pu poser des questions sur les motifs sous-jacents à la demande de non-divulgateion et entendre les observations de l'avocat. Les réponses aux engagements donnés à l'audience ont été présentées à la fin du mois de juillet 2017 par un autre affidavit classifié supplémentaire.

[25] I then heard both parties' submissions on the special advocate appointment issue by way of a teleconference call held on September 26, 2017.

#### V. The Applicants' Submissions

[26] The applicants claim that without the appointment of a special advocate, they will be denied the opportunity to be heard and to meet the case against them in respect of both the Section 87 Motion and the underlying leave application of the Visa Officer's decision. They say that appointing a special advocate in this case "is the only way for this Court to honour an inherent and basic principle of fairness underlying the Canadian legal system".

[27] In particular, they submit that having no notion of what is contained in the Notes impacts their ability not only to respond to the Section 87 Motion but also to know the identity and agency of the person who interviewed Mr. Mohammed. This in turn impacts their ability to know whether their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) are engaged. More particularly, the applicants contend that Mr. Mohammed's Charter rights would be engaged if Canadian state actors allowed Mr. Mohammed to be interviewed by foreign state agents at the Canadian Consulate in Tirana under the guise of gathering information as part of Mr. Mohammed's application for permanent residence. They add that this information would be all the more important given Mr. Mohammed's status as a former Guantanamo Bay detainee. Only the presence of a special advocate can, in their view, prevent the introduction, in the present proceedings, of information and evidence derived from Mr. Mohammed's detention at Guantanamo Bay that is neither reliable nor appropriate.

[28] The applicants further claim that the undisclosed information in the present case is much more significant than in the cases where the Court declined to appoint a special advocate since unlike these cases, the application of the Charter to the present proceedings may depend

[25] J'ai ensuite entendu les observations des deux parties sur la question de la nomination d'un avocat spécial dans le cadre d'une téléconférence tenue le 26 septembre 2017.

#### V. Observations des demandeurs

[26] Les demandeurs font valoir que, sans la nomination d'un avocat spécial, ils n'auront pas la possibilité d'être entendus et de présenter leur défense en ce qui concerne la requête en vertu de l'article 87 et la demande d'autorisation sous-jacente de la décision rendue par l'agente des visas. Ils indiquent que la nomination d'un avocat spécial en l'espèce constitue [TRADUCTION] « la seule façon pour la Cour de respecter un principe inhérent et fondamental d'équité sous-jacent au système juridique canadien ».

[27] En particulier, ils soutiennent que le fait de n'avoir aucune idée de la teneur des notes nuit à leur capacité de répondre à la requête en vertu de l'article 87 et de connaître l'identité de la personne qui a interrogé M. Mohammed et l'organisme pour lequel elle travaille. En retour, cela nuit à leur capacité de savoir quels droits en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) entrent en jeu. Plus particulièrement, les demandeurs prétendent que les droits de M. Mohammed en vertu de la Charte seraient engagés si des intervenants de l'État canadien avaient permis à des agents d'un État étranger d'interroger M. Mohammed au consul canadien à Tirana sous prétexte de collecter des renseignements dans le cadre de la demande de résidence permanente de M. Mohammed. Ils ajoutent que ces renseignements seraient encore plus importants étant donné que M. Mohammed est un ancien détenu de Guantanamo Bay. Seule la présence d'un avocat spécial peut, selon eux, empêcher l'introduction, dans la procédure en l'espèce, de renseignements et de preuves issus de la détention de M. Mohammed à Guantanamo Bay qui ne sont ni fiables ni appropriés.

[28] Les demandeurs indiquent aussi que les renseignements non divulgués en l'espèce sont beaucoup plus importants que ceux dans les dossiers où la Cour a refusé de nommer un avocat spécial, puisque, contrairement à ces dossiers, l'application de la Charte dans la procédure

upon the redacted information, the secret affidavits filed in support of the Section 87 Motion or information that may be derived from a cross-examination of the authors of these affidavits. They note that in the cases where the appointment of a special advocate was refused, the undisclosed material was held to be minimal compared to the disclosed material whereas here, it is, according to them, significant and extensive.

[29] The applicants also make the point that the non-disclosure of the Notes impairs their ability to address, and the Court's ability to assess on a preliminary basis, the credibility concerns raised by the Visa Officer. They claim that only a full set of the statements made by Mr. Mohammed, which would include those made during the First Interview, can enable them and the Court to properly address this issue.

[30] Finally, the applicants contend that the factors set out in the seminal case of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*) weigh strongly in favour of a high degree of procedural fairness in determining whether a special advocate should be appointed in this case. They claim that unlike decisions made on applications for permanent residence made outside Canada, which are administrative in nature and attract a minimal degree of procedural fairness, decisions regarding the non-disclosure of information and the appointment of a special advocate pursuant to sections 87 and 87.1 of the Act, are judicial in nature and require, therefore, greater procedural protection. To the extent that this important distinction has been overlooked, they say prior Federal Court decisions on such issues "misconceived the appropriate context within which to measure the duty of procedural fairness owed to foreign nationals".

## VI. Analysis

[31] As this Court has stated on a number of occasions, the Act's special advocate provisions were introduced as a result of the Supreme Court of Canada decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*,

en l'espèce peut dépendre des renseignements caviardés, des affidavits secrets produits à l'appui de la requête en vertu de l'article 87 ou de renseignements pouvant provenir d'un contre-interrogatoire des auteurs de ces affidavits. Ils précisent que, dans les cas où l'on a refusé de nommer un avocat spécial, il a été conclu que les documents non divulgués étaient minimes par rapport aux documents divulgués, tandis qu'en l'espèce, ces documents sont importants et vastes, selon eux.

[29] Les demandeurs indiquent aussi que la non-divulgaration des notes les empêche d'aborder les préoccupations relatives à la crédibilité soulevées par l'agente des visas et empêche la Cour de les apprécier de façon préliminaire. Ils soutiennent que seul l'ensemble complet des déclarations faites par M. Mohammed, qui comprendrait celles faites au cours de la première entrevue, peut permettre à la Cour et à eux d'aborder adéquatement cette question.

[30] Enfin, les demandeurs font valoir que les facteurs établis dans l'arrêt de principe *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), favorisent considérablement un degré élevé d'équité procédurale afin de déterminer s'il faut nommer un avocat spécial en l'espèce. Ils affirment que, contrairement aux décisions relatives aux demandes de résidence permanente présentées de l'étranger, qui sont de nature administrative et qui justifient un degré minime d'équité procédurale, les décisions liées à la non-divulgaration de renseignements et à la nomination d'un avocat spécial en vertu des articles 87 et 87.1 de la Loi sont de nature judiciaire et exigent donc une protection procédurale accrue. Dans la mesure où cette distinction importante a été négligée, ils indiquent que des décisions antérieures de la Cour fédérale sur de telles questions [TRADUCTION] « ont mal interprété le contexte approprié dans lequel il faut mesurer l'obligation d'équité procédurale à l'égard des ressortissants étrangers ».

## VI. Discussion

[31] La Cour a affirmé à un certain nombre de reprises que les dispositions de la Loi relatives à l'avocat spécial ont été instaurées à la suite de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui*

2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*). In that case, the Supreme Court determined that the challenges to the fairness of the process leading to possible deportation and the loss of liberty associated with detention in the context of security certificates issued under the Act raised important issues of liberty and security and on that basis, concluded that section 7 of the Charter was engaged. It held that to satisfy the section 7 analysis there must be meaningful and substantial protection, the question being whether the basic requirements of procedural fairness have been met, either in the usual way or in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government's objective and the interest of the person affected (*Charkaoui*, at paragraphs 18 and 27; see also: *Malkine v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 496, 344 F.T.R. 307, at paragraph 20; *Farkhondehfall v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1064, 2 Admin. L.R. (5th) 240 (*Farkhondehfall*), at paragraph 28; *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, at paragraph 43).

[32] The special advocate system was identified in *Charkaoui* as an example of a less intrusive alternative to reconcile the demands of national security with the procedural protections guaranteed by the Charter (*Charkaoui*, at paragraphs 86 and 87).

[33] In the wake of *Charkaoui*, Parliament made it mandatory to appoint a special advocate in security certificate proceedings. However, in other types of immigration cases, the appointment of special advocates was left to the discretion of the presiding designated judge. In these cases, as the wording of section 87.1 clearly contemplates, a special advocate will only be appointed where the presiding designated judge is of the opinion that considerations of fairness and natural justice require such appointment in order to protect the interest of the applicant (*Farkhondehfall*, at paragraph 29; *Karakachian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 948, 364 F.T.R. 1 (*Karakachian*), at paragraph 24; *Afanasyev v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 737, 372 F.T.R. 273 (*Afanasyev*), at paragraph 24).

*c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 2 R.C.S. 350 (*Charkaoui*). Dans cette affaire, la Cour suprême avait déterminé que les contestations de l'équité du processus menant à une expulsion possible et la perte de liberté liée à la détention dans le contexte des certificats de sécurité délivrés en vertu de la Loi soulevaient des questions importantes de liberté et de sécurité. À cet égard, elle avait donc conclu que l'article 7 de la Charte était engagé. Elle a conclu que, pour satisfaire à l'analyse de l'article 7, la protection doit être véritable et substantielle lorsqu'il s'agit de déterminer si les exigences de base de l'équité procédurale ont été respectées de la façon habituelle ou d'une autre façon propre au contexte, en ce qui concerne l'objectif du gouvernement et l'intérêt de la personne désignée (*Charkaoui*, aux paragraphes 18 et 27; voir aussi : *Malkine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 496, au paragraphe 20; *Farkhondehfall c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 1064 (*Farkhondehfall*), au paragraphe 28; *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423, au paragraphe 43).

[32] Le système de l'avocat spécial a été désigné dans l'arrêt *Charkaoui* comme un exemple de solution de rechange moins intrusive pour rapprocher les demandes au titre de la sécurité nationale et les protections procédurales garanties par la Charte (*Charkaoui*, aux paragraphes 86 et 87).

[33] Au lendemain de l'arrêt *Charkaoui*, le Parlement a rendu obligatoire la nomination d'un avocat spécial dans les procédures de certificat de sécurité. Dans d'autres types de dossiers d'immigration, toutefois, la nomination d'un avocat spécial demeurait à la discrétion du juge président désigné. Dans ces cas, comme le libellé de l'article 87.1 le prévoit clairement, un avocat spécial sera nommé uniquement si le juge président désigné est d'avis que les considérations d'équité et de justice naturelle requièrent une telle nomination en vue de la défense des intérêts du demandeur (*Farkhondehfall*, au paragraphe 29; *Karakachian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 948 (*Karakachian*), au paragraphe 24; *Afanasyev c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 737 (*Afanasyev*), au paragraphe 24).

[34] There is therefore no absolute right to have a special advocate appointed when an *in camera* hearing is requested under section 87 of the Act (*Dhahbi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 347, at paragraph 21). By the very wording of section 87, proceedings brought under that provision, which are governed by the procedure outlined in section 83 of the Act applicable to security certificate matters, are explicitly not subject to the obligation to appoint a special advocate.

[35] Although of the utmost importance, the right to know the case to be met is not absolute either. So far, Canadian courts have declined to recognize notice and participation as invariable constitutional norms. The approach to procedural fairness remains, as stated in *Baker*, context-specific (*Baker*, at paragraph 21; *Charkaoui*, at paragraph 57).

[36] The same can be said of the open-court principle which, despite its fundamental nature in our legal system, remains subject to a number of exceptions, national security considerations being one. As the Court pointed out in *Karakachian*, at paragraph 21, “Canadian courts have repeatedly recognized the constitutionality of *in camera* or *ex parte* hearings where national security considerations so require.” The applicants correctly point out, however, that these exceptions need to be carefully delineated and assessed on a case-by-case basis (*Afanasyev*, at paragraph 22).

[37] With these principles in mind, this Court has proceeded to identify a number of factors to consider in determining whether fairness and natural justice require the appointment of a special advocate. These factors include the degree of procedural fairness owed to the applicant, the extent of non-disclosure, the materiality/probity of the information subject to non-disclosure and the applicant’s ability to meet the case against him/her (*Farkhondehfall*, at paragraphs 31–41; *Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85 (*Jahazi*), at paragraph 30).

[34] Il n’y a donc aucun droit absolu à la nomination d’un avocat spécial lorsqu’une audience à huis clos est demandée en vertu de l’article 87 de la Loi (*Dhahbi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 347, au paragraphe 21). Selon le libellé même de l’article 87, les instances présentées en vertu de cette disposition, qui sont régies par la procédure indiquée à l’article 83 de la Loi applicable aux questions liées au certificat de sécurité, ne sont pas assujetties à l’obligation de nommer un avocat spécial.

[35] Le droit de connaître la preuve à réfuter, même s’il revêt une importance primordiale, n’est pas absolu non plus. À ce jour, les tribunaux canadiens ont refusé de reconnaître l’avis et la participation comme des normes constitutionnelles invariables. L’approche à l’égard de l’équité procédurale demeure, comme il est indiqué dans l’arrêt *Baker*, propre au contexte (*Baker*, au paragraphe 21; *Charkaoui*, au paragraphe 57).

[36] Il en va de même pour le principe de transparence judiciaire, qui, malgré sa nature fondamentale dans notre système juridique, demeure assujéti à quelques exceptions, dont les considérations liées à la sécurité nationale. Comme la Cour l’a indiqué dans la décision *Karakachian*, au paragraphe 21 « les tribunaux canadiens ont reconnu à de nombreuses reprises la constitutionnalité d’audiences tenues à huis clos ou *ex parte* lorsque des considérations relatives à la sécurité nationale le requièrent ». Les demandeurs soulignent à juste titre, cependant, que ces exceptions doivent bien évidemment être définies et examinées au cas par cas (*Afanasyev*, au paragraphe 22).

[37] Avec ces principes à l’esprit, la Cour s’est employée à déterminer un certain nombre de facteurs à prendre en considération afin d’établir si l’équité et la justice naturelle exigent la nomination d’un avocat spécial. Parmi ces facteurs, notons le degré d’équité procédurale dû au demandeur, l’ampleur de la non-divulgarion, l’importance et la valeur probante des renseignements visés par la non-divulgarion et la capacité du demandeur à présenter sa défense (*Farkhondehfall*, aux paragraphes 31 à 41; *Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85 (*Jahazi*), au paragraphe 30).

[38] It is trite law that the duty of procedural fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected (*Baker*, at paragraph 21; *Farkhondehfall*, at paragraph 33). Again, a number of factors are relevant to determining how much fairness will be owed in a given case: (i) the nature of the decision being made and the process followed in making it; (ii) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (iii) the importance of the decision to the individual affected; (iv) the legitimate expectations of the person challenging the decision; (v) and the choices of procedure made by the agency itself (*Baker*, at paragraphs 23–27).

[39] So far, this Court, when called upon to determine whether considerations of fairness and natural justice require the appointment of a special advocate in the context of a motion brought under section 87 of the Act in cases where the underlying decision being challenged is, as is the case here, that of a visa officer rejecting an application for permanent residence submitted outside Canada, has always held that the duty of fairness owed to the person affected by such a decision is at the lower end of the spectrum (*Karakachian*, at paragraph 26).

[40] This is generally so because:

- (a) The person affected—a non-citizen—has no right to enter or remain in Canada;
- (b) Contrary to what is the case of individuals named in security certificates, that person is not facing detention or removal;
- (c) The consequences for that person of the decision dismissing his/her permanent residence application, although they may be serious, do not engage his/her Charter rights; and

[38] Il est de droit constant que l'obligation d'équité procédurale est souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés (*Baker*, au paragraphe 21; *Farkhondehfall*, au paragraphe 33). Encore une fois, un certain nombre de facteurs sont pertinents pour le degré d'équité procédurale qui sera dû dans un cas donné : 1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; 2) la nature du régime législatif et les termes de la loi régissant l'organisme; 3) l'importance de la décision pour la personne touchée; 4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; 5) les choix de procédure que l'organisme fait lui-même (*Baker*, aux paragraphes 23 à 27).

[39] La Cour a été appelée à déterminer si les considérations liées à l'équité et à la justice naturelle exigent de nommer un avocat spécial dans le contexte d'une requête présentée en vertu de l'article 87 de la Loi dans les cas où la décision sous-jacente contestée est, comme c'est le cas en l'espèce, celle d'un agent des visas qui a rejeté une demande de résidence permanente présentée à l'étranger. À ce jour, elle a toujours conclu que l'obligation d'équité due à la personne touchée par une telle décision est minimale (*Karakachian*, au paragraphe 26).

[40] C'est généralement le cas pour les raisons qui suivent :

- a) La personne touchée — un non-citoyen — n'a pas le droit d'entrer ou de demeurer au Canada;
- b) Cette personne ne fait pas l'objet d'une mise en détention ou d'une mesure de renvoi, contrairement aux personnes nommées dans des certificats de sécurité;
- c) Les répercussions pour cette personne entraînées par la décision de refuser sa demande de résidence permanente, même si elles peuvent être graves, ne font pas entrer en jeu ses droits garantis par la Charte;

(d) Decisions made by visa officers granting or rejecting an application for permanent residence submitted abroad are highly discretionary.

(*Jahazi*, at paragraph 32.)

[41] As indicated previously, the applicants submit that this approach to the *Baker* factors is incorrect as it fails to take into account the appropriate context within which to measure the duty of procedural fairness owed to foreign nationals facing an application for non-disclosure pursuant to section 87 of the Act. They claim that the *Baker* factors must be situated within the regime Parliament created for the discretionary appointment of special advocates under section 87.1, which, in their view, signals a clear intention that a special advocate be available to foreign nationals in the applicants' position and entails the exercise of judicial, as opposed to quasi-judicial or administrative, discretion. In other words, what matters is the context leading to the decisions to be made under sections 87 and 87.1, not the one leading to the decision denying the permanent residence application. That context, the argument goes, calls for a high level of procedural protection because of the judicial nature of the decisions to be rendered. I understand the argument to mean that the appointment of a special advocate in a section 87 motion context should be the norm, and non-appointment the exception.

[42] Accepting this submission would mean that I would deviate from prior decisions of this Court on this issue, something the principle of judicial comity discourages in order to prevent the creation of conflicting lines of jurisprudence and promote, as a result, certainty in the law (*Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371 (*Apotex*), at paragraphs 43–48; *Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114 (*Alyafi*), at paragraphs 42–45). As applied by this Court, this principle is to the effect that the conclusions of law reached by a judge “will not be departed

d) Les décisions rendues par des agents des visas afin d'accueillir ou de rejeter une demande de résidence permanente présentée à l'étranger sont hautement discrétionnaires.

(*Jahazi*, au paragraphe 32.)

[41] Comme ils l'ont dit précédemment, les demandeurs soutiennent que cette approche à l'égard des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* est erronée puisqu'elle ne tient pas compte du contexte approprié dans lequel il convient de mesurer l'obligation de l'équité procédurale à l'égard de ressortissants étrangers qui sont confrontés à une demande de non-divulgaration en vertu de l'article 87 de la Loi. Ils soutiennent que les facteurs exposés dans l'arrêt *Baker* doivent se situer à l'intérieur du régime que le Parlement a créé pour la nomination discrétionnaire d'avocats spéciaux en vertu de l'article 87.1. Selon eux, il signale une intention claire de mettre à la disposition des ressortissants étrangers un avocat spécial dans leur position et qu'il comprend l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire, plutôt que quasi judiciaire ou administratif. Autrement dit, c'est le contexte menant aux décisions à prendre en vertu des articles 87 et 87.1 qui importe, plutôt que celui menant à la décision de refuser la demande de résidence permanente. Ce contexte, poursuivent les demandeurs dans leur argument, justifie un niveau élevé de protection procédurale en raison de la nature judiciaire des décisions à rendre. Selon ma compréhension, l'argument signifie que la nomination d'un avocat spécial dans le cadre d'une requête en vertu de l'article 87 devrait constituer la norme, et l'absence de nomination, l'exception.

[42] Si j'acceptais cette observation, je m'écarterais donc des décisions antérieures de la Cour sur cette question, ce que le principe du comité judiciaire dissuade de faire afin d'empêcher la création de courants jurisprudentiels contradictoires et de promouvoir ainsi la certitude en droit (*Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308 (*Apotex*), aux paragraphes 43 à 48; *Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 952 (*Alyafi*), aux paragraphes 42 à 45). Ce principe, tel que la Cour l'applique, se fonde sur le fait qu'un juge « ne doit pas écarter les conclusions de droit tirées par un autre juge de la

from by another judge unless he or she is convinced that the departure is necessary and can articulate cogent reasons for doing so” (*Apotex*, at paragraph 48). Departure may be deemed necessary when the judge is convinced that the decision of the other judge is wrong (*Apotex*, at paragraph 47; *Alyafi*, at paragraph 44).

[43] Here, I respectfully see no reason to depart from what has been so far, for this Court, a clear and non-conflicting line of authority. My understanding of the appropriate context that must inform the assessment of the *Baker* factors in a situation like the present one differs from that of the applicants. First, the applicants’ contention that Parliament clearly intended that a special advocate be available to foreign nationals in their position needs to be nuanced. As I pointed out earlier, Parliament has expressly removed the obligation to appoint a special advocate (and to provide a summary of the non-disclosed information) in the context of motions brought under section 87 of the Act. This means that, as a general rule, such motions will be considered without the participation of a special advocate. As we have seen, such participation can only occur in instances where a designated judge of this Court is of the opinion that considerations of fairness and natural justice require the appointment of a special advocate so as to protect the interests of the applicant. This signals, in my view, a less generous approach to participatory rights than the one put forward by the applicants.

[44] Second, the discretion conferred on the Court by section 87.1 is aimed at protecting the interests of the permanent resident or foreign national. This can only be, ultimately, the applicant’s interests in the outcome of the underlying judicial review proceeding and in his/her ability to meet the case against him/her in this respect. When, as here, the case to meet involves procedural fairness issues and concerns the rejection of an application for permanent residence submitted abroad, the proper context is one where, as determined by the Federal Court of Appeal in *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 345, [2002] 2 F.C. 413, at paragraph 31, the duty of fairness owed to

Cour fédérale, à moins d’être convaincu qu’il est nécessaire de le faire » (*Apotex*, au paragraphe 48). Il peut être jugé nécessaire d’écarter une décision lorsque le juge est convaincu que la décision de l’autre juge est erronée (*Apotex*, au paragraphe 47; *Alyafi*, au paragraphe 44).

[43] En l’espèce, avec tout le respect que je dois aux demandeurs, je ne vois aucune raison d’écarter ce qui constitue jusqu’à présent pour la Cour un courant jurisprudentiel clair et non conflictuel. Les demandeurs et moi n’avons pas la même compréhension du contexte approprié devant éclairer l’évaluation des facteurs exposés dans l’arrêt *Baker* dans une situation comme celle en l’espèce. D’abord, il faut nuancer la prétention des demandeurs selon laquelle le législateur entendait clairement mettre à la disposition des ressortissants étrangers dans leur position un avocat spécial. Comme je l’ai précisé plus tôt, le législateur a expressément éliminé l’obligation de nommer un avocat spécial (et de présenter un sommaire des renseignements non divulgués) dans le contexte des requêtes présentées en vertu de l’article 87 de la Loi. Cela signifie qu’en règle générale, de telles requêtes seront étudiées sans la participation d’un avocat spécial. Nous avons vu qu’une telle participation ne peut se produire que dans les cas où un juge désigné de la Cour est d’avis que les considérations d’équité et de justice naturelle requièrent la nomination d’un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur. Cela dénote, à mon avis, une approche moins généreuse à l’égard des droits de participation que celle présentée par les demandeurs.

[44] Ensuite, le pouvoir discrétionnaire dont jouit la Cour en vertu de l’article 87.1 vise à défendre les intérêts du résident permanent ou du ressortissant étranger. Il ne peut s’agir, en fin de compte, que des intérêts du demandeur à l’égard de l’issue de la procédure sous-jacente de contrôle judiciaire et de sa capacité à présenter sa défense à cet égard. Lorsque l’affaire porte sur des questions d’équité procédurale et sur le rejet d’une demande de résidence permanente présentée à l’étranger, comme c’est le cas en l’espèce, le contexte approprié est celui où, comme la Cour d’appel fédérale l’a déterminé dans l’arrêt *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CAF 345, [2002] 2 C.F. 413, au

the foreign national is at the low end of the spectrum. This is, no doubt, a relevant contextual consideration as it is informative of the nature and importance of the rights at stake.

[45] Such consideration is not ousted simply because the Court is called upon to decide, as an interlocutory matter to the underlying main proceeding, whether some information in the case should be withheld from disclosure and whether, in so deciding, the appointment of a special advocate is required in order to protect the interests of the applicant. In such instances, the participatory rights of the applicant, as we have seen, are precisely curtailed: they are not established as a statutory right, contrary to what the Act provides for security certificate proceedings, they are left to the discretion of the Court, and they are very much dependent on the nature and context of the underlying judicial review application.

[46] The applicants further claim that the *Baker* factors militate in favor of a broader content of procedural fairness because their Charter rights are potentially engaged by the fact the First Interview may have been a pretext allowing foreign state agents to interview Mr. Mohammed under the guise of gathering information as part of his application for permanent residence. This is a real possibility, they contend, because of Mr. Mohammed's status as a former Guantanamo Bay detainee.

[47] Having reviewed the notes of the First Interview, I can only say that this apprehension is unfounded.

[48] The applicants also contend that the Rule 14 Order created a legitimate expectation that someone would be allowed to stand in the place of their counsel and advocate for their interests in disclosure in the Section 87 Motion so as to preserve the rule of law and the interests of justice. On the surface, one could say that the Rule 14 Order did indeed create a legitimate expectation that the Notes would be made available to the Court

paragraphe 31, l'obligation d'équité à l'égard du ressortissant étranger est minimale. Il s'agit là, sans aucun doute, d'une considération contextuelle pertinente puisqu'elle informe sur la nature et l'importance des droits en jeu.

[45] On ne peut évincer une telle considération pour le simple fait que la Cour est appelée à trancher, en tant que question interlocutoire à la procédure principale sous-jacente, s'il faut empêcher des renseignements liés au dossier d'être divulgués et si, ce faisant, il faut nommer un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur. Dans de tels cas, les droits de participation du demandeur, comme nous l'avons vu, sont précisément limités : ils ne sont pas établis en tant que droit prévu par la loi, contrairement à ce que la Loi prévoit pour les procédures de certificat de sécurité; ils demeurent plutôt à la discrétion de la Cour et ils dépendent considérablement de la nature et du contexte de la demande de contrôle judiciaire sous-jacente.

[46] Les demandeurs affirment aussi que les facteurs exposés dans l'arrêt *Baker* militent en faveur d'un contenu plus vaste de l'obligation d'équité procédurale. En effet, les droits qui leur sont conférés en vertu de la Charte entrent possiblement en jeu parce que la première entrevue aurait pu servir d'excuse afin de permettre à des représentants d'un état étranger d'interroger M. Mohammed sous prétexte de collecter des renseignements dans le cadre de sa demande de résidence permanente. Ils prétendent que c'est fort probable vu que M. Mohammed est un ancien détenu de Guantanamo Bay.

[47] Après examen des notes de la première entrevue, je peux uniquement affirmer que cette crainte n'est pas fondée.

[48] Les demandeurs soutiennent aussi que l'ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles CIPR a donné ouverture à une attente légitime qu'une personne ait la permission de prendre la place de leur avocat et de défendre leurs intérêts liés à la divulgation dans le cadre de la requête en vertu de l'article 87 afin de maintenir la primauté du droit et le souci de la justice. À première vue, on pourrait dire que l'ordonnance en vertu de la

and the applicants. However, in the immigration context, that order was only one step in the judicial process that could lead to the disclosure of these notes given the national security considerations at play.

[49] Although it is unfortunate that the Section 87 Motion was not brought earlier in the process, it is properly before the Court and poses the important question of whether the Rule 14 Order can be enforced in light of these considerations. Any legitimate expectation arising from that order must therefore be tempered by the possibility that a motion under section 87 of the Act be brought in order to protect the Notes from disclosure. The applicants, as was the Motion Judge, were made aware of that inevitable possibility when the respondent filed its motion for reconsideration. Not being a designated judge, the Motion Judge had no authority to pursue the matter further and deal with that aspect of the applicants' request for disclosure of the Notes, which is very much part of the regime set out by Parliament for the processing of judicial review proceedings initiated under the Act.

[50] In other words, rule 14 of the CIRP Rules cannot be read and applied in isolation. The Rule 14 Order was therefore not the end of the road leading to the disclosure or non-disclosure of the impugned interview notes. The applicants knew—or ought to have known—this. I therefore fail to see how that order could reasonably have created a reasonable expectation that the Notes would be disclosed or that a special advocate would be appointed.

[51] In sum, I see no reason to depart from this Court's jurisprudence applying the *Baker* factors to requests for the appointment of a special advocate made by failed permanent residence applicants residing abroad in the context of motions brought under section 87 of the Act. In other words, I do not accept the expanded application

règle 14 des Règles CIPR a effectivement donné ouverture à une attente légitime que les notes soient présentées à la Cour et aux demandeurs. Dans le contexte de l'immigration, cette ordonnance n'était qu'une étape du processus judiciaire qui pourrait mener à la divulgation de ces notes vue les considérations relatives à la sécurité nationale en jeu.

[49] Même s'il est malheureux que la requête en vertu de l'article 87 n'ait pas été présentée plus tôt dans le processus, la Cour en est officiellement saisie et elle pose la question importante visant à déterminer s'il est possible d'exécuter d'ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles CIPR à la lumière de ces considérations. Il faut donc modérer toute attente légitime issue de cette ordonnance étant donné la possibilité qu'une requête en vertu de l'article 87 soit déposée afin de protéger les notes d'une divulgation. Les demandeurs, ainsi que le juge saisi de la requête, ont été informés que cette possibilité inévitable quand le défendeur a présenté sa requête en réexamen. Le juge saisi de la requête, qui n'était pas un juge désigné, n'avait aucun pouvoir pour poursuivre l'affaire et aborder cet aspect de la demande de divulgation des notes présentée par les demandeurs, ce qui s'inscrit considérablement dans le régime établi par le législateur pour le traitement des procédures de contrôle judiciaire amorcées en vertu de la Loi.

[50] Autrement dit, on ne peut lire et appliquer la règle 14 des Règles CIPR seule. L'ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles CIPR ne constituait donc pas la fin de la route menant à la divulgation ou à la non-divulgation des notes d'entrevue attaquées. Les demandeurs le savaient ou auraient dû le savoir. Je n'arrive donc pas à voir en quoi cette ordonnance pouvait raisonnablement avoir donné lieu à une attente raisonnable selon laquelle les notes seraient divulguées ou un avocat spécial serait nommé.

[51] En somme, je ne vois aucune raison d'écarter la jurisprudence de cette Cour sur l'application des facteurs établis dans l'arrêt *Baker* aux demandes de nomination d'un avocat spécial présentée par des demandeurs de résidence permanente résidant à l'étranger dont la demande a été refusée, dans le contexte des

of these factors to the case at hand, as advocated by the applicants.

[52] This brings me to the other factors set out by the Court in considering a request made under section 87.1 of the Act. As I have already indicated, these factors are the extent of non-disclosure, the materiality/probity of the information subject to non-disclosure and the applicant's ability to meet the case against him/her. The Court, in *Farkhondehfall*, pointed out that not one of these factors will necessarily be determinative, the Court's task being "to balance all of the competing considerations in order to arrive at a just result" (*Farkhondehfall*, at paragraph 31).

[53] The applicants claim that compared to the other cases where the Court has declined to appoint a special advocate under section 87.1 because the redacted information was minimal or insignificant, the non-disclosure in this case is far more significant and extensive. In *Jahazi*, Justice Yves de Montigny, now a judge of the Federal Court of Appeal, reminded that the extent of non-disclosure was not merely a quantitative exercise but also required the significance of the redacted information to be taken into account.

[54] Here, I note that this factor can hardly be assessed from a quantitative standpoint as we are at the leave stage of the applicants' judicial review proceedings. As such, the Court does not have before it, contrary to what was the case in all the other cases where the Court was seized of concurrent sections 87 and 87.1 motions, the certified tribunal record (the CTR) which, according to rule 17 of the CIRP Rules will have to be filed by the "Tribunal" once leave is granted. The CTR is comprised, among other things, of "all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal" and of "any affidavits, or other documents filed during any such hearing". For example, the open-source information relied upon by the Visa Officer in making her decision, which was disclosed to the applicants pursuant to the Rule 14 Order, would presumably be

requêtes présentées en vertu de l'article 87 de la Loi. Autrement dit, je n'accepte pas l'application étendue de ces facteurs en l'espèce, comme l'ont recommandé les demandeurs.

[52] Ceci m'amène aux autres facteurs établis par la Cour dans l'examen d'une demande présentée en vertu de l'article 87.1 de la Loi. Comme je l'ai déjà indiqué, ces facteurs sont l'ampleur de la non-divulgarion, l'importance et la valeur probante des renseignements visés par la non-divulgarion et la capacité du demandeur à présenter sa défense. La Cour, dans la décision *Farkhondehfall*, fait remarquer qu'aucun de ces facteurs ne sera nécessairement déterminant, puisque la Cour a comme mission de « d'établir un équilibre entre des considérations concurrentes afin d'en arriver à un résultat équitable » (*Farkhondehfall*, au paragraphe 31).

[53] Les demandeurs soutiennent que la non-divulgarion en l'espèce est beaucoup plus importante et étendue que celles dans les autres instances où la Cour a refusé de nommer un avocat spécial en vertu de l'article 87.1 parce que les renseignements caviardés étaient minimes ou sans importance. Dans la décision *Jahazi*, le juge Yves de Montigny, maintenant juge à la Cour d'appel fédérale, a rappelé que la mesure de la non-divulgarion ne constituait pas qu'un simple exercice quantitatif, mais exigeait aussi de tenir compte de l'importance des renseignements caviardés.

[54] En l'espèce, je précise qu'il est difficile d'évaluer ce facteur d'un point de vue quantitatif, puisque nous nous trouvons à l'étape de l'autorisation de la procédure de contrôle judiciaire des demandeurs. Par conséquent, contrairement à ce qui était le cas dans les autres instances où elle était saisie de requêtes concurrentes déposées en vertu des articles 87 et 87.1 la Cour ne possède pas le dossier certifié du tribunal (DCT), qui, conformément à la règle 17 des Règles CIPR, devra être présenté par le « tribunal » une fois l'autorisation accordée. Le DCT comprend entre autres [TRANSDUCTION] « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif » et « les affidavits et autres documents déposés lors de l'audition ». Par exemple, les renseignements de source ouverte sur lesquels l'agente des visas s'est fondée pour

part of the CTR and would account for 70 pages of that record.

[55] From a significance standpoint, Mr. Mohammed admits that the same topics were discussed at both the First and Second Interviews. In the affidavit he signed in response to the Section 87 Motion, Mr. Mohammed offers a detailed account of his recollection of the First Interview. Therefore, this is not a case where an applicant ignores the information which is being refused to him, but rather ignores its possible interpretation. In *Karakachian*, Justice de Montigny held that such a situation “[did] not strike [him] as a valid ground for appointing a special advocate” (*Karakachian*, at paragraph 27). I respectfully agree with Justice de Montigny all the more so that in the present case, the Visa Officer did not consider the Notes in making her decision and that the respondent does not intend to rely on them to defend that decision.

[56] For the same reasons, I find that the materiality/probity of the information subject to non-disclosure does not require appointing a special advocate. When the Rule 14 Order and the order dismissing the respondent’s motion for reconsideration are read together, it appears to me that the Motion Judge, despite evidence that the Notes were neither before the Visa Officer nor considered by her in rendering her decision, took a broad view of relevancy so as to leave the final word on this issue to the leave judge. This, I believe, is what she meant when she wrote in her order denying the motion for reconsideration that the respondent would have the opportunity to address its “relevancy arguments” at the “hearing of the Application”, which, in the immigration context, can only be a reference to the leave stage of the application.

[57] Not having been seen or considered by the Visa Officer when she made her decision and the respondent having indicated that it does not intend to rely on them to defend that decision, the Notes, although “relevant”

rendre sa décision, qui ont été divulgués aux demandeurs conformément à l’ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles CIPR, feraient probablement partie du DCT et en représenteraient 70 pages.

[55] Du point de vue de l’importance, M. Mohammed avoue que les mêmes sujets ont été abordés au cours des deux entrevues. Dans l’affidavit qu’il a signé en réponse à la requête en vertu de l’article 87, M. Mohammed présente un compte rendu détaillé de ses souvenirs liés à la première entrevue. Il ne s’agit donc pas d’une instance où le demandeur ignore les renseignements que l’on refuse de lui divulguer, mais plutôt où il ignore l’interprétation possible dont ils ont fait l’objet. Dans la décision *Karakachian*, le juge de Montigny a conclu qu’une telle situation « ne [lui paraissait] pas un motif valable pour nommer un avocat spécial » (*Karakachian*, au paragraphe 27). J’adhère respectueusement à l’opinion du juge de Montigny, d’autant plus qu’en l’espèce, l’agente des visas n’a pas tenu compte des notes au moment de prendre sa décision et que le défendeur n’entend pas se fonder sur ces dernières pour défendre cette décision.

[56] Pour les mêmes motifs, je conclus que l’importance et la valeur probante des renseignements visés par la non-divulgaration ne requièrent pas la nomination d’un avocat spécial. Lorsqu’on lit l’ordonnance en vertu de la règle 14 des Règles CIPR et l’ordonnance rejetant la requête en réexamen présentée par le défendeur ensemble, il me semble que le juge saisi de la requête a pris du recul par rapport à la pertinence, malgré la preuve selon laquelle l’agente des visas n’avait pas consulté les notes et n’en avait pas tenu compte au moment de rendre sa décision, afin de laisser le dernier mot sur cette question au juge. Je crois que c’est ce qu’elle voulait dire lorsqu’elle a écrit, dans son ordonnance refusant la requête en réexamen, que le défendeur aurait l’occasion d’aborder ses « arguments sur la pertinence » à l’« audience sur la demande », ce qui ne peut uniquement renvoyer, dans le contexte de l’immigration, à l’étape de l’autorisation de la demande.

[57] On peut difficilement dire que les notes, que l’agente des visas n’a pas consultées et dont elle n’a pas tenu compte au moment de rendre sa décision et que le défendeur n’entend pas utiliser pour défendre cette déci-

in the sense that they relate to an interview that was held in the course of the processing of Mr. Mohammed's permanent residence application, can hardly be characterized as being "material," that is as permitting, in such context, the quashing of the decision (*Yadav v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 140, 8 Admin. L.R. (5th) 86, at paragraph 37; see also *El Dor v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1406; *Aryaie v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 469, at paragraphs 23–27).

[58] The applicants insist that the Notes are material to the question of whether their Charter rights are engaged. As I already indicated, this argument is based on an apprehension which has no basis in the facts of this case.

[59] Finally, I am satisfied that the non-disclosure of the Notes, should the Section 87 Motion be granted, would not prevent the applicants from availing themselves of all means against the impugned decision. As the respondent correctly points out, they are quite aware of the reasons why Mr. Mohammed was found inadmissible for being a member of a terrorist organization. Both the Visa Officer's decision letter and the notes of the Second Interview show the basis of the Visa Officer's inadmissibility concerns regarding Mr. Mohammed's membership in a terrorist organization. They indicate that Mr. Mohammed stated that he went to Afghanistan and ended up living three months with a group of individuals who were fighting for the political objective of the independence of Turkistan; that the group was armed and that he saw Kalashnikovs in the cave where he lived with his group; that this group was maybe named ETIM by the American authorities; that he shared the group's political vision and lived and travelled with the group for three months.

[60] The Visa Officer's credibility concerns are also cogently expressed and detailed in the decision letter as well as in the notes of the Second Interview.

sion, même si elles sont « pertinentes » au sens où elles portent sur une entrevue tenue dans le cadre du traitement de la demande de résidence permanente présentée par M. Mohammed, sont « importantes » au point de permettre, dans un tel contexte, l'annulation de la décision (*Yadav c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 140, au paragraphe 37; voir aussi *El Dor c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1406; *Aryaie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 469, aux paragraphes 23 à 27).

[58] Les demandeurs insistent sur le fait que les notes sont importantes pour trancher la question de savoir si leurs droits conférés en vertu de la Charte entrent en jeu. Comme je l'ai déjà indiqué, cet argument se fonde sur une appréhension aucunement fondée sur les faits en l'espèce.

[59] Enfin, je suis convaincu que la non-divulgence des notes, si la requête en vertu de l'article 87 était accueillie, n'empêcherait pas les demandeurs de se prévaloir de tous les moyens pour contester la décision attaquée. Comme le défendeur le précise à juste titre, il est bien au fait des motifs pour lesquels M. Mohammed a été déclaré interdit de territoire en raison de son statut de membre d'une organisation terroriste. La lettre de décision de l'agente des visas et les notes de la deuxième entrevue montrent le fondement des préoccupations de l'agente liées à l'interdiction de territoire au sujet de l'appartenance de M. Mohammed à une organisation terroriste. Dans ces notes, il est indiqué que M. Mohammed a déclaré s'être rendu en Afghanistan, où il a finalement passé trois mois avec un groupe de personnes qui se battaient pour l'objectif politique de l'indépendance du Turkestan; que le groupe était armé et qu'il avait vu des kalachnikovs dans la grotte où il habitait avec son groupe; que les autorités américaines appelaient peut-être ce groupe le MITO; qu'il partageait la vision politique du groupe et qu'il avait voyagé avec le groupe pendant trois mois.

[60] Les préoccupations de l'agente des visas relatives à la crédibilité sont aussi exprimées de façon convaincante dans sa lettre de décision et dans les notes de la deuxième entrevue.

[61] In other words, I am satisfied that the applicants have had access so far to the gist of the information on which the Visa Officer relied to deny Mr. Mohammed a permanent resident visa. This, in my view, allows them to meet the case against them (*Karakachian*, at paragraph 28). I believe it is also important to underscore that, at this stage of their judicial review proceeding, the applicants only need to show that their challenge of the Visa Officer's decision raises a fairly arguable case. The applicants' ability to meet the case against them must therefore be measured against a significantly lower threshold than the one applicable once leave is granted. The combined effect of these considerations does not support, in my view, the claim for the appointment of a special advocate in the circumstances of this case.

[62] Being satisfied that no injustice will result to the applicants, I find that the appointment of a special advocate is not required to ensure procedural fairness before this Court.

[63] The Section 87 Motion itself will be dealt with in a separate order.

THIS COURT ORDERS that the applicants' motion for the appointment of a special advocate is dismissed.

[61] Autrement dit, je suis convaincu que les demandeurs ont un accès jusqu'à maintenant à l'essentiel des renseignements sur lesquels l'agente des visas s'est appuyée pour refuser le visa de résident permanent demandé par M. Mohammed. Ils sont donc en mesure, selon moi, de présenter leur défense (*Karakachian*, au paragraphe 28). Je crois qu'il est aussi important de souligner qu'à cette étape de leur procédure de contrôle judiciaire, les demandeurs n'ont qu'à prouver que leur contestation de la décision rendue par l'agente des visas soulève une cause relativement défendable. Il convient donc de mesurer la capacité des demandeurs à présenter leur défense selon un seuil beaucoup plus bas que celui applicable une fois l'autorisation accordée. L'effet combiné de ces considérations ne soutient pas, à mon avis, la demande de nomination d'un avocat spécial dans les circonstances en l'espèce.

[62] Étant donné que je suis convaincu que les demandeurs ne seront victimes d'aucune injustice, je conclus qu'il n'y a pas motif à nommer un avocat spécial pour garantir l'équité procédurale devant la Cour.

[63] La requête en vertu de l'article 87 sera traitée dans une ordonnance distincte.

LA COUR STATUE que la requête pour nomination d'un avocat spécial présentée par les demandeurs est rejetée.

IMM-2359-17  
2017 FC 1101

IMM-2359-17  
2017 CF 1101

**Amina Haji Abbar** (*Applicant*)

**Amina Haji Abbar** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Shore J.—Toronto, December 4, 2017.

Cour fédérale, juge Shore—Toronto, 4 décembre 2017.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision confirming finding of Refugee Protection Division (RPD) that applicant neither Convention refugee nor person in need of protection within meaning of Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97(1) — RAD concluding that applicant lacking credibility on basis unable to provide significant details of her daily life in Kismayo during Al-Shabaab rule from 2009 to 2012 — Applicant, who claimed to be 80-year-old Somali, stating that she feared persecution in Somalia because part of minority clan, elderly unaccompanied woman with disabilities — Whether RAD erring by upholding RPD's decision in its credibility finding, in its consideration of evidence before it — RAD's decision not reasonable because neither considering applicant's particular circumstances with objective evidence before it nor assessing applicant's claim with different examination techniques to decide whether applicant refugee or not — Thus, RAD erring by upholding RPD's decision in credibility findings — RAD also failing to give complete assessment of applicant's fear of persecution in Somalia, including applicant's profile as elderly woman with disabilities and as unaccompanied woman with no family support in Somalia, by considering country conditions, risk factors associated with possibility of returning to areas controlled by Al-Shabaab — Therefore, RAD's decision not falling within range of possible, acceptable outcomes defensible in respect of facts, law — Application allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, dans laquelle la SAR a confirmé la conclusion de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle la demanderesse n'était ni une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger en vertu des art. 96 et 97(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — La SAR a conclu que la demanderesse n'était pas une personne crédible au motif qu'elle était incapable de donner des détails importants sur sa vie quotidienne à Kismayo sous le régime d'Al-Shabaab de 2009 à 2012 — La demanderesse, qui a affirmé être une citoyenne somalienne âgée de 80 ans, a déclaré qu'elle craignait d'être persécutée en Somalie parce qu'elle était membre d'un clan minoritaire, en plus d'être une femme âgée non accompagnée souffrant de déficiences — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en maintenant la décision rendue par la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité et son examen de la preuve qui lui a été présentée — La décision de la SAR n'était pas raisonnable, parce qu'elle n'a pas tenu compte de la situation particulière de la demanderesse en fonction de la preuve objective qui lui avait été présentée et qu'elle n'a pas évalué la revendication de la demanderesse en recourant à des techniques d'examen différentes pour trancher si elle était une réfugiée ou pas — La SAR a donc commis une erreur en maintenant la décision de la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité — La SAR n'a pas non plus examiné entièrement la crainte de persécution en Somalie exprimée par la demanderesse, y compris son profil de femme âgée handicapée et de femme non accompagnée sans soutien familial en Somalie, en tenant compte des conditions du pays et des facteurs de risque liés à un retour possible dans des régions contrôlées par Al-Shabaab — Par conséquent, la décision de la SAR n'appartenait pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board in which the RAD confirmed the finding of the Refugee Protection Division (RPD) that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection within the meaning of section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. In confirming the decision pursuant to paragraph 111(1)(a) of the Act, the RAD concluded that the applicant lacked credibility on the basis that she was not able to provide significant details of her daily life in Kismayo during the Al-Shabaab rule from 2009 to 2012. The applicant, who claims to be an 80-year-old Somali, stated that she feared persecution in Somalia because she is part of a minority clan and is an elderly, unaccompanied woman with disabilities. After receiving the negative decision of the RPD, the applicant appealed the decision before the RAD, which dismissed it.

The issue was whether the RAD erred by upholding the RPD's decision in its credibility findings and in its consideration of the evidence before it.

*Held*, the application should be allowed.

The RAD's decision was not reasonable because it neither considered the applicant's particular circumstances with the objective evidence before it nor did it assess the applicant's claim with different techniques of examination in order to decide whether she was a refugee or not. Thus, the RAD erred by upholding the RPD's decision in its credibility findings. The RAD erred by concluding that the applicant lacked credibility on the basis that she was not able to provide significant details of her daily life in Kismayo during the Al-Shabaab rule from 2009 to 2012. There was sufficient evidence on the applicant's medical conditions before the RAD to consider the applicant as a vulnerable person trying to establish why she feared persecution if she returned to Somalia. The RAD failed to give weight to the objective evidence on country conditions before it given the applicant's personal circumstances, which impeded her to give a clear, credible testimony. Where the claimant is mentally disturbed, "it may be necessary to place greater emphasis on the objective situation" as indicated in the *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. For this reason, the RAD erred by failing to examine why the objective evidence made the applicant's story plausible. Furthermore, the RAD erred by concluding that the applicant did not make reasonable efforts to present evidence of her personal and national identity. The RAD also erred by confirming the RPD's decision

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, dans laquelle la SAR a confirmé la conclusion de la Section de la protection des réfugiés (SPR) selon laquelle la demanderesse n'était ni une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger en vertu de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. En confirmant la décision rendue en vertu de l'alinéa 111(1)a) de la Loi, la SAR a conclu que la demanderesse n'était pas une personne crédible au motif qu'elle était incapable de donner des détails importants sur sa vie quotidienne à Kismayo sous le régime d'Al-Shabaab de 2009 à 2012. La demanderesse, qui a affirmé être une citoyenne somalienne âgée de 80 ans, a déclaré qu'elle craignait d'être persécutée en Somalie parce qu'elle était membre d'un clan minoritaire, en plus d'être une femme âgée non accompagnée souffrant de déficiences. Après avoir reçu la décision défavorable de la SPR, la demanderesse a interjeté appel de la décision devant la SAR, qui a rejeté l'appel.

Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en maintenant la décision rendue par la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité et son examen de la preuve qui lui a été présentée.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La décision de la SAR n'était pas raisonnable parce qu'elle n'a pas tenu compte de la situation particulière de la demanderesse en fonction de la preuve objective qui lui avait été présentée et qu'elle n'a pas évalué la revendication de la demanderesse en recourant à des techniques d'examen différentes pour trancher si elle était une réfugiée ou pas. La SAR a donc commis une erreur en maintenant la décision de la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité. La SAR a commis une erreur en concluant que la demanderesse n'était pas une personne crédible au motif qu'elle était incapable de donner des détails importants sur sa vie quotidienne à Kismayo sous le régime d'Al-Shabaab de 2009 à 2012. La SAR disposait de suffisamment de preuves des troubles médicaux de la demanderesse pour considérer cette dernière comme une personne vulnérable tentant de prouver pourquoi elle craignait d'être persécutée si elle retournait en Somalie. La SAR a omis de donner du poids à la preuve objective sur les conditions du pays qui lui avait été soumise vu la situation personnelle de la demanderesse, qui l'empêchait de livrer un témoignage clair et crédible. Dans les cas où le demandeur est perturbé mentalement, « il faudra peut-être donner plus d'importance à la situation objective » (le *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*). Pour ce motif, la SAR a commis une erreur en omettant de déterminer pourquoi la preuve

in its consideration of the evidence before it. By doing so, it ignored reliable documentary evidence corroborating the applicant's story.

In conclusion, the RAD failed to give a complete assessment of the applicant's fear of persecution in Somalia, including her profile as an elderly woman with disabilities and as an unaccompanied woman with no family support in Somalia, by considering the country conditions and the risk factors associated with the possibility of returning to areas controlled by Al-Shabaab. Therefore, the RAD's decision did not fall within a range of possible, acceptable outcomes that were defensible in respect of the facts and law.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(1), 96, 97(1), 111(1)(a), 167(2).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Mohacsi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 429, [2003] 4 F.C. 771; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

##### CONSIDERED:

*Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302 (C.A.); *Elmi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 773.

##### REFERRED TO:

*Akuffo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1063, 86 Admin. L.R. (5th) 112; *Siliya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 120; *Djossou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1080; *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157; *Liu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 831.

#### AUTHORS CITED

United Nations. High Commissioner for Refugees. *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951*

objective rendait la preuve produite par la demanderesse plausible. En outre, la SAR a commis une erreur en concluant que la demanderesse n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour présenter des éléments de preuve sur son identité personnelle et nationale. La SAR a aussi commis une erreur en confirmant la décision rendue par la SPR dans son examen de la preuve qui lui était présentée. Elle a ainsi ignoré des preuves documentaires fiables qui corroboraient le récit de la demanderesse.

En conclusion, la SAR n'a pas examiné entièrement la crainte de persécution en Somalie exprimée par la demanderesse, y compris son profil de femme âgée handicapée et de femme non accompagnée sans soutien familial en Somalie, en tenant compte des conditions du pays et des facteurs de risque liés à un retour possible dans des régions contrôlées par Al-Shabaab. Par conséquent, la décision de la SAR n'appartenait pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(1), 96, 97(1), 111(1), 167(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Mohacsi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 429, [2003] 4 C.F. 771; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.); *Elmi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 773.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Akuffo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1063; *Siliya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 120; *Djossou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1080; *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157; *Liu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 831.

#### DOCTRINE CITÉE

Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le*

*Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3 (Geneva, reissued December 2011).

United Kingdom Home Office. *Country Information and Guidance: Security and humanitarian situation in South and Central Somalia*, December 2014.

United Kingdom Home Office. *Country Information and Guidance: South and central Somalia: Majority clans and minority groups*, March 2015.

United Kingdom Home Office. *Somalia: Country of origin information report*, August 2013.

United Kingdom Home Office. *Country Information and Guidance: Somalia*, April 2014.

*statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, doc. N.U. HCR/1P/4/FRE/REV.3 (Genève, réédition, décembre 2011).

Royaume-Uni. Home Office. *Country Information and Guidance : Security and humanitarian situation in South and Central Somalia*, décembre 2014.

Royaume-Uni. Home Office. *Country Information and Guidance : South and central Somalia : Majority clans and minority groups*, mars 2015.

Royaume-Uni. Home Office. *Somalia : Country of origin information report*, août 2013.

Royaume-Uni. Home Office. *Country Information and Guidance : Somalia*, avril 2014.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board confirming the finding of the Refugee Protection Division that the applicant was neither a Convention refugee nor a person in need of protection within the meaning of section 96 and subsection 97(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section d'appel des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié confirmant la conclusion de la Section de la protection des réfugiés selon laquelle la demanderesse n'était ni une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger en vertu de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

#### APPEARANCES

*Lani Gozlan* for applicant.  
*Tessa Cheer* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Lani Gozlan*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

SHORE J.:

#### I. Overview

[1] The Court finds that the Refugee Appeal Division (RAD) erred by concluding that the applicant lacked credibility on the basis that she was not able to provide significant details of her daily life in Kismayo during the Al-Shabaab rule from 2009 to 2012. Although the RAD

#### ONT COMPARU :

*Lani Gozlan* pour la demanderesse.  
*Tessa Cheer* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Lani Gozlan*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE SHORE :

#### I. Aperçu

[1] La Cour statue que la Section d'appel des réfugiés (SAR) a commis une erreur en concluant que la demanderesse n'était pas une personne crédible au motif qu'elle était incapable de donner des détails importants sur sa vie quotidienne à Kismayo sous le régime d'Al-Shabaab

has the expertise to determine questions of fact, particularly when evaluating the credibility and the subjective fear of persecution of a claimant, the Court agrees with the applicant's submissions and concludes that:

.... It would not be proper for the [Immigration Refugee Board] to base its findings on an extensive "microscopic" examination of issues irrelevant or peripheral to the claim. Furthermore, the claimant's credibility and the plausibility of her or his testimony should also be assessed in the context of her or his country's conditions and other documentary evidence available to the Board. Minor or peripheral inconsistencies in the claimant's evidence should not lead to a finding of general lack of credibility where documentary evidence supports the plausibility of the claimant's story.

(*Mohacsi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 429, [2003] 4 F.C. 771, at paragraph 20.)

The Court finds that there was sufficient evidence on the applicant's medical conditions before the RAD to consider the applicant as a vulnerable person trying to establish why she fears persecution if she returns to Somalia. The RAD failed to give weight to the objective evidence on country conditions before it, given the applicant's personal circumstances which impeded her to give a clear, credible testimony. Where the claimant is mentally disturbed, "it may be necessary to place greater emphasis on the objective situation" (The Handbook [United Nations. High Commissioner for Refugees. *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3 (Geneva, reissued December 2011), at paragraph 211]). For this reason, the RAD erred by failing to examine why the objective evidence makes the applicant's story plausible.

de 2009 à 2012. Même si la SAR a l'expertise pour trancher des questions de fait, particulièrement lorsqu'elle évalue la crédibilité et la crainte subjective de persécution d'un demandeur, la Cour est d'accord avec les observations présentées par la demanderesse et conclut ainsi :

[...] Il ne conviendrait pas que la [Commission de l'immigration et du statut de réfugié] tire ses conclusions après avoir examiné « à la loupe » des éléments qui ne sont pas pertinents ou qui sont accessoires à la revendication. En outre, la Commission devrait évaluer la crédibilité d'un demandeur et la vraisemblance de son témoignage en tenant compte des conditions existant dans son pays et des autres éléments de preuve documentaire dont elle dispose. Les incohérences mineures ou secondaires contenues dans la preuve du demandeur ne devraient pas inciter la Commission à conclure à une absence générale de crédibilité si la preuve documentaire confirme la vraisemblance de son récit.

(*Mohacsi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CFPI 429, [2003] 4 C.F. 771, au paragraphe 20.)

La Cour conclut que la SAR disposait de suffisamment de preuves des troubles médicaux de la demanderesse pour considérer cette dernière comme une personne vulnérable tentant de prouver pourquoi elle craignait d'être persécutée si elle retournait en Somalie. La SAR a omis de donner du poids à la preuve objective sur les conditions du pays qui lui avait été soumise vu la situation personnelle de la demanderesse, qui l'empêchait de livrer un témoignage clair et crédible. Dans les cas où le demandeur est perturbé mentalement « il faudra peut-être donner plus d'importance à la situation objective » (le Guide [Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, doc. N.U. HCR/1P/4/FRE/REV.3 (Genève, réédition, décembre 2011), au paragraphe 211]). Pour ce motif, la SAR a commis une erreur en omettant de déterminer pourquoi la preuve objective rend la preuve produite par la demanderesse plausible.

[2] Moreover, the objective evidence clearly indicates the difficulty that Somalis encounter to present civil identity documents. The RAD, and the Refugee Protection Division (RPD), acknowledged this information on the county conditions in its decision:

The RPD acknowledged that the country documentation shows that it would be difficult for an individual from Somalia to present civil identity documents. However, the burden rests on the claimant to use other reliable, credible means to establish her identity.

(RAD's reasons, paragraph 40.)

[3] The Court also finds that the RAD erred by confirming the RPD's decision in its consideration of the evidence before it. By confirming the RPD's findings, the RAD ignored reliable documentary evidence corroborating the applicant's story.

## II. Nature of the Matter

[4] This is an application for judicial review filed pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) of a decision of the RAD of the Immigration and Refugee Board of Canada, dated May 8, 2017, in which the RAD confirmed the finding of the RPD that the applicant is neither a Convention refugee nor a person in need of protection within the meaning of section 96 and subsection 97(1) of the IRPA.

## III. Facts

[5] The applicant, aged 80 years old, claims to be a citizen of Somalia from the city of Kismayo.

[6] The applicant stated that she is a member of the Hussein sub-clan of the Ashraf clan.

[7] The applicant fears persecution in Somalia because she is part of a minority clan and is an elderly, unaccompanied woman with disabilities (including post-traumatic stress disorder (PTSD)).

[2] Qui plus est, la preuve objective expose clairement la difficulté avec laquelle les Somaliens sont aux prises lorsqu'ils doivent présenter des documents d'identité. La SAR et la Section de la protection des réfugiés (SPR) ont reconnu ces renseignements sur les conditions du pays dans leur décision :

[TRADUCTION] La SPR a reconnu que, selon les documents sur le pays, il serait difficile pour un Somalien de présenter des documents sur son identité civile. Il incombe tout de même à la demanderesse de recourir à d'autres moyens crédibles et fiables pour prouver son identité.

(Motifs de la SAR, au paragraphe 40.)

[3] La Cour conclut aussi que la SAR a commis une erreur en confirmant la décision rendue par la SPR dans son examen de la preuve qui lui était présentée. La SAR, en confirmant les conclusions tirées par la SPR, a ignoré des preuves documentaires fiables qui corroboraient le récit de la demanderesse.

## II. Nature de la question

[4] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) à l'encontre d'une décision de la SAR de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada en date du 8 mai 2017, dans laquelle la SAR confirmait la conclusion de la SPR selon laquelle la demanderesse n'est ni une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger en vertu de l'article 96 et du paragraphe 97(1) de la LIPR.

## III. Faits

[5] La demanderesse, âgée de 80 ans, affirme être une citoyenne somalienne originaire de la ville de Kismayo.

[6] La demanderesse a indiqué être membres du sous-clan des Hussein du clan des Ashraf.

[7] La demanderesse craint d'être persécutée en Somalie parce qu'elle est membre d'un clan minoritaire, en plus d'être une femme âgée non accompagnée souffrant de déficiences (y compris un trouble de stress post-traumatique (TSPT)).

[8] In January 2015, the applicant's husband, a private school teacher, owned a school with his son. They were allegedly killed by Al-Shabaab after the applicant's husband refused to let Al-Shabaab recruit his Quranic students.

[9] The same day, the applicant stayed with her daughter in Fanole District. When the applicant returned home in Kismayo, she found that the door had been broken and the windows had been riddled with bullet holes.

[10] On February 2, 2015, the applicant left Kismayo and fled to Nairobi, Kenya with her daughter and two grandchildren.

[11] On April 21, 2015, the applicant arrived in Canada with no identity documents with the help of her daughter (still in Kenya) and a smuggler. The applicant then filed for asylum in Canada on June 10, 2015.

[12] In a decision dated November 10, 2016, the RPD rejected the applicant's refugee protection claim for lack of credibility. The RPD found that the applicant was able to understand questions and provide appropriate responses, although it recognized that details may have been missing and the chronology of events may not have been accurate. Given letters from the applicant's psychotherapist and family physician, the RPD also noted that the applicant was appointed a designated representative (DR) in accordance with subsection 167(2) of the IRPA to act on behalf of the applicant.

[13] Given the objective evidence, the RPD nonetheless concluded that it is unlikely that the applicant lived in Kismayo during the three years (2009–2012) of Al-Shabaab rule and not be aware of basic facts that would have affected the applicant's daily life, such as the women having to wear veils outside of their homes and not being able to leave the house without a male escort. Therefore, the RPD concluded that it is unlikely that the applicant was living in Kismayo in January 2015, as alleged, nor that she had been living there since 2009.

[8] En janvier 2015, le mari de la demanderesse, un enseignant du secteur privé, était propriétaire d'une école avec son fils. Al-Shabaab les a supposément assassinés après que le mari de la demanderesse a refusé de laisser recruter ses étudiants du Coran.

[9] Le même jour, la demanderesse se trouvait avec sa fille dans le district de Fanole. Lorsque la demanderesse est rentrée chez elle, à Kismayo, elle a constaté que la porte avait été défoncée et que les fenêtres étaient criblées de balles.

[10] Le 2 février 2015, la demanderesse a quitté Kismayo et s'est enfuie à Nairobi (Kenya) avec sa fille et deux de ses petits-enfants.

[11] Le 21 avril 2015, la demanderesse est arrivée au Canada sans documents d'identité avec l'aide de sa fille (toujours au Kenya) et d'un passeur. La demanderesse a ensuite présenté une demande d'asile au Canada, le 10 juin 2015.

[12] Dans une décision en date du 10 novembre 2016, la SPR a rejeté la demande d'asile de la demanderesse pour manque de crédibilité. La SPR a conclu que la demanderesse était en mesure de comprendre les questions et de fournir des réponses appropriées, tout en reconnaissant qu'il était possible que des détails soient manquants et que la séquence des événements soit inexacte. Vu les lettres fournies par le psychothérapeute et le médecin de famille de la demanderesse, la SPR a aussi indiqué que la demanderesse s'était vu attribuer un représentant désigné (RD) conformément au paragraphe 167(2) de la LIPR afin d'agir en son nom.

[13] Étant donné la preuve objective, la SPR a néanmoins conclu qu'il était peu probable que la demanderesse ait habité à Kismayo (de 2009 à 2012) pendant les trois années de règne d'Al-Shabaab et qu'elle ignore des faits de base qui se seraient fait sentir sur sa vie quotidienne, comme le fait que les femmes devaient porter le voile à l'extérieur de leur maison et qu'elles ne pouvaient sortir de leur maison sans escorte masculine. La SPR a donc conclu qu'il était peu probable que la demanderesse habitait à Kismayo en janvier 2015, comme elle le prétendait, et qu'elle y habitait depuis 2009.

[14] The RPD also rejected the applicant's refugee claim because it had insufficient credible and trustworthy evidence to establish when the applicant left Somalia, where she was living, for how long, or when she arrived in Canada. The RPD concluded that the applicant's allegations of risk from Al-Shabaab are likely untrue, given that the applicant provided no corroborative evidence to prove her presence in Kenya or her travel to Canada, with the assistance of a smuggler.

[15] Although the RPD submitted that in general, identity documents are difficult to obtain in Somalia, it still did not accept the applicant's efforts to establish neither her nationality nor her identity as a person who recently resided in Somalia due to a lack of identity/supporting documents, nor did it accept the witness' testimony in this regard. The RPD did, however, accept that the applicant is likely a member of the Ashraf clan.

[16] The RPD also acknowledged that there may be risk factors returning to areas controlled by Al-Shabaab, but not in Kismayo. The RPD further noted that "the mere fact that the claimant is Ashraf does not place her at risk from a targeted Al Shabaab attack in Kismayo, should she return there" (RPD's reasons, paragraph 29). Finally, the RPD found that the applicant's age, gender and health may be problematic if adequate family and community support were not available to her. However, the RPD concluded that it had insufficient credible and trustworthy evidence to assess specific risks.

#### IV. Decision

[17] On November 25, 2016, the applicant appealed the RPD decision before the RAD. In that appeal, the applicant did not submit any new evidence nor did she request that the RAD conduct an oral hearing.

[14] La SPR a aussi rejeté la demande d'asile présentée par la demanderesse parce qu'elle ne disposait pas de preuves crédibles et dignes de confiance suffisantes pour établir le moment où la demanderesse avait quitté la Somalie, où elle habitait, pendant combien de temps elle y avait habité ou le moment de son arrivée au Canada. La SPR a conclu que les allégations de la demanderesse selon lesquelles elle s'exposait à un risque d'Al-Shabaab étaient probablement fausses, vu qu'elle n'avait produit aucune preuve corroborant sa présence au Kenya ou son déplacement au Canada avec l'aide d'un passeur.

[15] La SPR, même après avoir indiqué qu'il était généralement difficile d'obtenir des documents d'identité en Somalie, n'a tout de même pas accepté les efforts déployés par la demanderesse pour prouver sa nationalité ou son identité en tant que personne qui résidait en Somalie en raison de l'absence de documents sur l'identité ou à l'appui; elle n'a pas accepté non plus le témoignage de la demanderesse à cet égard. La SPR a toutefois retenu l'idée selon laquelle la demanderesse était probablement membre du clan des Ashraf.

[16] La SPR a aussi reconnu que le fait de retourner dans des régions contrôlées par Al-Shabaab comportait des facteurs de risque, mais pas à Kismayo. La SPR a aussi précisé que [TRADUCTION] « le simple fait que la demanderesse appartient au clan des Ashraf ne l'expose pas à un risque d'attaque ciblée par Al-Shabaab à Kismayo si elle y retourne » (motifs de la SPR, paragraphe 29). Enfin, la SPR a conclu que l'âge, le genre et la santé de la demanderesse pourraient poser un problème si aucun soutien familial et communautaire ne lui était offert. La SPR a toutefois conclu qu'elle ne disposait pas de preuves crédibles et dignes de confiance suffisantes pour évaluer des risques précis.

#### IV. Décision

[17] Le 25 novembre 2016, la demanderesse a interjeté appel de la décision rendue par la SPR devant la SAR. Dans cet appel, la demanderesse n'a présenté aucun nouvel élément de preuve et n'a pas demandé à la SAR de tenir une audience orale.

[18] In a decision dated May 8, 2017, pursuant to paragraph 111(1)(a) of the IRPA, the RAD confirmed the decision of the RPD that the applicant is neither a Convention refugee nor a person in need of protection. The appeal was therefore dismissed.

[19] On May 26, 2017, the applicant filed for an application for leave and judicial review. On September 7, 2017, this Court allowed the application for leave and judicial review.

#### V. Issues

[20] This matter raises the following issue: Did the RAD err by upholding the RPD's decision in its credibility findings and in its consideration of the evidence before it?

[21] The RAD's factual findings and its assessment of the evidence are questions of mixed fact and law and the Court finds that the applicable standard of review is reasonableness (*Akuffo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1063, 86 Admin. L.R. (5th) 112, at paragraph 27; *Siliya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 120, at paragraph 20). The Court must show deference to the RAD when the standard of review is that of reasonableness, given the RAD's specialization and the expertise of its members (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 53; *Djossou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1080, at paragraph 33).

#### VI. Relevant Provisions

[22] Section 96 of the IRPA states:

##### **Convention refugee**

**96** A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

[18] Dans une décision en date du 8 mai 2017, conformément au paragraphe 111(1) de la LIPR, la SAR a confirmé la décision rendue par la SPR selon laquelle la demanderesse n'est ni une réfugiée au sens de la Convention ni une personne à protéger. L'appel a donc été rejeté.

[19] Le 26 mai 2017, la demanderesse a présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Le 7 septembre 2017, la Cour a accueilli la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire.

#### V. Questions

[20] La présente cause soulève la question suivante : La SAR a-t-elle commis une erreur en maintenant la décision rendue par la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité et son examen de la preuve qui lui a été présentée?

[21] Les conclusions de fait tirées par la SAR et son évaluation de la preuve sont des questions mixtes de fait et de droit et la Cour conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable (*Akuffo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1063, au paragraphe 27; *Siliya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 120, au paragraphe 20). La Cour doit faire preuve de retenue à l'égard de la SAR lorsque la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, vu la spécialisation de la SAR et l'expertise de ses membres (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 53; *Djossou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1080, au paragraphe 33).

#### VI. Dispositions pertinentes

[22] L'article 96 de la LIPR précise ce qui suit :

##### **Définition de réfugié**

**96** A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

[23] Subsection 97(1) of the IRPA states:

**Person in need of protection**

**97 (1)** A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally

(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or

(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if

(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,

(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,

(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care.

**Person in need of protection**

(2) A person in Canada who is a member of a class of persons prescribed by the regulations as being in need of protection is also a person in need of protection.

[24] Paragraph 111(1)(a) of the IRPA states:

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

[23] Le paragraphe 97(1) de la LIPR prévoit ce qui suit :

**Personne à protéger**

**97 (1)** A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :

a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;

b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :

(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,

(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,

(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

**Personne à protéger**

(2) A également qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et fait partie d'une catégorie de personnes auxquelles est reconnu par règlement le besoin de protection.

[24] Le paragraphe 111(1) de la LIPR précise ce qui suit :

**Decision**

**111 (1)** After considering the appeal, the Refugee Appeal Division shall make one of the following decisions:

(a) confirm the determination of the Refugee Protection Division;

(b) set aside the determination and substitute a determination that, in its opinion, should have been made; or

(c) refer the matter to the Refugee Protection Division for re-determination, giving the directions to the Refugee Protection Division that it considers appropriate.

**VII. Submissions of the Parties***A. Submissions of the Applicant*

[25] According to the applicant, the RAD erred by upholding the RPD's decision. It is submitted that the RAD failed to conduct its own independent analysis of the evidence to decide whether the RPD's reasons were correct in regard to the applicant's credibility and profile (*Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157, at paragraph 78).

[26] Firstly, the applicant argues that the RAD erred by determining that the applicant did not make sufficient efforts to present identity documents because its findings are contradictory. In fact, the RAD acknowledged the applicant's diminished cognitive abilities and the fact that documents are difficult to obtain from Somalia, as supported by the objective evidence on country conditions; however, the RAD concluded that the applicant did make reasonable efforts to establish her identity. The applicant submits that she is a vulnerable individual, was appointed a DR to act on her behalf and was thus limited in her ability to undertake such efforts. The evidence that was before the RAD and the RPD illustrates that the applicant suffers from impaired cognitive functioning and PTSD:

Additionally, I believe that there are aspects of Ms. Abbar's current cognitive and emotional functioning

**Décision**

**111 (1)** La Section d'appel des réfugiés confirme la décision attaquée, casse la décision et y substitue la décision qui aurait dû être rendue ou renvoie, conformément à ses instructions, l'affaire à la Section de la protection des réfugiés.

**VII. Observations des parties***A. Observations de la demanderesse*

[25] Selon la demanderesse, la SAR a commis une erreur en maintenant la décision rendue par la SPR. Il est soutenu que la SAR n'a pas mené sa propre analyse indépendante de la preuve afin de déterminer si les motifs de la SPR étaient corrects en ce qui concerne la crédibilité et le profil de la demanderesse (*Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157, au paragraphe 78).

[26] Premièrement, la demanderesse soutient que la SAR a commis une erreur en décidant que la demanderesse n'avait pas déployé suffisamment d'efforts pour présenter des documents liés à son identité parce qu'elle a tiré des conclusions contradictoires. En fait, la SAR a reconnu les capacités cognitives affaiblies de la demanderesse et la difficulté à obtenir des documents de la Somalie, comme le soutient la preuve objective sur les conditions du pays; la SAR a toutefois conclu que la demanderesse n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour établir son identité. La demanderesse fait valoir qu'elle est une personne vulnérable, qu'un RD a été nommé afin d'agir en son nom et que sa capacité à déployer de tels efforts était limitée. La preuve présentée à la SAR et à la SPR montre que la demanderesse souffre d'un trouble des fonctions cognitives et de TSPT :

[TRADUCTION] Je suis aussi d'avis que certains aspects des fonctions cognitives et émotives actuelles de M<sup>me</sup> Abbar

that could significantly impede her ability to provide a complete and detailed history or clear testimony at her upcoming hearing.

(Applicant's record, Letter from applicant's psychotherapist, dated July 29, 2015, page 60.)

[27] Secondly, it is submitted that the RAD erred in a reviewable manner in basing its negative inference on an erroneous assumption. In fact, when concluding that the applicant was not able to provide identity documents, the RAD failed to explain why it was the responsibility of the applicant's daughter, who arranged a smuggler for her mother, to provide the applicant with a Somali identity document. The applicant's daughter did not have access to her mother's identity documents because she also fled to Kenya in a hurry. Moreover, the applicant testified that she had lost contact with her daughter and is unaware of her whereabouts in order to ask her to provide an affidavit. Given the applicant's particular circumstances in the case at bar, it was reasonable for her to be unable to provide identity documents from Somalia.

[28] Thirdly, the applicant argues that the RAD erred by concluding that she will not be at risk in Somalia based on her membership in the minority Ashraf clan. "The RAD concurs with the RPD that there was insufficient evidence to persuade it that a woman who is Ashraf would be at risk in Kismayo" (RAD's reasons, paragraph 35). According to the applicant, the RAD failed to assess the objective evidence before it. For instance, research on country conditions clearly indicated that members of the Ashraf clan are vulnerable to persecution throughout Somalia:

2.2.2 UNHCR Somalia reported to a Danish Immigration Service fact finding mission (DIS FFM) delegation of 30 January to 19 February 2012 that '... today there is no guarantee of clan protection in Somalia, in particular members of minority clans and ethnic minority groups are vulnerable ....'

pourraient limiter considérablement sa capacité à faire un récit complet et détaillé ou à livrer un témoignage clair au cours de son audience prochaine.

(Dossier de la demanderesse, lettre de la psychothérapeute de la demanderesse en date du 29 juillet 2015, à la page 60).

[27] Deuxièmement, la SAR a commis une erreur susceptible de révision en tirant sa conclusion défavorable sur une hypothèse erronée. En fait, quand elle a conclu que la demanderesse était incapable de présenter des documents sur son identité, la SAR n'a pas expliqué pourquoi il incombait à la fille de la demanderesse, qui avait pris des dispositions pour qu'un passeur fasse entrer sa mère au pays, de fournir à la demanderesse des documents d'identité de la Somalie. La fille de la demanderesse n'avait pas accès aux documents d'identité de sa mère parce qu'elle s'est elle aussi enfuie vers le Kenya en toute hâte. Qui plus est, la demanderesse a témoigné qu'elle avait perdu contact avec sa fille et qu'elle ignorait où se trouvait sa fille afin de lui demander de produire un affidavit. Vu la situation particulière de la demanderesse en l'espèce, il était raisonnable qu'elle soit incapable de présenter des documents d'identité de la Somalie.

[28] Troisièmement, la demanderesse soutient que la SAR a commis une erreur en concluant qu'elle ne serait pas exposée à un risque en Somalie en raison de son appartenance au clan minoritaire des Ashraf. [TRADUCTION] « La SAR est d'accord avec la SPR sur le fait que la preuve ne suffisait pas à convaincre qu'une femme Ashraf courrait un risque à Kismayo » (motifs de la SAR, paragraphe 35). Selon la demanderesse, la SAR n'a pas évalué la preuve objective qui lui avait été présentée. Par exemple, les recherches sur les conditions du pays indiquaient clairement que les membres du clan des Ashraf sont vulnérables à la persécution partout en Somalie :

[TRADUCTION]

2.2.2 Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) en Somalie a indiqué à la délégation d'une mission d'enquête du service d'immigration danois menée du 30 janvier au 19 février 2012 que [...] « Il n'existe en ce moment aucune garantie de protection des clans en Somalie; les membres de clans minoritaires et

les groupes ethniques minoritaires sont particulièrement vulnérables [...] »

[...]

2.5.4 ... Minority groups, often lacking armed militias, continued to be disproportionately subjected to killings, torture, rape, kidnapping for ransom, and looting of land and property with impunity by faction militias and majority clan members. Many minority communities continued to live in deep poverty and to suffer from numerous forms of discrimination and exclusion.

2.5.4 [...] Les groupes minoritaires, qui ne possèdent souvent pas de milices armées, sont demeurés visés de façon disproportionnée par des assassinats, de la torture, des viols, des enlèvements pour rançon et des pillages de terres et de biens en toute impunité par des milices de la faction et des membres de clans majoritaires. Bon nombre de communautés minoritaires continuaient de vivre dans la pauvreté extrême et de souffrir de nombreuses formes de discrimination et d'exclusion.

2.5.5 The NOAS 2014 report stated

2.5.5 Le rapport de 2014 de l'Organisation norvégienne pour les demandeurs d'asile indiquait ce qui suit :

'Minority groups in Somalia are marginalized and face a difficult humanitarian situation, according to sources. The minority groups lie outside the clan system, and the clan structures pose particular difficulties for them. They have no political power, and have been especially exposed during upsurges of conflict.

« Selon certaines sources, de nombreux groupes minoritaires en Somalie sont marginalisés et se trouvent dans une situation humanitaire difficile. Les groupes minoritaires ne font pas partie du système de clans et la structure des clans leur pose des difficultés particulières. Ils n'ont aucun pouvoir politique et ont été particulièrement exposés dans le cadre de fortes poussées ou de conflits. »

'Several sources stated that particularly vulnerable minorities in Somalia include Midgan/Gaboye, Bantu, Tumul, Reer Hama, Ashraf and Yibir. [Emphasis added; footnote omitted.]

« Selon plusieurs sources, les minorités particulièrement vulnérables en Somalie comprennent les Midgan/Gaboye, les Bantu, les Tumul, les Reer Hama, les Ashraf et les Yibir. » [Non souligné dans l'original.]

(Certified tribunal record, in the National Documentation Package (NDP) for Somalia (17 July 2015), United Kingdom Home Office's Report dated March 2015, Item 1.18, *Country Information and Guidance: South and central Somalia: Majority clans and minority groups*, pages 332 and 342.)

(Dossier certifié du tribunal (DCT) dans le cartable national de documentation (CND) pour la Somalie (17 juillet 2015), rapport du Home Office du Royaume-Uni en date de mars 2015, point 1.18, *Country Information and Guidance : South and central Somalia : Majority clans and minority groups* (en anglais), aux pages 332 et 342.)

[29] Furthermore, it is submitted that the RAD erred in its decision that there was insufficient evidence as to whether the applicant has community or family support in Somalia. In fact, the applicant as well as her niece both testified that the applicant would not have any support in Somalia. "When [a claimant] swears to the truth of certain allegations, this creates a presumption that those allegations are true unless there be reason to doubt

[29] Qui plus est, il est soutenu que la SAR a commis une erreur en décidant que la preuve ne suffisait pas à prouver que la demanderesse avait le soutien de sa communauté ou de ses proches en Somalie. En fait, la demanderesse et la nièce ont toutes deux indiqué dans leur témoignage que la demanderesse n'aurait aucun soutien en Somalie. « Quand un [demandeur] jure que certaines allégations sont vraies, cela crée une présomption

their truthfulness” [footnote omitted] (*Maldonado v. Minister of Employment and Immigration*, [1980] 2 F.C. 302 (C.A.) (*Maldonado*), at paragraph 5 [page 305 of the Canada Federal Court Reports]).

[30] Finally, the applicant submits that the RAD’s analysis was microscopic in nature. In fact, it drew a negative inference on one statement of the applicant’s witness, who testified in her affidavit that the applicant called her from Somalia to tell her about the murder of her husband and son. However, the witness later testified at the hearing that it was the applicant’s neighbors who called to tell her what happened and that the applicant, herself, told her niece about the murders only after she came to Canada. “It is well settled that while the Board’s task is a difficult one, it should not be over-vigilant in searching out inconsistencies or be microscopic in its examinations of the evidence, particularly where persons testify through an interpreter;” (*Elmi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 773, at paragraph 24).

#### B. Submissions of the Respondent

[31] The respondent, on the other hand, argues that the RAD did not err in confirming the RPD’s findings on identity and credibility. The respondent submits that the RAD made an assessment of all the evidence before it. The fact that the applicant was appointed a DR to act on behalf of her does not automatically lead the RPD to accept the alleged facts of the applicant’s claim.

[32] Firstly, the respondent submits that it was reasonable for the RAD to agree with the RPD and conclude it was unlikely that the applicant lived in Kismayo during the three years Al-Shabaab ruled the city.

[33] Secondly, it was reasonable for the RAD, as well as for the RPD, to consider the lack of corroborative evidence in order to establish the applicant’s departure from

qu’elles le sont, à moins qu’il n’existe des raisons d’en douter » [note en bas de page omise] *Maldonado c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1980] 2 C.F. 302 (C.A.) (*Maldonado*), au paragraphe 5 [à la page 305 du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada].

[30] Enfin, la demanderesse fait valoir que la SAR avait mené une analyse à la loupe. En fait, elle a tiré une conclusion défavorable à l’égard d’une déclaration du témoin de la demanderesse, qui a témoigné, dans son affidavit, que la demanderesse l’avait appelée de la Somalie afin de l’informer des meurtres de son mari et de son fils. Le témoin a par la suite indiqué dans son témoignage à l’audience que ce sont les voisins de la demanderesse qui l’avaient appelée afin de l’informer de ce qui s’était passé et que la demanderesse elle-même avait informé sa nièce des meurtres uniquement après son arrivée au Canada. « Il est bien établi que la Commission a une tâche difficile, mais elle ne devrait pas manifester une vigilance excessive dans la recherche d’incohérences et ne devrait pas examiner la preuve à la loupe, particulièrement lorsque les personnes témoignent par l’intermédiaire d’un interprète. » (*Elmi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 773, au paragraphe 24.)

#### B. Prétentions du défendeur

[31] Le défendeur soutient quant à lui que la SAR n’a commis aucune erreur en confirmant les conclusions tirées par la SPR sur l’identité et la crédibilité. Le défendeur soutient que la SAR a évalué l’ensemble de la preuve qui lui a été présentée. Le fait qu’un RD ait été nommé pour agir au nom de la demanderesse n’a pas à mener automatiquement la SPR à accepter tous les faits allégués dans la revendication de la demanderesse.

[32] Le défendeur soutient premièrement qu’il était raisonnable pour la SAR d’être d’accord avec la SPR et de conclure qu’il était peu probable que la demanderesse ait habité à Kismayo pendant les trois années où Al-Shabaab régnait sur la ville.

[33] Deuxièmement, il était raisonnable pour la SAR, ainsi que pour la SPR, de tenir compte de l’absence de preuves corroborantes afin de prouver le départ de la

Somalia, her presence in Kenya as well as her travel to Canada with the help of a smuggler. The respondent argues that the onus is on a refugee claimant to establish his or her claim.

[34] Thirdly, it was reasonable for the RAD to uphold the RPD's conclusion with regards to the applicant's profile as an 80-year-old Somali Muslim woman with medical issues. According to the respondent, the applicant failed to establish that she would be at risk in Somalia as a vulnerable elderly woman with disabilities, given that there was insufficient evidence on the applicant's whereabouts.

[35] Finally, it was reasonable for the RAD to conclude that the applicant did not make reasonable efforts to present evidence establishing her personal and national identity. The respondent argues that the onus is on the applicant to produce identity documentation (*Liu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 831, at paragraph 18).

#### VIII. Analysis

[36] For the following reasons, the application for judicial review is granted.

A. *Did the RAD err by upholding the RPD's decision in its credibility findings and in its consideration of the evidence before it?*

38. To the element of fear – a state of mind and a subjective condition – is added the qualification “well-founded”. This implies that it is not only the frame of mind of the person concerned that determines his refugee status, but that this frame of mind must be supported by an objective situation. The term “well-founded fear” therefore contains a subjective and an objective element, and in determining whether well-founded fear exists, both elements must be taken into consideration.

...

42. As regards the objective element, it is necessary to evaluate the statements made by the applicant. The competent authorities that are called upon to determine

demanderesse de la Somalie, sa présence au Kenya et son voyage au Canada avec l'aide d'un passeur. Le défendeur fait valoir qu'il incombe au demandeur d'asile de prouver sa revendication.

[34] Troisièmement, il était raisonnable pour la SAR de maintenir la conclusion de la SPR relative au profil de la demanderesse, soit celui d'une Somalienne musulmane âgée de 80 ans aux prises avec des problèmes de santé. Selon le défendeur, la demanderesse n'a pas réussi à prouver qu'elle s'exposerait à un risque en Somalie en tant que femme âgée handicapée vulnérable, vu l'insuffisance de la preuve sur ses allées et venues.

[35] Enfin, il était raisonnable pour la SAR de conclure que la demanderesse n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour produire des éléments de preuves prouvant son identité personnelle et nationale. Le défendeur soutient qu'il incombe à la demanderesse de produire des documents d'identité (*Liu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 831, au paragraphe 18).

#### VIII. Discussion

[36] Pour les motifs qui suivent, la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

A. *La SAR a-t-elle commis une erreur en maintenant la décision rendue par la SPR en ce qui concerne ses conclusions relatives à la crédibilité et son examen de la preuve qui lui a été présentée?*

38. L'élément de crainte – qui est un état d'esprit et une condition subjective est précisé par les mots « avec raison ». Ces mots impliquent que ce n'est pas seulement l'état d'esprit de l'intéressé qui détermine sa qualité de réfugié mais que cet état d'esprit doit être fondé sur une situation objective. Les mots « craignant avec raison » recouvrent donc à la fois un élément subjectif et un élément objectif et, pour déterminer l'existence d'une crainte raisonnable, les deux éléments doivent être pris en considération.

[...]

42. Il est nécessaire d'évaluer les déclarations du demandeur également en ce qui concerne l'élément objectif. Les autorités qui sont appelées à déterminer la qualité de

refugee status are not required to pass judgement on conditions in the applicant's country of origin. The applicant's statements cannot, however, be considered in the abstract, and must be viewed in the context of the relevant background situation. A knowledge of conditions in the applicant's country of origin –while not a primary objective – is an important element in assessing the applicant's credibility. In general, the applicant's fear should be considered well-founded if he can establish, to a reasonable degree, that his continued stay in his country of origin has become intolerable to him for the reasons stated in the definition, or *would* for the same reasons be intolerable *if* he returned there.

...

45. Apart from the situations of the type referred to in the preceding paragraph, an applicant for refugee status must normally show good reason why he individually fears persecution. It may be assumed that a person has well-founded fear of being persecuted if he has already been the victim of persecution for one of the reasons enumerated in the 1951 Convention. However, the word "fear" refers not only to persons who have actually been persecuted, but also to those who wish to avoid a situation entailing the risk of persecution. [Emphasis added.]

*(Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, UNHCR 1979 (The Handbook).)*

[37] The Court finds that the RAD's decision is not reasonable because it neither considered the applicant's particular circumstances with the objective evidence before it nor did it assess the applicant's claim with different techniques of examination in order to decide whether she is a refugee or not. Thus, the RAD erred by upholding the RPD's decision in its credibility findings.

[38] Firstly, it is important to mention that the RAD was well aware of the applicant's health conditions. In fact, the RAD confirmed the RPD's findings on the matter, determining that the applicant's mental state "could

réfugié ne sont pas tenues d'émettre un jugement sur les conditions existant dans le pays d'origine du demandeur. Cependant, les déclarations du demandeur ne peuvent pas être prises dans l'abstrait et elles doivent être considérées dans le contexte général d'une situation concrète. Si la connaissance des conditions existant dans le pays d'origine du demandeur n'est pas un but en soi, elle est importante parce qu'elle permet d'apprécier la crédibilité des déclarations de l'intéressé. En général, la crainte exprimée doit être considérée comme fondée si le demandeur peut établir, dans une mesure raisonnable, que la vie est devenue intolérable pour lui dans son pays d'origine pour les raisons indiquées dans la définition ou qu'elle le *serait*, pour les mêmes raisons, s'il y retournait.

[...]

45. Mis à part les cas envisagés au paragraphe précédent, il appartient normalement à la personne qui réclame le statut de réfugié d'établir, elle-même, qu'elle craint avec raison d'être persécutée. On peut supposer qu'une personne est fondée à craindre des persécutions lorsqu'elle en a déjà été la victime pour l'une des causes énumérées dans la Convention de 1951. Cependant, la crainte d'être persécuté n'est pas censée être réservée aux personnes qui ont déjà été persécutées; elle peut être également le fait de celles qui veulent éviter de se trouver dans une situation où elles pourraient l'être. [Non souligné dans l'original.]

*(Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, UNHCR, 1979 (le Guide).)*

[37] La Cour déclare que la SAR n'a pas rendu une décision raisonnable, parce qu'elle n'a pas tenu compte de la situation particulière de la demanderesse en fonction de la preuve objective qui lui avait été présentée et qu'elle n'a pas évalué la revendication de la demanderesse en recourant à des techniques d'examen différentes pour trancher si elle est une réfugiée ou pas. La SAR a donc commis une erreur en maintenant la décision de la SPR sur ses conclusions relatives à la crédibilité.

[38] En premier lieu, il est important d'indiquer que la SAR était bien au fait de l'état de santé de la demanderesse. En fait, la SAR a confirmé les conclusions tirées par la SPR à cet égard, en décidant que l'état de santé

significantly impede her ability to provide a complete and detailed history or clear testimony at her upcoming hearing”, according to a letter dated July 29, 2015, from the applicant’s psychotherapist. It was also noted by the RAD, and the RPD, that the applicant suffers from poor concentration and memory impairment, according to a letter dated September 29, 2016, from the applicant’s family physician. Given the applicant’s medical issues, the RAD noted in its decision that the applicant was appointed a DR to act on her behalf during the hearings in front of the RPD. According to the applicant, a claimant is presumed to tell the truth unless there is reason to doubt the truthfulness of certain allegations (*Maldonado*, at paragraph 5). To the best of her ability, the applicant testified and told her story with the assistance of the DR.

206. It has been seen that in determining refugee status the subjective element of fear and the objective element of its well-foundedness need to be established.

207. It frequently happens that an examiner is confronted with an applicant having mental or emotional disturbances that impede a normal examination of his case. A mentally disturbed person may, however, be a refugee, and while his claim cannot therefore be disregarded, it will call for different techniques of examination.

208. The examiner should, in such cases, whenever possible, obtain expert medical advice. The medical report should provide information on the nature and degree of mental illness and should assess the applicant’s ability to fulfil the requirements normally expected of an applicant in presenting his case (see paragraph 205 (a) above). The conclusions of the medical report will determine the examiner’s further approach.

209. .... Where there are indications that the fear expressed by the applicant may not be based on actual experience or may be an exaggerated fear, it may be necessary, in arriving at a decision, to lay greater emphasis on the objective circumstances, rather than on the statements made by the applicant.

...

mentale de la demanderesse [TRADUCTION] « pourrait limiter considérablement sa capacité à faire un récit complet et détaillé ou à livrer un témoignage clair au cours de son audience prochaine », selon une lettre en date du 29 juillet 2015 de la psychothérapeute de la demanderesse. La SAR a aussi précisé, comme la SPR, que la demanderesse avait une mauvaise concentration et un déficit de la mémoire, selon une lettre en date du 29 septembre 2016 de son médecin de famille. Vu les problèmes de santé de la demanderesse, la SAR a indiqué dans sa décision qu’un RD avait été nommé pour agir au nom de la demanderesse pendant l’audience tenue devant la SPR. Selon la demanderesse, un demandeur est présumé dire la vérité à moins qu’il y ait des raisons de douter de la véracité de certaines allégations (*Maldonado*, au paragraphe 5). La demanderesse a témoigné et raconté son récit au meilleur de sa capacité, avec l’aide du RD.

206. On a vu que, pour déterminer la qualité de réfugié, il faut établir la réalité de cet élément subjectif qu’est la crainte et de l’élément objectif du bien-fondé de cette crainte.

207. Il arrive fréquemment que l’examineur se trouve en présence d’un demandeur atteint de troubles mentaux ou affectifs qui font obstacle à un examen normal de son cas. Comme une personne atteinte de troubles mentaux peut néanmoins être un réfugié, sa demande ne saurait donc être écartée, mais elle appellera des techniques d’examen différentes.

208. Dans les cas de ce genre, l’examineur doit obtenir, dans la mesure du possible, l’avis spécialisé d’un médecin. Le rapport médical doit renseigner sur la nature et le degré de la maladie mentale et porter une appréciation sur le point de savoir si l’intéressé est normalement apte à présenter son cas [voir, ci-dessus, le paragraphe 205 a)]. La méthode qui sera appliquée par l’examineur pour la suite de l’examen dépendra des conclusions du rapport médical.

209. [...] S’il apparaît que la crainte manifestée par le demandeur n’est vraisemblablement pas fondée sur l’expérience vécue ou que cette crainte serait exagérée, il faudra peut-être, pour parvenir à une décision, attacher plus d’importance aux circonstances objectives qu’aux déclarations du demandeur.

[...]

211. In examining his application, therefore, it may not be possible to attach the same importance as is normally attached to the subjective element of “fear”, which may be less reliable, and it may be necessary to place greater emphasis on the objective situation.

212. In view of the above considerations, investigation into the refugee status of a mentally disturbed person will, as a rule, have to be more searching than in a “normal” case and will call for a close examination of the applicant’s past history and background, using whatever outside sources of information may be available. [Emphasis added.]

(The Handbook.)

[39] The Court finds that the RAD erred by concluding that the applicant lacked credibility on the basis that she was not able to provide significant details of her daily life in Kismayo during the Al-Shabaab rule from 2009 to 2012. Although the RAD has the expertise to determine questions of fact, particularly when evaluating the credibility and the subjective fear of persecution of a claimant, the Court agrees with the applicant’s submissions and concludes that:

.... It would not be proper for the [Immigration Refugee Board] to base its findings on an extensive “microscopic” examination of issues irrelevant or peripheral to the claim. Furthermore, the claimant’s credibility and the plausibility of her or his testimony should also be assessed in the context of her or his country’s conditions and other documentary evidence available to the Board. Minor or peripheral inconsistencies in the claimant’s evidence should not lead to a finding of general lack of credibility where documentary evidence supports the plausibility of the claimant’s story.

(*Mohacsi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCT 429, [2003] 4 F.C. 771 [cited above], at paragraph 20.)

The Court finds that there was sufficient evidence on the applicant’s medical conditions before the RAD to consider the applicant as a vulnerable person

211. C’est dire qu’en examinant sa demande l’élément subjectif de « crainte » risque d’être un élément d’appréciation moins sûr et l’on ne pourra sans doute pas y attacher l’importance qui lui est normalement attribuée ; il faudra peut-être donner plus d’importance à la situation objective.

212. Il ressort des considérations qui précèdent que la détermination de la qualité de réfugié d’une personne atteinte de troubles mentaux exige, en règle générale, des recherches plus approfondies que dans un cas « normal » et, en particulier, un examen minutieux de son passé et de ses antécédents, pour lequel on aura recours à toutes les sources extérieures de renseignements disponibles. [Non souligné dans l’original.]

(Le Guide.)

[39] La Cour déclare que la SAR a commis une erreur en concluant que la demanderesse n’était pas une personne crédible au motif qu’elle était incapable de donner des détails importants sur sa vie quotidienne à Kismayo sous le régime d’Al-Shabaab de 2009 à 2012. Même si la SAR a l’expertise pour trancher des questions de fait, particulièrement lorsqu’elle évalue la crédibilité et la crainte subjective de persécution d’un demandeur, la Cour est d’accord avec les observations présentées par la demanderesse et conclut ainsi :

[...] Il ne conviendrait pas que la [Commission de l’immigration et du statut de réfugié] tire ses conclusions après avoir examiné « à la loupe » des éléments qui ne sont pas pertinents ou qui sont accessoires à la revendication. En outre, la Commission devrait évaluer la crédibilité d’un demandeur et la vraisemblance de son témoignage en tenant compte des conditions existant dans son pays et des autres éléments de preuve documentaire dont elle dispose. Les incohérences mineures ou secondaires contenues dans la preuve du demandeur ne devraient pas inciter la Commission à conclure à une absence générale de crédibilité si la preuve documentaire confirme la vraisemblance de son récit.

(*Mohacsi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CFPI 429, [2003] 4 C.F. 771 [précité], au paragraphe 20.)

La Cour conclut que la SAR disposait de suffisamment de preuves des troubles médicaux de la demanderesse pour considérer cette dernière comme une

trying to establish why she fears persecution if she returns to Somalia. The RAD failed to give weight to the objective evidence on country conditions before it, given the applicant's personal circumstances which impeded her to give a clear, credible testimony. Where the claimant is mentally disturbed, "it may be necessary to place greater emphasis on the objective situation" (The Handbook [at paragraph 211]). For this reason, the RAD erred by failing to examine why the objective evidence make the applicant's story plausible.

[40] Secondly, the RAD erred by concluding that the applicant did not make reasonable efforts to present evidence of her personal and national identity, given that the "onus is on the claimant to produce acceptable documentation" (RAD's reasons, paragraphs 38 and 40). In fact, even with the applicant's medical situation, she still was able to bring her niece as a witness to testify on her membership as an Ashraf as well as on her nationality. The applicant also submitted a letter from Dixon Community services in which it was concluded that the applicant is a Somali citizen and belongs to no other citizenship (applicant's record, Letter from Dixon Community services, page 63). The letter further indicated that the applicant knows the Somali language. The RAD gave no weight to the letter. The Court finds that it is contradictory for the RAD to conclude that the applicant cannot be a Somali citizen, given the lack of evidence. The witness's identity (a citizen of Canada and a citizen of Somalia) and relation with the applicant is confirmed in the witness' affidavit, and in her driver's license, provided by the applicant and available in front of the RAD and the RPD. The witness' identity as a Somalian national was not questioned nor was her relationship with the applicant:

It is argued that the RPD found the testimony of the Appellant and witness to be consistent, for the most part, and accepted their relationship to each other and the Appellant's personal, national and clan identity.

personne vulnérable tentant de prouver pourquoi elle craignait d'être persécutée si elle retournait en Somalie. La SAR a omis de donner du poids à la preuve objective sur les conditions du pays qui lui avait été soumise vu la situation personnelle de la demanderesse, qui l'empêchait de livrer un témoignage clair et crédible. Dans les cas où le demandeur est perturbé mentalement, « il faudra peut-être donner plus d'importance à la situation objective » (le Guide [au paragraphe 211]). Pour ce motif, la SAR a commis une erreur en omettant de déterminer pourquoi la preuve objective rend la preuve produite par la demanderesse plausible.

[40] Deuxièmement, la SAR a commis une erreur en concluant que la demanderesse n'avait pas déployé des efforts raisonnables pour présenter des éléments de preuve sur son identité personnelle et nationale, étant donné que [TRADUCTION] « il incombe à la demanderesse de produire des documents acceptables » (motifs de la SAR, paragraphes 38 et 40). En fait, même en dépit de sa situation médicale, la demanderesse était tout de même en mesure d'amener sa nièce en tant que témoin afin de confirmer son appartenance au clan des Ashraf et sa nationalité. La demanderesse a aussi présenté une lettre de Dixon Community Services, dans laquelle on concluait que la demanderesse était une citoyenne somalienne et qu'elle n'avait aucune autre citoyenneté (dossier de la demanderesse, lettre de Dixon Community services, à la page 63). Dans cette lettre, ont mentionné aussi que la demanderesse sait parler le somali. La SAR n'a accordé aucun poids à cette lettre. La Cour conclut qu'il est contradictoire pour la SAR de conclure que la demanderesse ne peut être une citoyenne somalienne vu l'absence de preuve. Le témoin (qui est citoyenne canadienne et somalienne) confirme son identité et sa relation avec la demanderesse dans son affidavit, ainsi que son permis de conduire, que la demanderesse a présentés à la SAR et à la SPR. L'identité du témoin en tant que ressortissante somalienne n'a pas été remise en question, tout comme sa relation avec la demanderesse.

[TRADUCTION] Il est soutenu que la SPR a conclu que les témoignages livrés par l'appelante et le témoin étaient cohérents, en majeure partie, et qu'elle a accepté leur relation et l'identité personnelle, nationale et de clan de l'appelante.

(RAD's reasons, paragraphs 26–27.)

[41] Moreover, the objective evidence clearly indicates the difficulty that Somalis encounter to present civil identity documents. The RAD, and the RPD, acknowledged this information on the county conditions in its decision:

The RPD acknowledged that the country documentation shows that it would be difficult for an individual from Somalia to present civil identity documents. However, the burden rests on the claimant to use other reliable, credible means to establish her identity.

(RAD's reasons, paragraph 40.)

[42] The Court also finds that the RAD erred by confirming the RPD's decision in its consideration of the evidence before it. By confirming the RPD's findings, the RAD ignored reliable documentary evidence corroborating the applicant's story.

[43] Firstly, the RAD concurred with the RPD that "the mere fact that [the applicant] is Ashraf does not place her at risk from a targeted Al Shabaab attack in Kismayo" (RAD's reasons, paragraph 31). However, the reliable objective evidence that was before the RAD clearly indicates the contrary.

2.3.12 Al-Shabaab is the principal threat to peace and security in Somalia....

...

2.3.14 .... Through regular attacks in Mogadishu, Kismayo and other cities in Somalia, as well as attacks in Kenya and Uganda, it has demonstrated that it is still a regional security threat.

...

2.4.1 .... Though serious concerns remain about the security situation as a result, for example, of clan

(Motifs de la SAR, aux paragraphes 26 et 27.)

[41] Qui plus est, la preuve objective expose clairement la difficulté avec laquelle les Somaliens sont aux prises lorsqu'ils doivent présenter des documents d'identité civile. La SAR, ainsi que la SPR ont reconnu ces renseignements sur les conditions du pays dans leur décision :

[TRADUCTION] La SPR a reconnu que, selon les documents sur le pays, il serait difficile pour un Somalien de présenter des documents sur son identité civile. Il incombe tout de même à la demanderesse de recourir à d'autres moyens crédibles et fiables pour prouver son identité.

(Motifs de la SAR, au paragraphe 40.)

[42] La Cour conclut aussi que la SAR a commis une erreur en confirmant la décision rendue par la SPR dans son examen de la preuve qui lui était présentée. La SAR, en confirmant les conclusions tirées par la SPR, a ignoré des preuves documentaires fiables qui corroboraient le récit de la demanderesse.

[43] La SAR a d'abord indiqué qu'elle était d'accord avec la SPR, qui affirmait que [TRADUCTION] « le simple fait que [la demanderesse] appartient au clan des Ashraf ne l'expose pas à un risque d'attaque ciblée par Al-Shabaab à Kismayo » (motifs de la SAR, au paragraphe 31). Toutefois, la preuve objective fiable présentée à la SAR indique clairement le contraire.

[TRADUCTION]

2.3.12 Al-Shabaab constitue la principale menace à la paix et à la sécurité en Somalie [...]

[...]

2.3.14 [...] Dans le cadre d'attaques menées régulièrement à Mogadiscio, à Kismayo et dans d'autres villes de Somalie, ainsi qu'au Kenya et en Ouganda, il a prouvé qu'il demeure une menace à la sécurité régionale.

[...]

2.4.1 [...] Même si la situation relative à la sécurité (attribuable par exemple, à des conflits internes

infighting in Kismayo and Jubaland, there are clear signs of hope in the air.

...

- 2.2.5 UNHCR Somalia explained to the April 2012 Danish Immigration Service (DIS) fact finding mission that: ...“there is no guarantee of cln protection in Somalia, in particular members of minority clans and ethnic minority groups are vulnerable....”

...

- 6.2.11 In July 2013 that Al-Shabaab was harassing Somalis returning from Kenya by ‘instituting a campaign of intimidation ... roughing up the men and burning families’ belongings. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(CTR, in the NDP for Somalia (17 July 2015), United Kingdom Home Office’s Report dated December 2014, Item 1.12, *Country Information and Guidance: Security and humanitarian situation in South and Central Somalia* [*Country Information and Guidance: Somalia*].)

[44] The RAD did not doubt the applicant’s membership as an Ashraf and thus failed to assess the objective evidence which mentions that minority groups such as the Ashraf clan are a disadvantage if they return to Somalia. Clan identity is still very important in Somalia.

- 2.2.6 In its January 2014 paper, the UNHCR identified ‘Members of minority groups such as members of the Christian religious minority and members of minority clans’ as a risk profile in Somalia. [Emphasis added.]

(CTR, in the NDP for Somalia (17 July 2015), United Kingdom Home Office’s Report dated March 2015, Item 1.18, *Country and Information and Guidance: South and central Somalia: Majority clans and minority groups*.)

entre les clans à Kismayo et à Jubaland) continue de susciter de graves inquiétudes, on constate des signes évidents d’espoir.

[...]

- 2.2.5 Le UNHCR en Somalie a indiqué à la délégation d’une mission d’enquête du service d’immigration danois « [...] qu’il n’existe en ce moment aucune garantie de protection des clans en Somalie; les membres de clans minoritaires et les groupes ethniques minoritaires sont particulièrement vulnérables [...] »

[...]

- 6.2.11 En juillet 2013, Al-Shabaab harcelait des Somaliens qui rentraient du Kenya en « lançant une campagne d’intimidation » [...] où il battait les hommes et brûlait les biens des familles. [Non souligné dans l’original; notes en bas de page omises.]

(DCT, dans le CND pour la Somalie (17 juillet 2015), rapport du Home Office du Royaume-Uni de décembre 2014, point 1.12, *Country Information and Guidance. Somalia : Security and humanitarian situation in South and Central Somalia*; [*Country Information and Guidance: Somalia*] (en anglais).)

[44] La SAR ne doutait pas de l’appartenance de la demanderesse au clan des Ashraf et a donc omis d’évaluer la preuve objective, dans laquelle on mentionnait que des groupes minoritaires comme le clan des Ashraf sont désavantagés s’ils retournent en Somalie. L’identité de clan demeure très importante en Somalie.

[TRADUCTION]

- 2.2.6 Dans son document publié en janvier 2014, le UNHCR a désigné « les membres de groupes minoritaires comme les membres de la minorité religieuse chrétienne et les membres de clans minoritaires » étaient exposés à un risque en Somalie. [Non souligné dans l’original.]

(DCT, dans le CND pour la Somalie (17 juillet 2015), rapport du Home Office du Royaume-Uni de mars 2015, point 1.18, *Country Information and Guidance : South and central Somalia : Majority clans and minority groups* (en anglais).)

[45] Secondly, because the RAD also determined that the applicant is not a person of interest to Al-Shabaab, it concluded that there was insufficient evidence regarding the applicant's whereabouts between 2009 and 2012. Consequently, neither the RAD nor the RPD made an assessment of specific risks related to the applicant such as her age, gender, health and family support in Somalia.

As stated above, and the RAD concurs, the RPD found that there was insufficient credible evidence upon which to assess the Appellant's risk as a result of her vulnerability. In the absence of evidence with respect to details about family or community support, the RPD was not in a position to provide an adequate factual basis for this assessment. Moreover, the RAD concurs with the RPD that there was insufficient evidence to persuade it that a woman who is Ashraf would be at risk in Kismayo.

(RAD's reasons, paragraph 35.)

[46] According to the Handbook, the Court concludes that it is important to consider the circumstances of each case, as each person has a story; each person has a background and baggage that are unique. Furthermore, the applicant herself might not know why it is that she fears persecution if she returns to Somalia. Given the particular circumstances in the case at bar, it was the duty of the RAD to make an assessment of the applicant's residual profile. The fact that the RAD did not believe the applicant's story cannot justify its reasons to avoid making a complete evaluation of the applicant's profile with regard to the current country conditions available in the objective documentary evidence:

#### Mental health care

14.15 The World Health Organisation's Biennial Report on Somalia 2010-2011, published in September 2012, noted that:

'Prolonged conflict and instability have largely impacted on the mental and psychological well-being of the Somali people. [...] Many Somalis have experienced beating, torture, rape

[45] Deuxièmement, puisque la SAR avait aussi décidé que la demanderesse n'est pas une personne d'intérêt pour Al-Shabaab, elle a conclu à l'insuffisance de la preuve sur les allées et venues de la demanderesse de 2009 à 2012. Par conséquent, ni la SAR ni la SPR n'ont évalué les risques propres à la demanderesse, comme son âge, son sexe, sa santé et son soutien familial en Somalie.

[TRADUCTION] Comme il est indiqué ci-dessus, la SPR a conclu qu'elle ne disposait pas d'élément de preuve crédibles suffisants en fonction desquels évaluer le risque pour la demanderesse en raison de sa vulnérabilité et la SAR est d'accord. Vu l'absence de preuve sur les détails entourant le soutien familial ou communautaire, la SPR n'était pas bien placée pour fonder cette évaluation sur des faits adéquats. Qui plus est, la SAR est d'accord avec la SPR sur le fait que la preuve ne suffisait pas à convaincre qu'une femme Ashraf courrait un risque à Kismayo.

(Motifs de la SAR, au paragraphe 35.)

[46] Selon le Guide, la Cour conclut qu'il est important de tenir compte des circonstances propres à chaque cas, puisque chaque personne a une histoire; chaque personne a des antécédents et un bagage uniques. Qui plus est, la demanderesse elle-même ignore peut-être pourquoi elle craint d'être persécutée si elle retourne en Somalie. Vu les circonstances particulières en l'espèce, la SAR avait l'obligation d'évaluer le profil résiduel de la demanderesse. Le fait que la SAR ne croyait pas le récit de la demanderesse ne peut pas justifier ses raisons pour ne pas mener une évaluation complète du profil de la demanderesse, en ce qui concerne les conditions du pays actuelles disponibles dans la preuve documentaire objective :

[TRADUCTION]

#### Soins de santé mentale

14.15 Dans son rapport biennal sur la Somalie 2010-2011, publié en septembre 2012, l'Organisation mondiale de la Santé a précisé ce qui suit :

« Les conflits et l'instabilité qui perdurent ont eu de graves répercussions sur le bien-être mental et psychologique des Somaliens [...] Bon nombre de Somaliens ont été battus, torturés, violés ou

or have been injured for life. Others witnessed horrific violence against family or friends.

blessés de façon permanente. D'autres ont vu des proches ou des amis être victimes d'une violence horrible. »

(CTR, in the NDP for Somalia (17 July 2015), United Kingdom Home Office's Report dated 5 August 2013, Item 2.3, *Somalia: Country of origin information report*.)

(DCT, dans le CND pour la Somalie (17 juillet 2015), rapport du Home Office du Royaume-Uni en date du 5 août 2013, point 2.3, *Somalia : Country of Origin Information Report* (en anglais).)

### 3. Women

### 3. Femmes

3.1.5 Not only do female returnees in particular face threats against the person in IDP camps, especially those belonging to minority clans, but “women travelling without male friends or relatives are in general likely to face a real risk of sexual violence” .... For single women and female single heads of households with no male protection, especially those originating from minority clans, internal relocation will not be available in the absence of meaningful nuclear and/or extended family support and functioning clan protection.

3.1.5 Les femmes rapatriées, en plus de faire l'objet de menaces particulières à leur personne dans les camps de personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (surtout celles appartenant à des clans minoritaires), sont généralement plus susceptibles de courir un risque réel de violence sexuelle lorsqu'elles voyagent sans ami ou proche de sexe masculin [...] Pour les femmes seules et celles qui sont chef de famille et qui ne profitent pas de la protection d'un homme, surtout celles issues de clans minoritaires, aucune réinstallation à l'intérieur du pays ne serait offerte en l'absence de soutien familial nucléaire ou élargi important et une protection de clan qui fonctionne.

3.1.6 **Women who have a well-founded fear of persecution as a result of their gender are members of a particular social group. This is because they are discriminated against in matters of fundamental human rights and the state is unable to provide effective protection.** [Emphasis added; bold in original.]

3.1.6 **Les femmes ayant une crainte bien fondée de persécution en raison de leur sexe sont membres d'un groupe social particulier. Cela s'explique parce qu'elles font l'objet d'une discrimination dans des cas de droits fondamentaux de la personne et que l'état n'arrive pas à les protéger efficacement.** [Non souligné dans l'original; caractère gras dans l'original.]

(CTR, in the NDP for Somalia (17 July 2015), United Kingdom Home Office's Report, Item 1.13, *Country Information and Guidance: Somalia*.)

(DCT, dans le CND pour la Somalie (17 juillet 2015), rapport du Home Office du Royaume-Uni, point 1.13, *Country Information and Guidance : Somalia* (en anglais).)

[47] A person's life is valuable and the Court concludes that the RAD failed to give a complete assessment of the applicant's fear of persecution in Somalia, including her profile as an elderly woman with disabilities and as an unaccompanied woman with no family support in Somalia, by considering the country conditions and the risk factors associated with the possibility of returning to areas controlled by Al-Shabaab.

[47] La vie d'une personne est précieuse et la Cour conclut que la SAR n'a pas examiné entièrement la crainte de persécution en Somalie exprimée par la demanderesse, y compris son profil de femme âgée handicapée et de femme non accompagnée sans soutien familial en Somalie, en tenant compte des conditions du pays et des facteurs de risque liés à un retour possible dans des régions contrôlées par Al-Shabaab.

52. Whether other prejudicial actions or threats would amount to persecution will depend on the circumstances of each case, including the subjective element to which reference has been made in the preceding paragraphs. The subjective character of fear of persecution requires an evaluation of the opinions and feelings of the person concerned. It is also in the light of such opinions and feelings that any actual or anticipated measures against him must necessarily be viewed. Due to variations in the psychological make-up of individuals and in the circumstances of each case, interpretations of what amounts to persecution are bound to vary.

53. In addition, an applicant may have been subjected to various measures not in themselves amounting to persecution (e.g. discrimination in different forms), in some cases combined with other adverse factors (e.g. general atmosphere of insecurity in the country of origin). In such situations, the various elements involved may, if taken together, produce an effect on the mind of the applicant that can reasonably justify a claim to well-founded fear of persecution on “cumulative grounds”. Needless to say, it is not possible to lay down a general rule as to what cumulative reasons can give rise to a valid claim to refugee status. This will necessarily depend on all the circumstances, including the particular geographical, historical and ethnological context.

...

66. In order to be considered a refugee, a person must show well-founded fear of persecution for one of the reasons stated above [for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion]. It is immaterial whether the persecution arises from any single one of these reasons or from a combination of two or more of them. Often the applicant himself may not be aware of the reasons for the persecution feared. It is not, however, his duty to analyze his case to such an extent as to identify the reasons in detail.

67. It is for the examiner, when investigating the facts of the case, to ascertain the reason or reasons for the persecution feared and to decide whether the definition in the 1951 Convention is met with in this respect. It is evident that the reasons for persecution under these various

52. La question de savoir si d’autres actions préjudiciables ou menaces de telles actions constituent des persécutions dépendra des circonstances de chaque cas, compte tenu de l’élément subjectif dont il a été fait mention dans les paragraphes précédents. Le caractère subjectif de la crainte d’être persécuté implique une appréciation des opinions et des sentiments de l’intéressé. C’est également à la lumière de ces opinions et de ces sentiments qu’il faut considérer toute mesure dont celui-ci a été effectivement l’objet ou dont il redoute d’être l’objet. En raison de la diversité des structures psychologiques individuelles et des circonstances de chaque cas, l’interprétation de la notion de persécution ne saurait être uniforme.

53. En outre, un demandeur du statut de réfugié peut avoir fait l’objet de mesures diverses qui en elles-mêmes ne sont pas des persécutions (par exemple, différentes mesures de discrimination), auxquelles viennent s’ajouter dans certains cas d’autres circonstances adverses (par exemple une atmosphère générale d’insécurité dans le pays d’origine). En pareil cas, les divers éléments de la situation, pris conjointement, peuvent provoquer chez le demandeur un état d’esprit qui permet raisonnablement de dire qu’il craint d’être persécuté pour des « motifs cumulés ». Il va sans dire qu’il n’est pas possible d’énoncer une règle générale quant aux « motifs cumulés » pouvant fonder une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Toutes les circonstances du cas considéré doivent nécessairement entrer en ligne de compte, y compris son contexte géographique, historique et ethnologique.

[...]

66. Pour être considérée comme réfugié, une personne doit démontrer qu’elle craint avec raison d’être persécutée pour l’un des motifs énumérés ci-dessus [du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques]. Peu importe que ce soit pour un seul ou pour plusieurs de ces motifs. Souvent, la personne qui demande la reconnaissance du statut de réfugié peut n’avoir pas, elle-même, véritablement conscience des motifs pour lesquels elle craint d’être persécutée. Elle n’est cependant pas tenue d’analyser son cas au point de pouvoir identifier ces motifs de façon très précise.

67. C’est à l’examinateur qu’il appartient, lorsqu’il cherche à établir les faits de la cause, de déterminer le ou les motifs pour lesquels l’intéressé craint d’être victime de persécutions et de décider s’il satisfait à cet égard aux conditions énoncées dans la définition de la Convention

headings will frequently overlap. Usually there will be more than one element combined in one person, e.g. a political opponent who belongs to a religious or national group, or both, and the combination of such reasons in his person may be relevant in evaluating his well-founded fear. [Emphasis added.]

(The Handbook.)

[48] For these reasons, the Court concludes that the RAD's decision does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law (*Dunsmuir*, at paragraph 47).

#### IX. Conclusion

[49] The application for judicial review is granted.

#### JUDGMENT in IMM-2359-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application for judicial review be granted and the file be remitted to the RAD for assessment anew by a different panel. There is no serious question of general importance to be certified. The style of cause is hereby amended to reflect the correct respondent, the Minister of Citizenship and Immigration.

de 1951. Il est évident que souvent les motifs de persécution se recouvrent partiellement. Généralement, plusieurs éléments seront présents chez une même personne. Par exemple, il s'agira d'un opposant politique qui appartient en outre à un groupe religieux ou national ou à un groupe présentant à la fois ces deux caractères, et le fait qu'il cumule plusieurs motifs possibles peut présenter un intérêt pour l'évaluation du bien-fondé de ses craintes. [Non souligné dans l'original.]

(Le Guide.)

[48] Pour ces motifs, la Cour conclut que la décision de la SAR n'appartient pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

#### IX. Conclusion

[49] La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

#### JUGEMENT dans IMM-2359-17

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire est accueillie et que le dossier est renvoyé à la SAR aux fins d'examen par un tribunal différemment constitué. Aucune question grave de portée générale n'est à certifier. L'intitulé est par la présente modifié afin d'indiquer le demandeur approprié, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration.

A-174-16  
2017 FCA 236

A-174-16  
2017 CAF 236

**The Toronto Real Estate Board** (*Appellant*)

**Le Toronto Real Estate Board** (*appelant*)

v.

c.

**Commissioner of Competition** (*Respondent*)

**Le commissaire de la concurrence** (*intimé*)

and

et

**The Canadian Real Estate Association** (*Intervener*)

**L'Association canadienne de l'immeuble**  
(*intervenante*)

**INDEXED AS: TORONTO REAL ESTATE BOARD v. CANADA**  
(**COMMISSIONER OF COMPETITION**)

**RÉPERTORIÉ : TORONTO REAL ESTATE BOARD c. CANADA**  
(**COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE**)

Federal Court of Appeal, Nadon, Near and Rennie JJ.A.—Toronto, December 5, 2016; Ottawa, December 1, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Near et Rennie, J.C.A.—Toronto, 5 décembre 2016; Ottawa, 1<sup>er</sup> décembre 2017.

*Competition — Appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of appellant preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area (GTA) — Appellant maintaining database of information on available property listings in GTA, making some information available to members via electronic data feed — However, some data available in database not distributed via data feed — Respondent claiming appellant's actions violating Competition Act, s. 79(1) by preventing or lessening competition — Appellant, not-for-profit corporation, Canada's largest real estate board — Operating online system (Multiple Listing Service (MLS)) for collecting, distributing real estate information among members — Many brokers operating sections of websites called "virtual office websites" (VOWs) whereby appellant's data feed delivering information to brokers to populate websites — Tribunal concluding that VOW restrictions adversely affecting non-price competition in relevant market; also finding that appellant not leading sufficient evidence to demonstrate copyright in MLS database in question — Whether Tribunal erring in finding that appellant substantially reducing competition within meaning of Act, s. 79(1) — Most of appellant's arguments focussing on Act, ss. 79(1)(b),(c) — No dispute that appellant's VOW policies constituting practice in accordance with Act, s. 79(1)(b) — Tribunal applying correct framework respecting s. 79(1)(b) — Finding that evidence of subjective anti-competitive intent, reasonably foreseeable exclusionary effects outweighing very limited evidence adduced in support of alleged legitimate*

*Concurrence — Appel formé à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appellant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto (RGT) — L'appellant tenait une base de données sur les inscriptions d'immeubles résidentiels à vendre dans la RGT et transmettait certaines de ces données à ses membres par voie électronique — Toutefois, d'autres données n'étaient pas transmises par voie électronique — Le défendeur a affirmé que ce comportement de l'appellant empêchait ou diminuait la concurrence, ce qu'interdit l'art. 79(1) de la Loi sur la concurrence — L'appellant est une société à but non lucratif et il est la chambre immobilière la plus importante au Canada — Il gérait un système en ligne (service interagences, ou système MLS) qui recueillait et distribuait des renseignements immobiliers à ses membres — De nombreux courtiers offraient sur leur site Web une page appelée « bureau virtuel sur Internet » (BVI), par lequel les données de l'appellant étaient transmises par voie électronique aux courtiers afin d'alimenter leur site Web — Le Tribunal a conclu que les restrictions relatives aux BVI ont nui à la concurrence hors prix dans le marché pertinent de façon importante; il a conclu également que l'appellant n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer un droit d'auteur sur la base de données MLS — Il s'agissait de déterminer si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'appellant avait sensiblement diminué la concurrence au sens de l'art. 79(1) de la Loi — Les principaux arguments*

*business justifications; tribunal's analysis not unreasonable — Also, Tribunal correctly understanding significance of word "substantially" in Act, s. 79(1)(c), test having to apply to determine whether appellant's practice regarding disputed data constituting practice having effect of preventing competition substantially in GTA — Understanding difference in nature between quantitative, qualitative evidence — Tribunal making findings of number of anti-competitive effects caused by VOW restrictions — Of opinion that, "but for" VOW restrictions, such anti-competitive effects would be considerably lower; concluding that anti-competitive effects on non-price dimensions amounting to substantial prevention of competition — In relying on qualitative evidence for findings of anti-competitive effects, conclusion on substantiality, Tribunal not making any reviewable error; thus no basis to interfere with determination under Act, s. 79(1)(c) — Grounds of appeal based on privacy concerns, copyright also failing — Appeal dismissed.*

*Privacy — Personal Information Protection and Electronic Documents Act — In appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of appellant preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area, appellant seeking to justify restriction on disclosure of disputed data on basis of privacy — Specifically claiming that privacy concerns of vendors, purchasers constituting business justification sufficient to escape liability under Competition Act, s. 79(1)(b), asserting that required to comply with Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA) — Whether Tribunal erring in failing to conclude that appellant's privacy concerns or statutory obligations constituting business justification within scope of Act, s. 79(1)(b) — Tribunal concluding that little evidentiary support for appellant's contention that restrictions motivated by privacy, finding that privacy concerns pretext for appellant's adoption, maintenance of restrictions of brokers' "virtual office websites" (VOWs)— Tribunal also examining nature, scope of consent clause in Listing Agreement appellant using; concluding that consents provided thereto effective — Role of Tribunal to interpret scope of consents under ordinary law of contract, as informed by PIPEDA — Tribunal doing so*

*de l'appelant portaient sur les art. 79(1)b) et c) de la Loi — Il était acquis aux débats que les politiques relatives aux BVI de l'appelant constituaient une pratique conforme à l'art. 79(1)b) de la Loi — Le Tribunal a appliqué le bon cadre en ce qui concerne l'art. 79(1)b) — Il a conclu que la preuve d'intention anti-concurrentielle subjective et d'effets d'exclusion raisonnablement prévisibles l'emportait sur la preuve très limitée qui avait été présentée à l'appui des justifications commerciales légitimes alléguées; son analyse n'était pas déraisonnable — Le Tribunal a bien compris l'importance du terme « sensiblement » à l'art. 79(1)c) de la Loi et le critère qu'il devait appliquer pour décider si la pratique de l'appelant concernant les données en litige avait pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans la RGT — Il a compris la différence entre la preuve quantitative et la preuve qualitative — Le Tribunal a tiré des conclusions sur plusieurs effets anti-concurrentiels causés par les restrictions liées aux BVI — Il était d'avis que, « n'eût été » les restrictions liées aux BVI, ces effets anti-concurrentiels seraient nettement plus faibles; il a conclu que ces effets anti-concurrentiels sur des aspects autres que les prix empêchaient sensiblement la concurrence — En s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs pour tirer ses conclusions sur les effets anti-concurrentiels et sa conclusion quant à l'empêchement sensible, le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle; il n'existait donc aucun motif justifiant une intervention à l'égard de la décision prise en application de l'art. 79(1)c) de la Loi — Les motifs d'appel fondés sur la protection des renseignements personnels et sur le droit d'auteur ont été rejetés également — Appel rejeté.*

*Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques — Dans un appel formé à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appelant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto, l'appelant a tenté de justifier sa restriction sur la communication des données en litige sur le fondement de la protection des renseignements personnels — Il a affirmé plus spécifiquement que la protection des renseignements des vendeurs et des acquéreurs constituait une raison commerciale suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l'art. 79(1)b) de la Loi sur la concurrence, et qu'il était tenu en droit de se conformer à la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE) — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales de l'appelant à l'égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale au sens de l'art. 79(1)b) de la Loi — Le Tribunal a conclu qu'il n'y avait guère d'élément démontrant que les restrictions découlaient de soucis pour la protection*

*thus not erring in conclusion reached — Listing Agreement at issue containing clause governing use, distribution of information — PIPEDA only requiring new consent by clients where information used for new purpose, not where information distributed via new methods — Introduction of VOWs not new purpose — Ground of appeal therefore failing.*

*Copyright — Appeal from two decisions of Competition Tribunal holding that certain of appellant's information-sharing practices preventing competition substantially in supply of residential real estate brokerage services in Greater Toronto Area raising copyright issues of real estate information in appellant's MLS database — Whether Act, s. 79(5) precluding appellant, intervener from advancing copyright claim in MLS database — In light of determination that appellant's virtual office website policy anti-competitive, Competition Act, s. 79(5) precluding reliance on copyright as defence to anti-competitive act — This holding sufficient to dispose of appeal in respect of copyright.*

This was an appeal from two decisions of the Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of the appellant prevented competition substantially in the supply of residential real estate brokerage services in the Greater Toronto Area (GTA). The appellant maintains a database of information on current and previously available property listings in the GTA making some of this information available to its members via an electronic data feed. However, some data available in the database is not distributed via the data feed and can only be viewed and distributed through more traditional channels. The respondent said that this disadvantages innovative brokers who would prefer to establish virtual offices resulting in a substantial prevention or lessening of competition in violation of subsection 79(1) of the *Competition Act*. The appellant claimed in particular that the restrictions do not have the effect of substantially preventing or lessening competition and that such restrictions are due to privacy concerns.

*des renseignements personnels des clients de l'appelant, et que la protection des renseignements personnels servait de prétexte à l'appelant pour l'adoption et le maintien des restrictions relatives au « bureau virtuel sur Internet » (BVI) — Le Tribunal a également examiné la nature et la portée de la clause portant sur le consentement prévue dans la convention d'inscription que l'appelant avait utilisée et conclu que les consentements étaient valides — Le rôle du Tribunal était d'interpréter la portée des consentements à la lumière des règles ordinaires du droit des contrats, d'après la LPRPDE — C'est ce qu'il a fait, et il n'y avait aucune erreur dans la conclusion tirée — La convention d'inscription contenait une clause régissant l'utilisation et la diffusion de l'information — La LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l'information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu'elle est diffusée par de nouvelles méthodes — L'introduction des BVI ne constituait pas une nouvelle fin — Ce motif d'appel ne pouvait donc être retenu.*

*Droit d'auteur — Appel à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appelant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto, soulevant des questions de droit d'auteur à l'égard des renseignements immobiliers contenus dans la base de données MLS de l'appelant — Il s'agissait de savoir si l'art. 79(5) de la Loi empêchait l'appelant et l'intervenante d'invoquer un droit d'auteur sur la base de données MLS — Étant donné qu'il a été décidé que la politique relative aux bureaux virtuels sur Internet était anti-concurrentielle, l'art. 79(5) de la Loi sur la concurrence interdit d'invoquer le droit d'auteur comme moyen de défense pour justifier un agissement anti-concurrentiel — Cette conclusion était suffisante pour statuer dans l'appel à l'égard du droit d'auteur.*

Il s'agissait d'un appel formé à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appelant empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto (RGT). L'appelant tient une base de données sur les inscriptions d'immeubles résidentiels à vendre ou qui l'étaient dans la RGT et transmet certaines de ces données à ses membres par voie électronique. Toutefois, d'autres données ne sont pas transmises par voie électronique et ne peuvent être vues et distribuées qu'au moyen de canaux plus traditionnels. Le défendeur a affirmé que cette situation désavantageait les courtiers innovateurs qui préféreraient établir des bureaux virtuels et empêchait ou diminuait sensiblement la concurrence, ce qu'interdit le paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. L'appelant a déclaré plus particulièrement que les restrictions n'avaient pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence et que les restrictions

The appellant is a not-for-profit corporation and is Canada's largest real estate board. It operates an online system for collecting and distributing real estate information among its members. This "Multiple Listing Service" or MLS system is not accessible to the general public. Part of the MLS system is a database (the MLS database) of information on properties including current listings. Many brokers operate sections of their websites called "virtual office websites" or VOWs. The appellant's data feed delivers information to brokers to populate these sections of their websites. Importantly, not all information in the MLS database is included in the data feed. The respondent first applied to the Tribunal, under subsection 79(1) of the Act, for an order prohibiting certain behaviours relating to the appellant's restrictive distribution of digitized data, but this application was dismissed by the Tribunal. However, on appeal, the matter was referred back for reconsideration. The Tribunal made an order granting in part the respondent's application and made another order on the issue of remedy. Those were the decisions under appeal herein.

The Tribunal concluded that the VOW restrictions had adversely affected non-price competition in the relevant market to a degree that was material. In particular, it stated that the aggregate adverse impact of the VOW restrictions on non-price competition had been substantial. It also found that the duration and scope of the restrictions was substantial. Thus, the Tribunal found that all three of the subsection 79(1) requirements had been met and that the VOW restrictions were substantially preventing competition for residential real estate brokerage services in the GTA. Turning to copyright, the Tribunal found that the appellant did not lead sufficient evidence to demonstrate copyright in the MLS database.

The issues were whether the Tribunal erred in finding that the appellant had substantially reduced competition within the meaning of subsection 79(1) of the Act; whether the Tribunal erred in failing to conclude that the appellant's privacy concerns or statutory obligations constituted a business justification within the scope of paragraph 79(1)(b) of the Act; and whether subsection 79(5) of the Act precluded the appellant and intervenor from advancing a claim in copyright in the MLS database.

ont été adoptées par souci pour la protection des renseignements personnels.

L'appellant est une société à but non lucratif et il est la chambre immobilière la plus importante au Canada. Il gère un système en ligne qui recueille et distribue des renseignements immobiliers à ses membres. Ce service interagenes, ou système MLS, n'est pas accessible au grand public. Il comporte en partie une base de données (la base de données MLS) contenant des renseignements sur les propriétés, notamment les inscriptions actives. De nombreux courtiers offrent sur leur site Web une page appelée « bureau virtuel sur Internet » (BVI). Les données de l'appellant sont transmises par voie électronique aux courtiers afin d'alimenter ces sections de leur site Web. Il est important de noter que certains renseignements de la base de données MLS ne sont pas inclus dans cette transmission électronique. Le défendeur a présenté une première demande au Tribunal, en vertu du paragraphe 79(1) de la Loi, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant certains actes de l'appellant liés à la distribution restrictive des données numérisées, mais cette demande a été rejetée par le Tribunal. Toutefois, en appel, l'affaire lui a été renvoyée pour qu'il procède à un nouvel examen. Le Tribunal a rendu une ordonnance accueillant, en partie, la demande du défendeur et a rendu une autre ordonnance sur la question de la réparation. Ces décisions étaient en appel dans la présente affaire.

Le Tribunal a conclu que les restrictions relatives aux BVI ont nuí à la concurrence hors prix dans le marché pertinent de façon importante. En particulier, il a conclu que l'incidence négative globale des restrictions relatives aux BVI sur la concurrence hors prix a été substantielle. Il a conclu également que la durée et la portée des restrictions était importante. Par conséquent, le Tribunal a conclu que les trois éléments du paragraphe 79(1) étaient réunis et que les restrictions liées aux BVI empêchaient sensiblement la concurrence des services de courtage immobilier résidentiel dans la RGT. En ce qui a trait au droit d'auteur, le Tribunal a conclu que l'appellant n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve pour démontrer un droit d'auteur sur la base de données MLS.

Il s'agissait de déterminer si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'appellant avait sensiblement diminué la concurrence, au sens où il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 79(1) de la Loi; si le Tribunal a commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales de l'appellant à l'égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale dont il peut être tenu compte dans l'analyse qu'appelle l'alinéa 79(1)(b) de la Loi; et si le paragraphe 79(5) de la Loi empêche l'appellant et l'intervenante d'invoquer un droit d'auteur sur la base de données MLS.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Subsection 79(1) of the Act sets out the three requirements necessary to establish an abuse of dominant position. Most of the appellant's arguments focussed on paragraphs 79(1)(b) and (c) of the Act. There was no dispute that the appellant's VOW policies constitute a practice in accordance with paragraph 79(1)(b). The Tribunal applied the correct framework respecting paragraph 79(1)(b), stating that it was looking for a predatory, exclusionary, or disciplinary effect on a competitor. The Tribunal found that the evidence of subjective anti-competitive intent and reasonably foreseeable exclusionary effects outweighed the very limited evidence that was adduced in support of the alleged legitimate business justifications that the appellant claimed underpinned the development and implementation of the VOW restrictions and its analysis was not unreasonable.

The requirements of paragraph 79(1)(c) were examined. The alleged anti-competitive practices in this case related to what the appellant does with some of the data from the MLS system and what it allows its members to do with this data. The Tribunal correctly understood the significance of the word "substantially" in paragraph 79(1)(c) and the test it had to apply in determining whether or not, on the facts of this case, the appellant's practice regarding the disputed data was a practice that had the effect of preventing competition substantially in the GTA. The respondent, in seeking a determination under subsection 79(1), did not have a legal obligation to quantify all effects which could be quantified. The Tribunal understood the difference in nature between quantitative and qualitative evidence. On the basis of the qualitative evidence put forward by the respondent, the Tribunal made findings of a number of anti-competitive effects caused by the VOW restrictions. It was the Tribunal's opinion that, "but for" the VOW restrictions, such anti-competitive effects would be considerably lower; it concluded that, when considered in the aggregate, these anti-competitive effects on non-price dimensions amounted to a substantial prevention of competition. The arguments of the appellant and intervenor regarding the Tribunal's reliance on qualitative evidence were without merit. In relying on qualitative evidence for its findings of anti-competitive effects and its ultimate conclusion on substantiality, the Tribunal made no reviewable error and there was no basis to interfere with its determination under paragraph 79(1)(c) of the Act.

The appellant sought to justify its restriction on disclosure of the disputed data on the basis that the privacy concerns of vendors and purchasers constituted a business justification sufficient to escape liability under paragraph 79(1)(b) of the Act. It also asserted that it was required to comply with the *Personal Information Protection and Electronic Documents*

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le paragraphe 79(1) de la Loi énonce les trois éléments qui permettent de démontrer un abus de position dominante. Les principaux arguments de l'appellant portent sur les alinéas 79(1)(b) et c) de la Loi. Il était acquis aux débats que les politiques relatives aux BVI de l'appellant constituent une pratique conforme à l'alinéa 79(1)(b). Le Tribunal a appliqué le bon cadre en ce qui concerne l'alinéa 79(1)(b), indiquant qu'il recherchait un effet abusif ou visant une exclusion ou une mise au pas sur un concurrent. Le Tribunal a conclu que la preuve d'intention anti-concurrentielle subjective et d'effets d'exclusion raisonnablement prévisibles l'emportait sur la preuve très limitée qui avait été présentée à l'appui des justifications commerciales légitimes alléguées qui, selon l'appellant, sous-tendaient l'élaboration et la mise en œuvre des restrictions relatives aux BVI, et son analyse n'était pas déraisonnable.

Les exigences de l'alinéa 79(1)(c) ont été examinées. Les pratiques d'agissement anti-concurrentiel avancées dans la présente affaire portaient sur l'utilisation par l'appellant de certaines données du système MLS et sur l'utilisation qu'il en permet à ses membres. Le Tribunal a bien compris l'importance du terme « sensiblement » à l'alinéa 79(1)(c) et le critère qu'il devait appliquer pour décider si, compte tenu des faits, la pratique de l'appellant concernant les données en litige avait bel et bien pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence dans la RGT. S'il demandait qu'une décision soit rendue en application du paragraphe 79(1) le défendeur n'était pas tenu en droit de quantifier tous les effets pouvant l'être. Le Tribunal a compris la différence entre la preuve quantitative et la preuve qualitative sur le plan de la nature. En s'appuyant sur la preuve qualitative avancée par le défendeur, le Tribunal a tiré des conclusions sur plusieurs effets anti-concurrentiels causés par les restrictions liées aux BVI. Le Tribunal était d'avis que, « n'eût été » les restrictions liées aux BVI, ces effets anti-concurrentiels seraient nettement plus faibles; le Tribunal a conclu que, globalement, ces effets anti-concurrentiels sur des aspects autres que les prix empêchaient sensiblement la concurrence. Les arguments de l'appellant et de l'intervenante quant à la preuve qualitative retenue par le Tribunal étaient dénués de fondement. En s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs pour tirer ses conclusions sur les effets anti-concurrentiels et sa conclusion ultime quant à l'empêchement sensible, le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle et il n'existait aucun motif justifiant une intervention à l'égard de la décision prise en application de l'alinéa 79(1)(c) de la Loi.

L'appellant a tenté de justifier sa restriction sur la communication des données en litige en affirmant que la protection des renseignements des vendeurs et des acquéreurs constituait une raison commerciale suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l'alinéa 79(1)(b) de la Loi. Il a également affirmé qu'il était tenu en droit de se conformer à la *Loi sur la protection*

*Act* (PIPEDA) contending that this statutory requirement constituted a business justification. However, the Tribunal concluded that there was little evidentiary support for the contention that the restrictions were motivated by privacy concerns of the appellant's clients. The Tribunal also found that the privacy concerns were a pretext for the appellant's adoption and maintenance of the VOW restrictions. Regarding the establishment of a business justification within the meaning of paragraph 79(1)(b), in this case the Tribunal assessed the evidence before it according to the correct principles and found it lacking. It concluded that the appellant was motivated by a desire to maintain control over the disputed data in an effort to forestall new forms of competition and not by any efficiency, pro-competition, or genuine privacy concerns.

The Tribunal also examined the nature and scope of the consent clause in the Listing Agreement the appellant used and concluded that the consents were effective. The role of the Tribunal was to interpret the scope of the consents under the ordinary law of contract, as informed by the purpose and objectives of PIPEDA. This is what it did and there was no error in the conclusion reached.

PIPEDA requires that individuals consent to the collection, use, and disclosure of their personal information. The Listing Agreement at issue contained a clause governing the use and distribution of information. This clause was broad and unrestricted. Nothing in the text implied the data would only be used during the time the listing was active. PIPEDA only requires new consent where information is used for a new purpose, not where it is distributed via new methods. The introduction of VOWs was not a new purpose. There was nothing in the evidence that would suggest that the appellant considered that the consents were inadequate or that the appellant drew a distinction between the means of communication of information. When the consents were considered in light of the nature of the privacy interests involved, the Tribunal's conclusion that they were sufficient took on added strength. This ground of appeal therefore failed.

With respect to the issue of copyright in the MLS Database, the ground of appeal that the Tribunal erred in finding that the appellant did not have copyright in the database failed. In light of the determination that the VOW policy was anti-competitive, subsection 79(5) of the Act precludes reliance on copyright as a defence to an anti-competitive act. This was

*des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), faisant valoir que cette exigence légale constituait une justification commerciale. Toutefois, le Tribunal a conclu qu'il n'y avait guère d'élément démontrant que les restrictions découlaient de soucis pour la protection des renseignements personnels des clients de l'appellant. Le Tribunal a également conclu que la protection des renseignements personnels servait de prétexte à l'appellant pour l'adoption et le maintien des restrictions relatives aux BVI. En ce qui concerne l'établissement d'une justification commerciale au sens de l'alinéa 79(1)b), dans la présente affaire, le Tribunal a évalué la preuve dont il disposait en appliquant les principes pertinents et l'a jugée lacunaire. Il a conclu que l'appellant était motivé par le désir de maintenir le contrôle sur les données en litige dans le but de parer à toute nouvelle forme de concurrence, et non par des préoccupations fondées sur l'efficacité ou proconcurrentielles ou par un souci véritable de protection des renseignements personnels.

Le Tribunal a également examiné la nature et la portée de la clause portant sur le consentement prévue dans la convention d'inscription que l'appellant avait utilisée et conclu que les consentements étaient valides. Le rôle du Tribunal était d'interpréter la portée des consentements à la lumière des règles ordinaires du droit des contrats, d'après l'objet et les objectifs de la LPRPDE. C'est ce qu'il a fait, et il n'y avait aucune erreur dans la conclusion tirée.

La LPRPDE exige que les personnes consentent à la collecte, à l'utilisation et à la communication de leurs renseignements personnels. La convention d'inscription contenait une clause régissant l'utilisation et la diffusion de l'information. Cette clause était générale et dépourvue de restrictions. Rien dans le libellé n'indiquait que les données ne seraient utilisées que pendant la période durant laquelle l'inscription était active. La LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l'information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu'elle est diffusée par de nouvelles méthodes. L'introduction des BVI ne constituait pas une nouvelle fin. Il n'y avait rien dans la preuve qui donnerait à penser que l'appellant estimait que les consentements étaient inadéquats ou qu'il envisageait de manière différente les divers moyens de communication de l'information. Lorsque les consentements étaient examinés à la lumière de la nature des intérêts de protection des renseignements personnels en jeu, la conclusion du Tribunal qu'ils étaient suffisants n'en était que plus solide. Ce motif d'appel ne pouvait donc être retenu.

En ce qui concerne le droit d'auteur sur la base de données MLS, le motif d'appel selon lequel le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'appellant n'avait pas de droit d'auteur sur la base de données a été rejeté. Étant donné qu'il a été décidé que la politique relative aux BVI était anti-concurrentielle, le paragraphe 79(5) de la Loi interdit

sufficient to dispose of the appeal in respect of copyright. Moreover, although the Tribunal applied the incorrect legal test to determine whether copyright exists, it was an error of no consequence.

d'invoquer le droit d'auteur comme moyen de défense pour justifier un agissement anti-concurrentiel. Cette conclusion était suffisante pour statuer dans l'appel à l'égard du droit d'auteur. En outre, bien que le Tribunal ait appliqué le mauvais critère juridique pour décider s'il existait un droit d'auteur, il s'agissait toutefois d'une erreur sans conséquence.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 78, 79, 92, 96(1).  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1),(2).  
*Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, rr. 68(2), 69(2).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “compilation”, 5.  
*Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5, s. 6.1, Sch. 1, clauses 4.3.1, 4.3.2.

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161.

##### APPLIED:

*Tervita Corporation v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352 (as to standard of review); *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, leave to appeal to S.C.C. refused [2007] 1 S.C.R. vii; *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] C.C.T.D. No. 17 (QL) (Comp. Trib.); *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339.

##### CONSIDERED:

*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2013 Comp. Trib. 9, 2013 CACT 9 (CanLII); *Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board*, 2014 FCA 29, 456 N.R. 373, leave to appeal to S.C.C. refused [2014] 2 S.C.R. ix; *Nadeau Poultry Farm Limited v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333; *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22 (1997), 154 D.L.R. (4th) 328 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1998] 1 S.C.R. xv; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723; *Ellis-Don Ltd. v.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 78, 79, 92, 96(1).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5, art. 6.1, ann. 1, art. 4.3.1, 4.3.2.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « compilation », 5.  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 13(1),(2).  
*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, règles 68(2), 69(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Tervita Corporation c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352 (en ce qui concerne la norme de contrôle); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2007] 1 R.C.S. vii; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] D.T.C.C. n° 17 (QL) (Trib. conc.); *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2013 Trib. conc. 9, 2013 CACT 9 (CanLII); *Commissaire de la concurrence c. Toronto Real Estate Board*, 2014 CAF 29, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2014] 2 R.C.S. ix; *Nadeau Ferme Avicole Limitée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188; *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1998] 1 R.C.S. xv; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC

*Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Calian Ltd.*, 2017 FCA 135, 414 D.L.R. (4th) 165; *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98; *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, 411 D.L.R. (4th) 385; *ING Bank N.V. v. Canpotex Shipping Services Ltd.*, 2017 FCA 47; *Royal Bank of Canada v. Trang*, 2016 SCC 50, [2016] 2 S.C.R. 412; *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195, (2000), 6 C.P.R. (4th) 211 (C.A.); *Red Label Vacations Inc. (redtag.ca) v. 411 Travel Buys Ltd. (411travelbuys.ca)*, 2015 FC 18, 473 F.T.R. 38; *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 4 S.C.R. v; *Harmony Consulting Ltd. v. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 FC 340, 92 C.P.R. (4th) 6, affd 2012 FCA 226, 107 C.P.R. (4th) 1; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48; *Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209.

## REFERRED TO:

*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *CarGurus, Inc. v. Trader Corporation*, 2017 FCA 181; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.); *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293.

## AUTHORS CITED

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.  
 Delisle Ron *et al. Evidence: Principles and Problems*, 11th ed. Toronto: Thompson Reuters, 2015.  
 Paciocco, David and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Thompson Reuters, 2015.

APPEAL from two decisions (2016 Comp. Trib. 7; 2016 Comp. Trib. 8) of the Competition Tribunal holding that certain information-sharing practices of the appellant prevented competition substantially in the

4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Canada (Commissariat à l'information) c. Calian Ltd.*, 2017 CAF 135; *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98; *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688; *ING Bank N.V. c. Canpotex Shipping Services Ltd.*, 2017 CAF 47; *Banque Royale du Canada c. Trang*, 2016 CSC 50, [2016] 2 R.C.S. 412; *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.); *Red Label Vacations inc. (redtag.ca) c. 411 Travel Buys Limited (411travelbuys.ca)*, 2015 CF 18; *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 4 R.C.S. v; *Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340, conf. par 2012 CAF 226; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48; *Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *CarGurus, Inc. c. Trader Corporation*, 2017 CAF 181; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.); *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293.

## DOCTRINE CITÉE

Bryant, Alan W. *et al. The Law of Evidence in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014.  
 Delisle Ron *et al. Evidence: Principles and Problems*, 11<sup>e</sup> éd.. Toronto : Thompson Reuters, 2015.  
 Paciocco, David et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7<sup>e</sup> éd. Toronto : Thompson Reuters, 2015.

APPEL à l'encontre de deux décisions (2016 Trib. conc. 7; 2016 Trib. conc. 8) du Tribunal de la concurrence, qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements de l'appellant

supply of residential real estate brokerage services in the Greater Toronto Area. Appeal dismissed.

empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto. Appel rejeté.

#### APPEARANCES

*William V. Sasso, Jacqueline Horvat and Carol Hitchman* for appellant.  
*John F. Rook Q.C., Andrew D. Little and Emrys Davis* for respondent.  
*Sandra A. Forbes and Michael Finley* for intervener.

#### ONT COMPARU :

*William V. Sasso, Jacqueline Horvat et Carol Hitchman* pour l'appelant.  
*John F. Rook, c.r., Andrew D. Little et Emrys Davis* pour le défendeur.  
*Sandra A. Forbes et Michael Finley* pour l'intervenante.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, *Spark LLP* and *Gardiner Roberts LLP*, Toronto, for appellant.  
*Bennett Jones LLP*, Toronto, for respondent.  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, for intervener.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Windsor, *Spark LLP* et *Gardiner Roberts LLP*, Toronto, pour l'appelant.  
*Bennett Jones LLP*, Toronto, pour le défendeur.  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, pour l'intervenante.

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

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

NADON AND RENNIE JJ.A.:

LES JUGES NADON ET RENNIE, J.C.A. :

#### I. Introduction

#### I. Introduction

[1] This is a statutory appeal from two decisions of the Competition Tribunal (the Tribunal) which held that certain information-sharing practices of the Toronto Real Estate Board (TREB) prevented competition substantially in the supply of residential real estate brokerage services in the Greater Toronto Area (GTA): *The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 7 (Tribunal Reasons, TR) and *The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 8 (the order).

[1] La Cour est saisie d'un appel formé en vertu de la loi à l'encontre de deux décisions du Tribunal de la concurrence (le Tribunal), qui a conclu que certaines pratiques de communication de renseignements du Toronto Real Estate Board (TREB) empêchaient sensiblement la concurrence dans l'offre de services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto (RGT) (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. conc. 7 (motifs du Tribunal, MT) et *Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. con. 8 (l'ordonnance)).

[2] TREB maintains a database of information on current and previously available property listings in the GTA. TREB makes some of this information available to its members via an electronic data feed, which its members can then use to populate their websites.

[2] Le TREB tient une base de données sur les inscriptions d'immeubles résidentiels à vendre ou qui l'étaient dans la RGT. Le TREB transmet certaines de ces données à ses membres par voie électronique, qu'ils peuvent ensuite charger dans leurs sites Web. Toutefois,

However, some data available in the database is not distributed via the data feed, and can only be viewed and distributed through more traditional channels. The Commissioner of Competition says this disadvantages innovative brokers who would prefer to establish virtual offices, resulting in a substantial prevention or lessening of competition in violation of subsection 79(1) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (*Competition Act*). TREB says that the restrictions do not have the effect of substantially preventing or lessening competition. Furthermore, TREB claims the restrictions are due to privacy concerns and that its brokers' clients have not consented to such disclosure of their information. TREB also claims a copyright interest in the database it has compiled, and that under subsection 79(5) of the *Competition Act*, the assertion of an intellectual property right cannot be an anti-competitive act.

[3] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

## II. Background and Procedural History

[4] TREB, the appellant, is a not-for-profit corporation incorporated under the laws of Ontario. With approximately 46 000 members, it is Canada's largest real estate board. TREB itself is not licensed to trade in real estate and does not do so.

[5] TREB operates an online system for collecting and distributing real estate information among its members. This "Multiple Listing Service" or MLS system is not accessible to the general public. Part of the MLS system is a database (the MLS database) of information on properties, including, *inter alia*: addresses, list prices, interior and exterior photographs, length of time for sale, whether the listing was withdrawn or expired, etc. The information is entered by TREB's member brokers into the system and appears almost instantly on the MLS database. When inputting information, some fields are mandatory and others are optional. The MLS database contains both current listings and an archive of

d'autres données ne sont pas transmises par voie électronique et ne peuvent être vues et distribuées qu'au moyen de canaux plus traditionnels. Le commissaire de la concurrence affirme que cette situation désavantage les courtiers innovateurs qui préféreraient établir des bureaux virtuels et empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ce qu'interdit le paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Le TREB déclare que les restrictions n'ont pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. En outre, le TREB soutient que les restrictions ont été adoptées par souci pour la protection des renseignements personnels et que les clients de ses courtiers n'ont pas consenti à une telle communication de leurs renseignements. Le TREB invoque aussi le droit d'auteur sur la base de données, qu'il a compilée, et rappelle qu'aux termes du paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*, la revendication d'un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d'avis de rejeter l'appel.

## II. Faits et historique procédural

[4] Le TREB, appelant en l'espèce, est une société à but non lucratif constituée en vertu des lois de l'Ontario. Comptant environ 46 000 membres, le TREB est la chambre immobilière la plus importante au Canada. Le TREB lui-même n'est pas autorisé à effectuer des opérations immobilières et ne le fait pas.

[5] Le TREB gère un système en ligne qui recueille et distribue des renseignements immobiliers à ses membres. Ce service interagences, ou système MLS, n'est pas accessible au grand public. Il comporte en partie une base de données (la base de données MLS) contenant des renseignements sur les propriétés, notamment l'adresse, le prix demandé, des photographies intérieures et extérieures, le temps écoulé avant la vente ainsi que l'état de l'inscription, par exemple si elle a été retirée ou a expiré. Les renseignements y sont consignés par les courtiers membres du TREB et sont affichés presque instantanément dans la base de données MLS. Certains champs sont obligatoires et d'autres sont

inactive listings going back to 1986. TREB's members have full access to the database at any time.

[6] Many brokers operate sections of their websites where their clients can log in and view information, called "virtual office websites" or VOWs. TREB's data feed delivers information to brokers to populate these sections of their websites. Importantly, not all information in the MLS database is included in the data feed. Certain data is excluded (the "disputed data"). However, TREB's VOW Policy contains no restriction upon how its members can communicate the same disputed data to their clients through other delivery mechanisms. Consequentially, some information cannot be shared with clients in a VOW, but can be shared with them by other methods, such as in person, by email, or by fax.

[7] In May 2011, the Commissioner first applied to the Tribunal, under subsection 79(1) of the *Competition Act*, for an order prohibiting certain behaviours related to TREB's restrictive distribution of digitized data. The Commissioner alleged that TREB's policies excluded, prevented, or impeded the emergence of innovative business models and service offerings in respect of the supply of residential real estate brokerage services in the GTA.

[8] In April 2013, the Tribunal dismissed the Commissioner's application, finding that the abuse of dominance provisions of the *Competition Act* could not apply to TREB because, as a trade organization, TREB did not compete with its members (*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2013 Comp. Trib. 9, 2013 CACT 9 (CanLII)). However, on appeal in February 2014, this Court set aside the Tribunal's order and referred the matter back for reconsideration, finding that subsection 79(1) of the *Competition Act* could apply to TREB (*Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board*, 2014 FCA 29,

facultatifs. La base de données MLS contient à la fois des inscriptions actives et des inscriptions inactives archivées depuis 1986. Les membres du TREB ont pleinement accès à la base de données en tout temps.

[6] De nombreux courtiers offrent sur leur site Web une page appelée « bureau virtuel sur Internet » (BVI), à laquelle leurs clients peuvent se connecter pour obtenir des renseignements. Les données du TREB sont transmises par voie électronique aux courtiers afin d'alimenter ces sections de leur site Web. Il est important de noter que certains renseignements de la base de données MLS ne sont pas inclus dans cette transmission électronique. Certaines données sont exclues (les « données en litige »). Toutefois, la politique du TREB relative aux BVI ne restreint pas la façon dont les membres peuvent communiquer les données en litige à leurs clients par d'autres voies. Par conséquent, certains renseignements ne peuvent être communiqués aux clients par un BVI, mais peuvent l'être par d'autres méthodes, notamment de vive voix, par courriel ou par télécopieur.

[7] En mai 2011, le commissaire a présenté une première demande au Tribunal, en vertu du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*, en vue d'obtenir une ordonnance interdisant certains actes du TREB liés à la distribution restrictive des données numérisées. Selon le commissaire, les politiques du TREB excluaient, empêchaient ou entravaient l'émergence d'offres de services ou de modèles commerciaux novateurs en matière de courtage immobilier résidentiel dans la RGT.

[8] En avril 2013, le Tribunal a rejeté la demande du commissaire, concluant que les dispositions relatives à l'abus de position dominante de la *Loi sur la concurrence* ne pouvaient pas s'appliquer au TREB puisque, en tant qu'organisation professionnelle, il n'entraînait pas en concurrence avec ses membres (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2013 Trib. conc. 9, 2013 CACT 9 (CanLII)). Toutefois, en février 2014, notre Cour a annulé l'ordonnance du Tribunal et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il procède à un nouvel examen, concluant que le paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence* pouvait s'appliquer au TREB

456 N.R. 373 (*TREB FCA 1*), leave to appeal to S.C.C. refused, 35799 (24 July 2014) [[2014] 2 S.C.R. ix].

[9] The matter was reconsidered by a different panel of the Tribunal in the fall of 2015. On April 27, 2016, the Tribunal issued its reasons on the merits and made an order granting, in part, the Commissioner's application (*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 7 [cited above]). The issue of remedy was the subject of a further hearing and order of the Tribunal on June 3, 2016 (*The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 8 [cited above]). Those two decisions are now on appeal before this Court.

[10] The intervener in this case is the Canadian Real Estate Association (CREA), a national organization representing the real estate industry in Canada. TREB is a member of CREA. CREA owns the MLS trademarks. The MLS system is operated by local boards (in this case, by TREB) under license from CREA.

### III. The Tribunal Decision

[11] The Tribunal first addressed the abuse of dominance issue by defining the relevant market to be “the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” (TR, at paragraph 161). The Tribunal then addressed the three-part test in subsection 79(1) of the *Competition Act*. For ease of reference, we reproduce the provision here:

#### **Prohibition where abuse of dominant position**

**79 (1)** Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

- (a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
- (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(*Commissaire de la concurrence c. Toronto Real Estate Board*, 2014 CAF 29 (*TREB CAF 1*), autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, 35799 (24 juillet 2014) [[2014] 2 R.C.S. ix]).

[9] L'affaire a été réexaminée par une formation différente du Tribunal à l'automne 2015. Le 27 avril 2016, le Tribunal a tranché sur le fond et rendu une ordonnance accueillant, en partie, la demande du commissaire (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. conc. 7 [précitée]). La question de la réparation a fait l'objet d'une autre audience et d'une ordonnance du Tribunal, le 3 juin 2016 (*Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board*, 2016 Trib. conc. 8 [précitée]). Ces deux décisions sont en appel devant nous.

[10] L'intervenante en l'espèce est l'Association canadienne de l'immeuble (ACI), une organisation nationale représentant l'industrie de l'immobilier au Canada. Le TREB est un membre de l'ACI, qui est propriétaire des marques de commerce MLS. Le système MLS est exploité par les chambres immobilières locales (en l'occurrence le TREB) en vertu de licences accordées par l'ACI.

### III. La décision du Tribunal

[11] Le Tribunal a d'abord traité la question de l'abus de position dominante en définissant le marché pertinent ainsi : « la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT » (MT, au paragraphe 161). Le Tribunal a ensuite abordé le critère à trois volets, énoncé au paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. Par souci de commodité, nous reproduisons ci-après la disposition en question :

#### **Ordonnance d'interdiction dans les cas d'abus de position dominante**

**79 (1)** Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

[12] The Tribunal found that TREB “substantially or completely controls the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” and therefore the terms of paragraph 79(1)(a) were met (TR, at paragraph 162).

[13] With respect to paragraph 79(1)(b), the Tribunal found that TREB had engaged in, and continued to engage in a practice of anti-competitive acts (TR, at paragraph 454). TREB took the position that its actions were motivated by concern for the privacy of real estate buyers’ and sellers’ information, and that this concern constituted a legitimate business justification for the VOW restrictions which had to be balanced against the evidence of anti-competitive intent (TR, at paragraphs 21, 285–287 and 321).

[14] In this context, the Tribunal found TREB’s concern with privacy to be unpersuasive. We will turn to this issue in greater detail later in these reasons; suffice to say at this point that, looking at the record before it, the Tribunal found little evidence that TREB’s VOW committee had considered or acted upon privacy concerns before establishing TREB’s VOW Policy (TR, at paragraphs 321, 360 and 390).

[15] Turning to paragraph 79(1)(c), the Tribunal found that the VOW restrictions prevented competition substantially in the market. After describing this branch of the test (TR, at paragraphs 456–483), the Tribunal adopted a “but for” approach to this analysis, comparing the real world with the hypothetical world in which the VOW restrictions did not exist. Thus, in the Tribunal’s view, it was the burden of the Commissioner to adduce evidence to prove “a substantial difference between the level of actual or likely competition in the relevant

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l’une ou l’autre d’entre elles de se livrer à une telle pratique.

[12] Le Tribunal a conclu que, puisque le TREB « contrôle sensiblement ou complètement la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT », les conditions de l’alinéa 79(1)a étaient remplies (MT, au paragraphe 162).

[13] En ce qui a trait à l’alinéa 79(1)b, le Tribunal a conclu que le TREB s’était livré et continuait de se livrer à une pratique d’agissements anti-concurrentiels (MT, au paragraphe 454). TREB a déclaré que ses agissements étaient motivés par le souci de la protection des renseignements personnels des acquéreurs et vendeurs de propriétés. Il s’agissait d’une justification commerciale légitime des restrictions imposées à l’égard des BVI, qu’il fallait mettre en balance avec la preuve d’une intention anti-concurrentielle (MT, aux paragraphes 21, 285–287 et 321).

[14] Dans ce contexte, le Tribunal a conclu que le souci de protection des renseignements personnels allégué n’était pas convaincant. Nous y reviendrons. À ce stade, il suffit de dire qu’au vu du dossier qui avait été présenté au Tribunal, peu d’éléments démontraient que le comité des BVI du TREB s’était soucié de la protection des renseignements personnels ou pris des mesures à cet égard avant d’établir sa Politique relative aux BVI (MT, aux paragraphes 321, 360 et 390).

[15] En ce qui concerne l’alinéa 79(1)c, le Tribunal a conclu que les restrictions liées aux BVI empêchaient sensiblement la concurrence dans le marché. Après avoir décrit ce volet du critère (MT, au paragraphe 456–483), le Tribunal a opté pour une analyse de l’absence hypothétique, comparant le monde réel à un monde hypothétique dépourvu de restrictions liées aux BVI. Par conséquent, de l’avis du Tribunal, il incombait au commissaire de présenter des éléments de preuve pour démontrer « une différence notable entre le niveau de

market in the presence of the impugned practice and the level of competition that likely would have prevailed in the absence of that practice” (TR, at paragraph 482).

[16] In describing the applicable test, the Tribunal made the point that the Commissioner could bring either quantitative or qualitative evidence, or both, to meet his burden. Because of its view that “dynamic competition is generally more difficult to measure and to quantify”, there may be a greater need for the Commissioner to rely on qualitative evidence. This is particularly so in innovation cases. However, the Tribunal also recognized “that it may be more difficult to meet this burden when the Commissioner relies largely on qualitative evidence” (TR, at paragraphs 471 and 470).

[17] After reviewing the parties’ submissions on the evidence with respect to a lessening of competition (TR, at paragraphs 484–499), the Tribunal noted that “there is a high degree of competition in the Relevant Market, as reflected in considerable ongoing entry and exit, a significant degree of discounting activity with respect to net commissions, and a significant level of ongoing technological and other innovation, including with respect to quality and variety and through Internet-based data-sharing vehicles” (TR, at paragraph 501).

[18] Nonetheless, in addressing the “but for” question, the Tribunal found that the VOW restrictions prevented competition in five ways: by increasing barriers to entry and expansion; by increasing costs imposed on VOWs; by reducing the range of brokerage services available in the market; by reducing the quality of brokerage service offerings; and by reducing innovation (TR, at paragraphs 505–619).

[19] However, the Tribunal found that the Commissioner had failed to prove that the VOW restrictions were preventing competition in three other manners: by reducing downward pressure on broker commission rates; by reducing output; and by maintaining incentives

concurrency réel ou vraisemblable sur le marché pertinent si la pratique reprochée est appliquée, et le niveau de concurrence qui aurait vraisemblablement existé en l’absence de cette pratique » (MT, au paragraphe 482).

[16] En décrivant le critère applicable, le Tribunal a souligné que le commissaire pouvait présenter des éléments de preuve quantitatifs ou qualitatifs, ou les deux, pour s’acquitter du fardeau de la preuve. Étant donné l’avis du Tribunal selon lequel « la concurrence dynamique est plus difficile à mesurer et à quantifier », il se peut que le commissaire doive s’appuyer davantage sur des éléments de preuve qualitatifs. C’est notamment le cas dans les affaires portant sur l’innovation. Toutefois, le Tribunal a également reconnu « qu’il pourrait être plus difficile pour le commissaire de s’acquitter de ce fardeau lorsqu’il se fonde en grande partie sur des preuves qualitatives » (MT, aux paragraphes 471 et 470).

[17] Après avoir examiné les observations des parties sur la preuve de diminution de la concurrence (MT, aux paragraphes 484–499), le Tribunal a fait remarquer « qu’il y a un niveau élevé de concurrence sur le marché pertinent, comme le démontrent le taux élevé d’entrée et de sortie, le degré élevé de remise concernant les commissions nettes et un niveau important d’innovation technologique continue et autre qui touche notamment la qualité, la variété ainsi que les modèles de partage de données sur Internet » (MT, au paragraphe 501).

[18] Néanmoins, après avoir analysé la situation n’eût été les restrictions liées aux BVI, le Tribunal a conclu qu’elles empêchaient la concurrence de cinq façons : en multipliant les obstacles à l’entrée et à la participation accrue, en augmentant les coûts imposés aux BVI, en réduisant l’éventail des services de courtage dans le marché, en réduisant la qualité de l’offre de services de courtage et en freinant l’innovation (MT, aux paragraphes 505–619).

[19] Toutefois, le Tribunal a conclu que le commissaire n’avait pas été en mesure de prouver que les restrictions liées aux BVI empêchaient la concurrence de trois autres manières : en réduisant la pression à la baisse sur les taux de commission des courtiers, en

for brokers to steer clients away from inefficient transactions (TR, at paragraphs 620–638).

[20] After satisfying itself that the VOW restrictions were preventing competition in five ways, the Tribunal then addressed the substantiality of those anti-competitive effects. Turning first to magnitude and degree, the Tribunal framed the question as whether “full-information VOW brokerages likely would be hired by significantly more clients as a real estate brokerage, ‘but for’ the *aggregate impact* of the three components of TREB’s practice of anti-competitive acts” as a result of being able to display the disputed data (TR, at paragraph 646 (emphasis in original)).

[21] TREB had argued that without conversion of website viewers into clients, the popularity of a website was irrelevant (TR, at paragraphs 645 and 648). However, the Tribunal found that website innovation could also be relevant if it spurred other competitors to compete (TR, at paragraph 649).

[22] After noting that the Commissioner had failed to conduct an empirical assessment with regard to local markets where sold information (the final price at which a house sold) was available through VOWs and other local markets where such information was not available through VOWs, the Tribunal declined to draw the adverse inference against the Commissioner which TREB argued it should draw. The Tribunal noted that “as a statutory authority, the Commissioner has to be prudent with, and make difficult decisions regarding the allocation of, the limited public funds available for administering and enforcing the Act at any given time” (TR, at paragraph 656).

[23] The Tribunal also considered, in refusing to draw the inference, the fact that the Commissioner’s expert, Dr. Vistnes, had advised the Commissioner that an

réduisant les ventes et en encourageant les courtiers à éloigner les clients des opérations non rentables (MT, au paragraphes 620–638).

[20] Après avoir conclu que les restrictions liées aux BVI empêchaient la concurrence de cinq façons, le Tribunal s’est demandé si elles l’empêchaient sensiblement. Examinant d’abord l’importance et la portée de ces effets, le Tribunal a énoncé ainsi la question :savoir si un plus grand nombre de clients est susceptible de faire appel aux services des maisons de courtage dotées d’un BV fournissant des renseignements complets en tant que maison de courtage immobilier, n’eût été *l’incidence générale* des droits éléments de la pratique d’agissements anti-concurrentiels imposée par le TREB » s’ils avaient été en mesure d’afficher les données en litige ? (MT, au paragraphe 646) [les caractères italiques dans l’original].

[21] Selon le TREB, à défaut d’une conversion de visiteurs en clients, la popularité d’un site Web n’était guère pertinente (MT, au paragraphes 645 et 648). Toutefois, le Tribunal a conclu que l’innovation d’un site Web pouvait aussi être pertinente si elle encourageait d’autres concurrents à faire concurrence (MT, au paragraphe 649).

[22] Après avoir noté que le commissaire n’avait pas effectué d’évaluation empirique comparant les marchés locaux où les renseignements sur le prix de vente (le prix de vente final d’une propriété) étaient à la disposition des BVI à d’autres marchés locaux où les BVI ne disposaient pas de ce type de renseignements, le Tribunal a refusé de tirer la conclusion défavorable à l’endroit du commissaire que le TREB l’exhortait à tirer. Le Tribunal a fait la remarque suivante « la loi confère au commissaire et que celui-ci doit, en tout temps, faire preuve de prudence et prendre des décisions difficiles concernant l’allocation des fonds publics limités pour l’application et l’exécution de la Loi » (MT, au paragraphe 656).

[23] En refusant de tirer la conclusion défavorable souhaitée par le TREB, le Tribunal a également tenu compte de l’avis de l’expert du commissaire, M. Vistnes,

empirical assessment would be costly, difficult, and of little value. Notwithstanding its refusal to draw the adverse inference sought by TREB, the Tribunal made it clear that the Commissioner continued to bear the burden of proving that the required elements of his application were met which “may well be a more challenging task in the absence of quantitative evidence” (TR, at paragraph 656).

[24] The Tribunal then stated that it was prepared to draw an adverse inference against the Commissioner in regard to the testimony of two of its witnesses, Messrs. Nagel and McMullin, whose brokerages (respectively Redfin Corporation and Viewpoint Realty Services Inc.) conducted business in areas where the disputed data was available and in other areas where such data was not available (Nova Scotia and parts of the United States). Because neither witness presented evidence with regard to these other markets, the Tribunal inferred that the conversion rates of those websites would not be helpful to the Commissioner’s case. However, the Tribunal then noted that it would not give much weight to its inference because of Dr. Vistnes’ opinion that the low conversion rates could be the result of local differences in the relevant markets.

[25] The Tribunal also commented that “even a limited comparison between one local U.S. market where sold information is available and one local U.S. market where such information is not available may have been at least somewhat helpful”, adding that the same comment applied to Nova Scotia with respect to pending sold prices. The Tribunal also commented that the absence of such a comparison made its task with regard to the “substantiality” element of paragraph 79(1)(c) much more difficult. The Tribunal concluded by saying that the absence of such comparison “resulted in this case being much more of a ‘close call,’ than it otherwise may have been” (TR, at paragraph 658).

[26] However, the Tribunal highlighted the little weight it gave to the low conversion rates [TR, at paragraph 662]:

selon qui une évaluation empirique serait coûteuse, difficile et d’une utilité limitée. Quoi qu’il en soit, le Tribunal a indiqué clairement qu’il incombaît toujours au commissaire de prouver les éléments requis de sa demande, une tâche susceptible « qui pourrait bien s’avérer une tâche plus difficile en l’absence d’une preuve quantitative » (MT, au paragraphe 656).

[24] Le Tribunal a également indiqué qu’il était prêt à tirer une conclusion défavorable au commissaire relativement à la déposition de deux de ses témoins, à savoir MM. Nagel et McMullin, dont les maisons de courtage (Redfin Corporation et Viewpoint Realty Services Inc. respectivement) faisaient affaire dans des régions où les données en litige sont communiquées et dans d’autres régions où elles ne le sont pas (en Nouvelle-Écosse et dans certaines parties des États-Unis). Puisque ni l’un ni l’autre témoin n’a abordé ces autres marchés, le Tribunal a inféré que les taux de conversion de leurs sites Web n’amèneraient pas d’eau au moulin du commissaire. Cependant, le Tribunal a ensuite fait remarquer qu’il ne donnerait pas beaucoup de poids à cette inférence en raison de l’avis de M. Vistnes selon lequel les faibles taux de conversion pouvaient découler de différences locales dans les marchés pertinents.

[25] Le Tribunal a aussi indiqué que « même une comparaison limitée entre un marché américain local où des renseignements sur les propriétés vendues sont disponibles et un marché américain local où de tels renseignements ne le sont pas aurait pu avoir une certaine utilité », ajoutant que le même commentaire s’appliquait à la Nouvelle-Écosse en ce qui concerne les prix consignés avant conclusion de l’acte de vente. Le Tribunal a aussi souligné que l’absence d’une telle comparaison lui compliquait beaucoup l’analyse de l’effet sensible qu’appelle l’alinéa 79(1)c). Le Tribunal a conclu en affirmant que l’absence d’une telle comparaison rendait le litige beaucoup moins évident qu’il aurait pu l’être (MT, au paragraphe 658).

[26] Toutefois, le Tribunal a souligné le peu de poids qu’il avait accordé aux faibles taux de conversion [MT, au paragraphe 662] :

The Tribunal does not accord much significance to the fact that the low conversion rates of firms such as ViewPoint, Redfin and TheRedPin suggest that many consumers are evidently treating the information available on their websites as complements to the information available from the (different) broker they ultimately use to list or purchase their home. The fact remains that the innovative tools, features and other services available on those websites is assisting them to compete, and is forcing traditional brokerages to respond.

In other words, if we understand the Tribunal correctly, it was not prepared to, in effect, give any weight to the fact that the conversion rates of ViewPoint, Redfin, and TheRedPin were not significant. However, later in its reasons, the Tribunal makes the finding that if the disputed data were available to these firms in the GTA, they likely would have been successful in converting “an increasing and significant number of website users into clients.” Paragraph 676 reads:

The Tribunal concludes that being able to obtain sold information from the VOW Data Feed, and to work with that data as they see fit, would likely enable full-information VOWs, including ViewPoint and those such as TheRedPin who would like to become full-information VOWs, to convert an increasing and significant number of website users into clients.

[27] Then, in dealing with the issue of qualitative evidence, the Tribunal made six observations based on the evidence adduced on behalf of the Commissioner [TR, at paragraphs 666–670 and 672]:

First ... the Disputed Data is very important, if not critical, in assisting Internet-based brokerages to distinguish themselves from incumbent traditional brokerages....

Second, home purchasers and sellers value being able to obtain information with respect to sold prices, the conditional sale status of homes in the market, firm “pending sold” information, [withdrawn, expired, suspended or terminated] listings and cooperating broker commissions *prior to* meeting with their broker/agent, or

Le Tribunal n’accorde pas trop d’importance au fait que le faible taux de transformation des maisons de courtage, telles que ViewPoint, Redfin et TheRedPin, démontre que de nombreux consommateurs traitent évidemment les renseignements disponibles sur leurs sites Web comme étant des compléments aux renseignements disponibles auprès de la maison de courtage (différente) dont ils retiendront ultimement les services pour inscrire ou pour acheter leur propriété résidentielle. Il n’en demeure pas moins que les outils innovateurs, les caractéristiques et les autres services disponibles sur ces sites Web les aident à faire concurrence, et forcent les maisons de courtage traditionnelles à réagir.

Autrement dit, si nous comprenons bien, le Tribunal n’était pas disposé, dans les faits, à accorder du poids au fait que les taux de conversion de ViewPoint, Redfin et TheRedPin n’étaient pas importants. Toutefois, plus loin dans ses motifs, le Tribunal constate que si les données en litige avaient été à la disposition de ces sociétés dans la RGT, elles auraient probablement réussi à convertir « un nombre de plus en plus important d’utilisateurs de leurs sites Web ». Nous citons ci-après le paragraphe 676 :

Le Tribunal conclut que la possibilité d’obtenir dans le flux de données des BV des renseignements sur le prix de vente et de travailler à leur gré avec ces données, permettrait probablement aux BV fournissant des renseignements complets, notamment ViewPoint et les autres maisons de courtage comme TheRedPin qui souhaiteraient devenir des BV fournissant des renseignements complets, de transformer en clients un nombre de plus en plus important d’utilisateurs de leurs sites Web.

[27] Ensuite, en ce qui a trait à la preuve qualitative, le Tribunal a fait six observations fondées sur les éléments de preuve présentés au nom du commissaire [MT, aux paragraphes 666–670 et 672] :

Premièrement [...] les données en litige sont très importantes, voire cruciales, pour ce qui est de permettre aux maisons de courtage faisant affaire sur Internet de se démarquer des maisons de courtage traditionnelles. [...]

Deuxièmement, les acheteurs et les vendeurs de propriétés résidentielles apprécient de pouvoir obtenir des renseignements sur le prix de vente des propriétés, les propriétés dans le marché faisant l’objet d’une vente conditionnelle, les renseignements sur les propriétés dont la vente n’est pas conclue, les inscriptions REST

in any event *prior to* finalizing the listing price of their homes or making an offer on a home.

Third, an inability to display and use the Disputed Data to develop innovative products has been preventing, and is likely to continue to prevent, ViewPoint from entering the Relevant Market. This has also prevented Realosophy and TheRedPin from growing as much as they likely would have grown .... this also prevented Sam & Andy from expanding within the Relevant Market, and prevented their brokerage customers from doing the same.

Fourth, ViewPoint, Realosophy and TheRedPin are Internet-based innovative brokerages that, in aggregate, likely would have introduced a considerably broader range of brokerage services, increased the quality of some important services (such as CMAs), benefited from lower operating costs and considerably increased the overall level of innovation in the Relevant Market, “but for” the VOW Restrictions. ...

Fifth, the VOW Restrictions have erected barriers to the entry and expansion of innovative brokers in the Relevant Markets. ...

...

Sixth, the VOW Restrictions have stifled innovation in the supply of Internet-based real estate brokerage services in the GTA. [Emphasis in original.]

[28] The Tribunal then discussed the importance of the disputed data fields to brokers and consumers, finding that sold data, pending and conditional solds, and withdrawn, expired, suspended or terminated listings were valued by home buyers and sellers (TR, at paragraphs 675–685). In the Tribunal’s opinion, making cooperating broker commissions available would also increase transparency in the market and would allow brokers to distinguish themselves by providing more information (TR, at paragraphs 686–690).

et les commissions des courtiers collaborateurs *avant* de rencontrer leur courtier/agent, ou, en tout état de cause, *avant* d’établir de façon définitive le prix de vente de leurs propriétés ou de faire une offre sur une propriété résidentielle.

Troisièmement, l’incapacité d’afficher et d’utiliser les données en litige afin de créer des produits novateurs a empêché, et empêchera probablement, ViewPoint d’entrer dans le marché pertinent. Cela a également empêché Realosophy et TheRedPin de croître autant qu’elles auraient probablement pu, et cela continuera probablement de les empêcher de croître autant qu’elles le pourraient [...] cela a également empêché Sam & Andy de prendre de l’expansion dans le marché pertinent et empêché les clients de leurs maisons de courtage de prendre également de l’expansion.

Quatrièmement, ViewPoint, Realosophy et TheRedPin sont des maisons de courtage faisant affaire sur Internet qui, dans l’ensemble, auraient probablement introduit une gamme beaucoup plus large de services de courtage, auraient amélioré la qualité de certains services importants (comme les ACM), auraient profité de la réduction des coûts d’exploitation et auraient accru sensiblement le niveau global d’innovation dans le marché pertinent, n’eût été les restrictions relatives aux BV. [...]

Cinquièmement, les restrictions relatives aux BV ont érigé des obstacles à l’entrée et à la croissance des maisons de courtage novatrices dans le marché pertinent [...]

[...]

Sixièmement, les restrictions relatives aux BV ont freiné l’innovation dans l’offre de services de courtage immobilier résidentiel basés sur Internet dans la RGT. [Italiques dans l’original.]

[28] Le Tribunal a ensuite abordé l’importance des données en litige pour les courtiers et les consommateurs. Il a conclu que les données sur les prix de vente, les prix consignés avant conclusion de l’acte de vente et pour vente conditionnelle, et sur les inscriptions retirées, expirées, suspendues ou annulées étaient considérées comme utiles par les acquéreurs et les vendeurs de biens immobiliers (MT, aux paragraphes 675–685). Selon le Tribunal, communiquer le montant des commissions des courtiers collaborateurs accroîtrait aussi la transparence dans le marché et permettrait aux courtiers de se démarquer en offrant plus de renseignements (MT, aux paragraphes 686–690).

[29] The Tribunal then reviewed counterarguments to its above findings. The Tribunal did not find significant that some VOW operators in Nova Scotia, which does not have any VOW restrictions, had abandoned their VOWs (TR, at paragraph 693). Likewise, the Tribunal did not find significant the fact that statistics from the National Association of Realtors in the United States indicated that customers did not value the disputed data fields that highly (TR, at paragraphs 694–696). The Tribunal noted that in the United States, where sold information was “widely displayed by competitor websites”, the National Association of Realtors had started displaying sold information on what appeared to be its official website (TR, at paragraph 700). In addition, the Tribunal was satisfied that the fact that brokers displayed the disputed data when permitted indicated that that information was of value to home buyers; otherwise brokers would not display it (TR, at paragraph 701).

[30] The Tribunal stated its conclusion on the magnitude of the effect of the VOW restrictions on competition in the following way [TR, at paragraph 702]:

For the reasons set forth above, the Tribunal concludes that the VOW Restrictions have adversely affected non-price competition in the Relevant Market to a degree that is material. Indeed, the Tribunal concludes that the aggregate adverse impact of the VOW Restrictions on non-price competition has been substantial, having regard to the considerable negative effect on the range of brokerage services, the negative effect on the quality of service offerings, and the considerable adverse impact on innovation in the Relevant Market. In the absence of an order, this substantial adverse impact is likely to continue. The Tribunal has reached this conclusion despite the fact that, the quantitative evidence on commission rates does not indicate that net commissions for real estate brokerage services were, are or likely would be, materially higher than in the absence of the VOW Restrictions. [Emphasis added.]

[31] Then, turning to duration and scope, the Tribunal found that, as the VOW restrictions had been in place since 2011, the duration was substantial. Likewise, as the effects were present throughout the GTA, a substantial part of the market was impacted (TR, at paragraphs 703–704).

[29] Le Tribunal a ensuite examiné les arguments contraires à ses conclusions, reproduites plus haut. Il n’a pas jugé important que certains exploitants de BVI en Nouvelle-Écosse, où il n’y a pas de restrictions à cet égard, aient abandonné leurs BVI (MT, au paragraphe 693) et que, selon les statistiques émanant de la National Association of Realtors aux États-Unis, les clients n’accordaient pas une grande valeur aux données en litige (MT, aux paragraphes 694–696). Le Tribunal a fait remarquer qu’aux États-Unis, où le prix de vente est « affiché par des sites Web concurrents », la National Association of Realtors avait commencé à afficher le prix de vente sur ce qui semblait être son site Web officiel (MT, au paragraphe 700). En outre, le Tribunal était convaincu que, si les courtiers affichaient les données en litige lorsqu’ils étaient autorisés à le faire c’est que cette information avait de la valeur pour les acquéreurs d’un bien immobilier, car ils ne le feraient pas autrement (MT, au paragraphe 701).

[30] Le Tribunal a formulé ainsi sa conclusion sur l’ampleur de l’effet des restrictions liées aux BVI sur la concurrence [MT, au paragraphe 702] :

Pour les motifs énoncés ci-dessus, le Tribunal conclut que les restrictions relatives aux BV ont nui à la concurrence hors prix dans le marché pertinent de façon importante. En effet, le Tribunal conclut que l’incidence négative globale des restrictions relatives aux BV sur la concurrence hors prix a été substantielle, compte tenu de l’effet négatif considérable sur la gamme des services de courtage, de l’effet négatif sur la qualité des offres de service et de l’incidence négative considérable sur l’innovation dans le marché pertinent. En l’absence d’une ordonnance, cette incidence négative substantielle risque de continuer. Le Tribunal a tiré cette conclusion malgré le fait que la preuve quantitative sur les taux de commission n’indique pas que les commissions nettes pour les services de courtage immobilier étaient, sont ou seraient vraisemblablement nettement plus élevées qu’en l’absence des restrictions relatives aux BV. [Non souligné dans l’original.]

[31] Ensuite, au sujet de la durée et de la portée des effets, le Tribunal a conclu que, puisque les restrictions liées aux BVI étaient en place depuis 2011, leur durée était importante. De même, comme les effets ont été ressentis dans toute la RGT, une partie importante du marché a été touchée (MT, aux paragraphes 703–704).

[32] Thus, the Tribunal found that all three of the subsection 79(1) requirements had been met and that the VOW restrictions were substantially preventing competition for residential real estate brokerage services in the GTA. At paragraphs 705 to 715 of its reasons, the Tribunal summarized its views on the three elements of subsection 79(1).

[33] Turning to copyright, the Tribunal found that TREB did not lead sufficient evidence to demonstrate copyright in the MLS database. Copyright in a database exists where the “selection or arrangement of data” is original (TR, at paragraph 732). The Tribunal found that TREB’s evidence did not speak to skill and judgment in compiling the database, but rather illustrated that it was a more mechanical exercise. The Tribunal pointed to many facts including: TREB did not present witnesses on the arrangement of the data; a third party corrects errors in the database; contracts referencing copyright are not evidence that copyright exists; members provide the information which is uploaded “almost instantaneously” to the database; TREB’s database is in line with industry norms across Canada; and creating rules on accuracy and quality of the information does not reflect the originality of the work (TR, at paragraph 737).

[34] In the alternative, the Tribunal found that, even if TREB had copyright in the database, it would not enjoy the protection offered by subsection 79(5) because TREB’s conduct amounted to more than the “mere exercise” of its intellectual property rights (TR, at paragraphs 720–721 and 746–758).

#### IV. Issues

[35] In order to dispose of this appeal, we must determine the three following issues:

1. Did the Tribunal err in finding that TREB had substantially reduced competition within the

[32] Par conséquent, le Tribunal a conclu que les trois éléments du paragraphe 79(1) étaient réunis et que les restrictions liées aux BVI empêchaient sensiblement la concurrence des services de courtage immobilier résidentiel dans la RGT. Aux paragraphes 705 à 715 de ses motifs, le Tribunal résume ses conclusions sur les trois éléments de la disposition.

[33] En ce qui a trait au droit d’auteur, le Tribunal a conclu que le TREB n’avait pas présenté suffisamment d’éléments de preuve pour démontrer un droit d’auteur sur la base de données MLS. Un droit d’auteur sur une base de données existe lorsque « le choix ou [...] l’agencement [...] [des] données » est original (MT, au paragraphe 732). Le Tribunal était d’avis que la preuve déposée par le TREB démontrait, non pas l’exercice de talent et de jugement dans la compilation de la base de données, mais plutôt un exercice de nature mécanique. Le Tribunal a souligné de nombreux faits, dont les suivants : le TREB n’a convoqué personne pour témoigner sur l’agencement des données; un tiers corrige les erreurs dans la base de données; des contrats évoquant un droit d’auteur ne constituent pas une preuve de l’existence d’un tel droit; les membres fournissent les données qui sont téléchargées « presque instantanément » dans la base de données; la base de données du TREB est conforme aux normes du secteur pan-canadiennes et la création de règles sur l’exactitude et la qualité de l’information ne témoigne pas de l’originalité de l’œuvre (MT, au paragraphe 737).

[34] Subsidiairement, le Tribunal était d’avis que, même si le TREB avait un droit d’auteur sur la base de données, il ne bénéficierait pas de la protection garantie par le paragraphe 79(5) puisque les agissements du TREB ne résultaient pas « du seul fait de l’exercice » de ses droits en matière de propriété intellectuelle (MT, aux paragraphes 720–721 et 746–758).

#### IV. Les questions en litige

[35] Pour statuer dans l’appel, nous devons trancher les trois questions suivantes :

1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que le TREB avait sensiblement diminué la

meaning of subsection 79(1) of the *Competition Act*?

2. Did the Tribunal err in failing to conclude that TREB's privacy concerns or statutory obligations constituted a business justification within the scope of paragraph 79(1)(b)?
3. Does subsection 79(5) of the *Competition Act* preclude TREB and CREA from advancing a claim in copyright in the MLS database? If not, did the Tribunal err in its consideration of TREB's claim of copyright?

## V. Analysis

### A. *Standard of Review*

[36] Before addressing the three issues, a few words on the standard of review are necessary.

[37] There is a statutory right of appeal to this Court from decisions of the Tribunal. Subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19 (*Competition Tribunal Act*) provides that any decision or order can be appealed "as if it were a judgment of the Federal Court." In *Tervita Corporation v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352 (*Tervita FCA*), our Court held that questions of law arising from decisions of the Tribunal were to be reviewed on the standard of correctness (TR, at paragraphs 53–59; see also *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185, at paragraph 88). That determination was upheld by the Supreme Court of Canada in *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161 (*Tervita SCC*).

[38] As to questions of mixed fact and law, the Supreme Court in *Tervita SCC* also upheld this Court's

concurrence, au sens où il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*?

2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ne reconnaissant pas que le souci ou les obligations légales du TREB à l'égard de la protection des renseignements personnels constituaient une justification commerciale dont il peut être tenu compte dans l'analyse qu'appelle l'alinéa 79(1)b)?
3. Le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* empêche-t-il le TREB et l'ACI d'invoquer un droit d'auteur sur la base de données MLS? Sinon, le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son examen du droit d'auteur invoqué par le TREB?

## V. Analyse

### A. *Norme de contrôle*

[36] Avant de répondre aux trois questions, quelques mots s'imposent sur la norme de contrôle.

[37] La loi prévoit un droit d'appel des décisions du Tribunal devant notre Cour. Le paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, dispose que les décisions ou ordonnances du Tribunal sont susceptibles d'appel « tout comme s'il s'agissait de jugements de la Cour fédérale ». Dans l'affaire *Tervita Corporation c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352 (*Tervita CAF*), la Cour affirme que les questions de droit émanant des décisions du Tribunal sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte (MT, aux paragraphes 53–59; voir également *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185, au paragraphe 88 ). Cette décision a été confirmée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161 (*Tervita CSC*).

[38] Quant aux questions mixtes de fait et de droit, la Cour suprême dans l'arrêt *Tervita CSC* confirme aussi la

determination in *Tervita FCA* that such questions were to be determined on the standard of reasonableness. With regard to questions of fact, leave of this Court is required (*Competition Tribunal Act*, subsection 13(2)). In the present matter, no such leave was sought and consequently we cannot interfere with the Tribunal's findings of fact (see *CarGurus, Inc. v. Trader Corporation*, 2017 FCA 181, at paragraph 17; *Nadeau Poultry Farm Limited v. Groupe Westco Inc.*, 2011 FCA 188, 419 N.R. 333 (*Nadeau Poultry Farm*), at paragraph 47).

### B. Substantial Reduction in Competition

#### (1) TREB's and CREA's Submissions

[39] TREB submits that the Tribunal erred in finding that the test under subsection 79(1) of the *Competition Act* was made out. In its view, the Commissioner bore the burden of proving each element of the test and did not discharge that burden on any of the three elements.

[40] TREB asserts that since it does not control the relevant market, paragraph 79(1)(a) has not been established.

[41] TREB submits that it did not act with the necessary anti-competitive purpose, therefore the Tribunal erred in finding that paragraph 79(1)(b) was made out. In its view, the VOW Policy was meant to allow its members to offer VOWs and thus reach a greater range of potential buyers. The exclusion of some data from the data feed was made for legitimate privacy related reasons.

[42] With respect to paragraph 79(1)(c), TREB submits that the Tribunal erred in accepting speculative qualitative evidence. Actual quantitative evidence was available and should have been brought forward by the Commissioner. His failure to do so should have led the Tribunal to make an adverse inference against him. CREA, the intervener, agrees with TREB's submissions on these three points.

conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Tervita CAF* que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Pour ce qui est des questions de fait, l'appel est subordonné à l'autorisation de la Cour (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, paragraphe 13(2)). En l'espèce, aucune autorisation n'a été demandée et, par conséquent, nous ne pouvons pas modifier les conclusions de fait tirées par le Tribunal (voir *CarGurus, Inc. c. Trader Corporation*, 2017 CAF 181, au paragraphe 17; *Nadeau Ferme Avicole Limitée c. Groupe Westco Inc.*, 2011 CAF 188 (*Nadeau Ferme Avicole*), au paragraphe 47).

### B. Diminution sensible de la concurrence

#### 1) Observations du TREB et de l'ACI

[39] Le TREB soutient que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il avait été satisfait au critère énoncé au paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. Le TREB est d'avis qu'il incombait au commissaire de prouver chaque élément du critère et qu'il ne s'était acquitté de ce fardeau pour aucun des trois éléments.

[40] Le TREB affirme que, puisqu'il ne contrôle pas le marché pertinent, il n'est pas satisfait à l'alinéa 79(1)a).

[41] Le TREB soutient qu'il n'avait pas agi dans un dessein anti-concurrentiel, ce qu'il faut démontrer. Par conséquent, le Tribunal a conclu à tort qu'il avait été satisfait à l'alinéa 79(1)b). Selon le TREB, la politique relative aux BVI avait pour but de permettre à ses membres d'offrir des BVI et d'attirer ainsi davantage d'acquéreurs potentiels. L'exclusion de certaines données de la transmission électronique était justifiée par des soucis légitimes de protection des renseignements personnels.

[42] En ce qui concerne l'alinéa 79(1)c), le TREB fait valoir que le Tribunal a eu tort d'accepter des éléments de preuve qualitatifs hypothétiques. De réels éléments de preuve quantitatifs étaient à la disposition du commissaire, qui aurait dû les présenter. Cette omission aurait dû amener le Tribunal à tirer une conclusion défavorable à son endroit. L'ACI, intervenante en l'espèce, souscrit aux observations du TREB sur ces trois points.

[43] CREA further argues that the Tribunal read out, for all intents and purposes, the requirement of “substantiality” from the subsection 79(1) test. In its view, statements by brokers are insufficient to establish that access to the disputed data would increase competition substantially. While access to the disputed data may help brokers improve their services, this is not equivalent to a competitive benefit. CREA points to other evidence it claims demonstrates that brokers operating with the current VOW data feed are equally or more competitive than those with access to more data. Furthermore, CREA asserts that there is no proven link between broker success and receiving more data.

## (2) The Commissioner’s Submissions

[44] The Commissioner asserts that TREB’s policies regarding the disputed data comprise at least three acts that constitute an anti-competitive practice, as quoted by the Tribunal at paragraph 320 of its reasons:

- i. The exclusion of the Disputed Data from TREB’s VOW Data Feed;
- ii. Provisions in TREB’s VOW Policy and Rules that prohibit Members who want to provide services through a VOW from using the information included in the VOW Data Feed for any purpose other than display on a website; and
- iii. Prohibiting TREB’s Members from displaying certain information, including the Disputed Data, on their VOWs .... This prohibition is reinforced by terms in TREB’s Data Feed Agreement that limit the use of the MLS data in the VOW Data Feed to a purpose that is narrower than the corresponding provision in the [authorized user agreement] that applies to Members using the Stratus system.

[45] In other words, the Commissioner argues that it is anti-competitive to prohibit the disputed data from being distributed via the data feed.

[43] L’ACI prétend en outre que le Tribunal a négligé dans les faits le volet relatif à un effet sensible du critère énoncé au paragraphe 79(1). L’ACI est d’avis que les déclarations des courtiers ne permettent pas de démontrer que l’accès aux données en litige aurait pour effet d’augmenter sensiblement la concurrence. Certes, l’accès aux données en litige pourrait aider les courtiers à améliorer leurs services, mais il ne s’agit pas d’un avantage favorisant la concurrence. L’ACI souligne d’autres éléments de preuve qui, selon elle, démontrent que les courtiers qui utilisent la transmission électronique directe aux BVI dans sa forme actuelle sont tout aussi concurrentiels, voire plus, que ceux qui ont à leur portée davantage de données. En outre, l’ACI affirme que rien ne démontre que la réussite d’un courtier est subordonnée à la communication de données supplémentaires.

## 2) Les observations du commissaire

[44] Le commissaire affirme que les politiques du TREB concernant les données en litige prévoient au moins trois agissements qui constituent une pratique anti-concurrentielle. Le Tribunal les reproduit au paragraphe 320 de ses motifs :

- i. L’exclusion des données en litige du flux de données des BV fourni par le TREB;
- ii. Les dispositions de la politique et des règles sur les BV établies par le TREB qui empêchent les membres qui veulent fournir des services par l’intermédiaire d’un BV d’utiliser l’information incluse dans le flux de données des BV pour toutes fins autres que l’affichage sur un site Web;
- iii. Le fait d’interdire aux membres du TREB d’afficher certaines informations sur leurs BV, y compris les données en litige [...] Cette interdiction est renforcée par les modalités de l’Entente relative aux flux de données fourni par le TREB qui limitent l’utilisation des données du SIA dans le flux des données des BV à une fin qui est plus étroite que la disposition correspondante dans l’EUA [l’entente de l’utilisateur autorisé] qui s’applique aux membres utilisant le système Stratus [...]

[45] Autrement dit, selon le commissaire, il est anti-concurrentiel d’interdire la distribution des données en litige au moyen de la transmission électronique directe.

[46] The Commissioner further submits that the Tribunal's paragraph 79(1)(b) analysis is reasonable, entitled to deference, and supported by the evidence. The Tribunal applied the correct legal test, and its finding regarding TREB's purpose in implementing the VOW restrictions is one of fact, and therefore not reviewable on this appeal. In the alternative, the Commissioner submits that the facts indicate that the Tribunal's finding on this point was reasonable. The Tribunal looked at the evidence as a whole and determined that, while privacy concerns were mentioned at TREB's VOW taskforce meetings, they were not a principal motivating factor. Furthermore, this finding turned on a credibility assessment of the testimony of Mr. Richardson, TREB's CEO, which is entitled to deference.

[47] Regarding paragraph 79(1)(c), the Commissioner submits that the Tribunal once again applied the correct legal test. TREB and CREA misstate the law when they say that the Commissioner must provide quantitative evidence to prove a substantial lessening or prevention of competition. In the Commissioner's view, this position is not supported by the case law. The Commissioner differentiates *Tervita SCC*, which found quantification necessary for a merger test under a different section of the *Competition Act*, namely subsection 96(1). Indeed, according to the Commissioner, non-price effects such as service quality, range of products, and innovation are not amenable to quantification. The Commissioner submits that TREB and CREA are de facto arguing that he has a legal burden to quantify the substantial lessening or preventing of competition. In addition, the Commissioner says that the Tribunal's refusal to draw an adverse inference against him on this point is entitled to deference.

### (3) The Abuse of Dominance Framework

[48] Subsection 79(1), which is reproduced at paragraph 11 above, sets out the three requirements necessary to establish an abuse of dominant position. The

[46] Le commissaire soutient en outre que l'analyse de l'alinéa 79(1)b) par le Tribunal est raisonnable, emporte la déférence et est étayée par la preuve. Le Tribunal a appliqué le critère juridique approprié, et sa conclusion sur la raison d'être des restrictions relatives aux BVI établies par le TREB est une conclusion de fait. Elle échappe donc à la portée du présent appel. Subsidiairement, de l'avis du commissaire, la conclusion tirée par le Tribunal sur ce point était raisonnable au vu des faits. Le Tribunal a examiné la preuve dans son ensemble et a décidé que, bien que des réserves à l'égard de la protection des renseignements personnels aient été soulevées aux réunions du groupe de travail sur les BVI du TREB, elles ne constituaient pas la principale motivation. En outre, cette conclusion reposait sur une évaluation de la crédibilité du témoignage de M. Richardson, le PDG de TREB, une conclusion qui commande la déférence.

[47] Le commissaire est d'avis que le Tribunal a également appliqué le bon critère juridique à l'analyse portant sur l'alinéa 79(1)c). Selon lui, le TREB et l'ACI font un exposé erroné du droit en affirmant qu'il devait fournir des éléments de preuve quantitatifs pour démontrer qu'on avait diminué ou empêché sensiblement la concurrence. Selon le commissaire, un tel argument n'est pas étayé par la jurisprudence. Le commissaire établit une distinction d'avec l'arrêt *Tervita CSC*, dans lequel la Cour suprême juge la quantification nécessaire à l'analyse du critère relatif au fusionnement énoncé à un autre article de la *Loi sur la concurrence*, à savoir le paragraphe 96(1). En effet, selon le commissaire, les effets autres que sur les prix comme ceux sur la qualité du service, l'éventail des produits et l'innovation ne se prêtent pas à une quantification. Le commissaire soutient que le TREB et l'ACI font valoir en fait qu'il est tenu en droit de quantifier la diminution ou l'empêchement de la concurrence. De plus, le commissaire indique que le refus du Tribunal de tirer une conclusion défavorable à son endroit sur ce point emporte la déférence.

### 3) Le cadre applicable à l'abus de position dominante

[48] Le paragraphe 79(1), reproduit au paragraphe 11 plus haut, énonce les trois éléments qui permettent de démontrer un abus de position dominante. Il incombe au

Commissioner bears the burden of establishing each of these elements (*Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, 268 D.L.R. (4th) 193 (*Canada Pipe*), at paragraph 46, leave to appeal to S.C.C. refused, 31637 (10 May 2007) [[2007] 1 S.C.R. vii]). The burden of proof with respect to each element is the balance of probabilities (*Canada Pipe*, at paragraph 46; TR, at paragraph 34).

[49] Once the Commissioner establishes each element of subsection 79(1), the person or persons against whom the Commissioner’s proceedings are directed, in this case TREB, can avoid sanction if they demonstrate that the impugned practice falls under one of the statutory exemptions. The only provision relevant to this case is subsection 79(5) of the *Competition Act*, which states that “an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest” derived under certain legislation pertaining to intellectual or industrial property, including the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (*Copyright Act*), is not an anti-competitive act.

[50] TREB says, in its written submissions, that it “does not control the relevant market(s)” (TREB’s memorandum of fact and law, at paragraph 66). However, this is the extent of its submissions on the issue. As TREB’s substantive arguments clearly focus on paragraphs 79(1)(b) and (c), we continue on to examine in more depth the requirements of those provisions.

(4) Paragraph 79(1)(b)

[51] Paragraph 79(1)(b) requires that the person or persons “have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts”. There is no dispute that TREB’s VOW policies constitute a practice. An indicative list of anti-competitive acts is provided in the *Competition Act* at section 78. None of those acts are directly relevant to this appeal. However, that list is non-exhaustive.

[52] This Court in *Canada Pipe* found that an anti-competitive act is defined by reference to its purpose. Drawing on the Tribunal’s decision in *Canada*

commissaire d’établir chacun de ces éléments (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée.*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3 (*Tuyauteries Canada*), au paragraphe 46, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31637 (10 mai 2007) [[2007] 1 R.C.S. vii]). La norme de preuve applicable aux trois éléments est celle de la prépondérance des probabilités (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 46; MT, au paragraphe 34).

[49] Une fois que le commissaire a établi chaque élément du paragraphe 79(1), la personne faisant l’objet des instances intentées par le commissaire, en l’occurrence le TREB, peut éviter les sanctions si elle démontre que la pratique contestée relève d’une des exceptions que prévoit la loi. En l’espèce, seul est pertinent le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*, qui dispose qu’« un agissement résultant du seul fait de l’exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt » découlant de certaines lois relatives à la propriété intellectuelle ou industrielle, dont la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, ne constitue pas un agissement anti-concurrentiel.

[50] Dans ses observations écrites, le TREB affirme qu’il [TRADUCTION] « ne contrôle pas le(s) marché(s) pertinent(s) » (mémoire des faits et du droit du TREB, au paragraphe 66). Il n’en dit pas plus. Puisque les principaux arguments du TREB portent manifestement sur les alinéas 79(1)(b) et (c), nous poursuivons notre examen approfondi de leurs prescriptions.

4) Alinéa 79(1)(b)

[51] Il faut démontrer, aux termes de l’alinéa 79(1)(b), que la personne ou les personnes « se livrent ou se sont livrées à une pratique d’agissements anti-concurrentiels ». Il est acquis aux débats que les politiques relatives aux BVI du TREB constituent une pratique. L’article 78 de la *Loi sur la concurrence* énumère des agissements anti-concurrentiels. Aucun d’eux n’intéresse directement le présent appel. Toutefois, cette liste n’est pas exhaustive.

[52] La Cour dans l’affaire *Tuyauteries Canada* conclut qu’un agissement anti-concurrentiel se définit par rapport à son objet. S’inspirant de la décision du Tribunal

(*Director of Investigation and Research, Competition Act*) v. *NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) (*NutraSweet*), this Court said that the requisite purpose is “an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor” (*Canada Pipe*, at paragraphs 66 and 74. See also *NutraSweet*, at page 34).

[53] To be more precise, *NutraSweet* pointed out that the “purpose common to all acts [listed in section 78], save that found in paragraph 78(f), is an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary” (at page 34). Indeed, paragraph 78(1)(f) cannot apply to a competitor, as it reads:

**Definition of anti-competitive act**

**78 (1)** For the purposes of section 79, **anti-competitive act**, without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

...

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels.

[54] In *TREB FCA 1*, Sharlow J.A. determined that the “on the competitor” language from *NutraSweet* and *Canada Pipe* could not mean “on a competitor of the person accused of anti-competitive practices” (at paragraphs 19–20). On that premise, requiring a predatory, exclusionary, or disciplinary negative effect on a competitor in all cases would render paragraph 78(1)(f) meaningless. Paragraph (f) reflects a self-serving intent, not a relative one intended to harm a competitor. Yet it has been defined by Parliament to constitute an anti-competitive act.

[55] With this in mind, we believe that the Tribunal applied the correct framework with respect to paragraph 79(1)(b). The Tribunal stated that it was looking for a predatory, exclusionary, or disciplinary effect on a competitor (TR, at paragraph 272). Acting on the direction given by *TREB FCA 1*, the Tribunal defined

dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] D.T.C.C. n° 17 (QL) (Trib. conc.) (*NutraSweet*), la Cour déclare que l’objet à démontrer est « un effet négatif intentionnel sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas » (*Tuyauteries Canada*, au paragraphes 66 et 74. Voir également *NutraSweet*, à la page 34).

[53] Précisons que le Tribunal, dans l’affaire *NutraSweet*, a souligné que « le but commun à tous ces agissements [énumérés à l’article 78], sauf celui de l’alinéa 78(1)f, est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas » (à la page 34). En effet, l’alinéa 78(1)f ne peut pas s’appliquer à un concurrent, comme on peut le constater à la lecture de son libellé :

**Définition de agissement anti-concurrentiel**

**78 (1)** Pour l’application de l’article 79, **agissement anti-concurrentiel** s’entend notamment des agissements suivants :

[...]

f) l’achat de produits dans le but d’empêcher l’érosion des structures de prix existantes.

[54] Dans l’arrêt *TREB CAF 1*, la juge Sharlow conclut que l’expression « sur un concurrent » employée dans les affaires *NutraSweet* et *Tuyauteries Canada* ne peut renvoyer, à l’égard d’une personne, à « son propre concurrent » (aux paragraphes 19–20). Si c’était vrai, exiger — pour qu’il soit conclu à un agissement anti-concurrentiel — un effet négatif sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas dans chaque cas rendrait l’alinéa 78(1)f dépourvu de sens. L’alinéa f) traduit un but intéressé, et non celui, relatif, de nuire à un concurrent. Pourtant, le législateur l’a inscrit au nombre des agissements anticoncurrentiels.

[55] Dans cette optique, nous pensons que le Tribunal a appliqué le bon cadre en ce qui concerne l’alinéa 79(1)b). Le Tribunal a indiqué qu’il recherchait un effet négatif sur un concurrent devant être abusif ou viser une exclusion ou une mise au pas (MT, au paragraphe 272). Appliquant les directives données dans l’arrêt *TREB CAF 1*, le

competitor to mean “a person who competes in the relevant market, or who is a potential entrant into that market” and not a “competitor” of TREB (TR, at paragraph 277 [emphasis in original]).

[56] The Tribunal correctly noted that subjective or objective intent could be used to demonstrate the requisite intent (TR, at paragraphs 274 and 283; *Canada Pipe*, at paragraph 72). It closely scrutinized the evidence of TREB’s subjective intent (TR, at paragraphs 319–431). The Tribunal also looked to the “reasonably foreseeable or expected objective effects of the act (from which intention may be deemed …)” (TR, at paragraphs 432–451) as instructed by *Canada Pipe*, at paragraph 67 (see also *Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 F.C. 22, 154 D.L.R. (4th) 328 (C.A.) (*Tele-Direct*), leave to appeal refused, 26403 (21 May, 1998) [[1998] 1 S.C.R. xv]). The Tribunal conducted a balancing exercise between the exclusionary effects (evidenced by subjective intent) and TREB’s alleged legitimate business justifications (TR, at paragraphs 319–431; *Canada Pipe*, at paragraph 73).

[57] The application of this test to the facts is a question of mixed law and fact. Ultimately, the Tribunal found that “the evidence of subjective anti-competitive intent and reasonably foreseeable exclusionary effects outweighs the very limited evidence that was adduced in support of the alleged legitimate business justifications that TREB claims underpinned the development and implementation of the VOW Restrictions” (TR, at paragraph 452). This is a very fact-driven analysis. The Tribunal weighed the evidence, heard competing witnesses, and made findings of credibility. We see no error that would make this analysis unreasonable.

(5) Paragraph 79(1)(c)

[58] Paragraph 79(1)(c) requires that “the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market” (underlining added). The market in question is not

Tribunal a défini le terme « concurrent » comme « une personne qui est en concurrence dans le marché pertinent ou qui tente d’entrer dans ce marché » et non un « concurrent » du TREB (MT, au paragraphe 277) [l’italique dans l’original].

[56] Le Tribunal a fait observer à juste titre que l’intention subjective ou objective pouvait démontrer l’intention requise (MT, au paragraphes 274 et 283; *Tuyauteries Canada*, au paragraphe 72). Il a soigneusement examiné la preuve de l’intention subjective du TREB (MT, aux paragraphes 319–431). Le Tribunal a aussi examiné « les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question (effets dont on peut déduire une intention [...]) » (MT, aux paragraphes 432–451) comme l’enseigne *Tuyauteries Canada*, au paragraphe 67 (voir aussi *Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22 (C.A.) (*Télé-Direct*), autorisation d’appel refusée, 26403 (21 mai 1998) [[1998] 1 R.C.S. xi]). Le Tribunal a mis en balance d’une part les effets d’exclusion (démontrés par l’intention subjective) et d’autre part les justifications commerciales légitimes avancées par le TREB (MT, aux paragraphes 319–431; *Tuyauteries Canada*, au paragraphe 73).

[57] L’application de ce critère aux faits est une question mixte de droit et de fait. Le Tribunal a finalement conclu que « la preuve d’intention anti-concurrentielle et d’effets d’exclusion raisonnablement prévisibles l’emporte sur la preuve très limitée qui a été présentée à l’appui des justifications commerciales légitimes alléguées qui, selon le TREB, sous-tendent l’élaboration et la mise en oeuvre des restrictions relatives aux BV » (MT, au paragraphe 452). Il s’agit d’une analyse essentiellement factuelle. Le Tribunal a évalué la preuve, entendu la déposition de concurrents et tiré des conclusions quant à leur crédibilité. Aucune erreur ne rend cette analyse déraisonnable selon nous.

5) Alinéa 79(1)c)

[58] L’alinéa 79(1)c) dispose que « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » (non souligné dans l’original). Le marché en question

contested. The Tribunal defined the market to be “the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” (TR, at paragraph 161). We now turn to address the five other elements, as underlined above, in turn.

(a) **The Practice**

[59] The Commissioner’s notice of application was filed in May 2011, before TREB’s current VOW Policy and Rules were in place. In November 2011, TREB enacted its new rules. The Commissioner accordingly amended her statement of claim. Nonetheless, the statement of claim remains broadly worded and does not specify which particular parts of TREB’s rules and policies the Commissioner is impugning.

[60] The alleged anti-competitive practices relate to what TREB does with some of the data from the MLS system and what TREB allows its members to do with this data. This “disputed data” is defined by the Tribunal, at paragraph 14 of its reasons, to include four types of information:

- sold data
- pending sold data
- withdrawn, expired, suspended, or terminated listings (WESTs)
- offers of commission to the successful home buyer’s real estate broker, also called the cooperating broker.

The utility of this data is described in the Tribunal’s reasons at paragraphs 675 to 691, which fall within the “Substantiality” section of the reasons.

[61] The parties’ submissions and the evidence centred almost entirely on three particular practices, which the Tribunal collectively refers to as the “VOW Restrictions” (TR, at paragraph 14). Those practices were the focus of the Tribunal’s reasons and, after

n’est pas contesté. Le Tribunal a défini le marché comme étant « la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT » (MT, au paragraphe 161). Nous abordons ci-après tour à tour les cinq autres éléments, tels qu’ils sont soulignés plus haut.

a) **La pratique**

[59] L’avis de demande a été présenté par le commissaire en mai 2011, avant l’adoption de la politique et des règles actuelles relatives aux BVI en novembre 2011. Le commissaire a modifié sa déclaration en conséquence. Néanmoins, la déclaration est toujours générale et ne précise pas les parties des règles et des politiques du TREB qui sont contestées.

[60] Les pratiques d’agissement anti-concurrentiel avancées portent sur l’utilisation par le TREB de certaines données du système MLS et sur l’utilisation qu’il en permet à ses membres. Ces « données en litige » sont définies par le Tribunal, au paragraphe 14 de ses motifs, et incluent quatre types d’information :

- Les données sur le prix de vente
- Les données sur le prix consigné avant conclusion de l’acte de vente
- Les inscriptions retirées, expirées, suspendues ou annulées
- Les offres de commission au courtier immobilier représentant l’acquéreur, aussi appelé le courtier collaborateur.

L’utilité de ces données est décrite dans les motifs du Tribunal aux paragraphes 675 à 691. Nous l’analysons sous la rubrique « Volet relatif à un effet sensible » des présents motifs.

[61] Les observations et les éléments de preuve présentés par les parties portent presque exclusivement sur trois pratiques, que le Tribunal désigne collectivement par le terme « restrictions relatives aux BV » (MT, au paragraphe 14). Ces pratiques constituent l’élément

separate written and oral submissions on remedy, these restrictions remained the focus of the Tribunal's order. The following chart provides an overview of the restrictions, as listed in the Tribunal's reasons, at paragraph 14, and their sources.

Restriction	Source
The exclusion of the disputed data from the VOW Datafeed	Policy articles 17, 15, 24
The prohibition on the display of the disputed data on a VOW	Rule 823; Datafeed Agreement clause 6.3(a)
The prohibition on the use of the VOW Datafeed information for any purpose other than display on a website	Datafeed Agreement clause 6.2(f), (g)

[62] It is worth noting that the following TREB rules and policies are not affected by the Tribunal's order.

Restriction	Source
An individual needs the permission of their broker of record to establish a VOW	Datafeed Agreement clause 6.3(g)
Before viewing listing information on a VOW, a consumer must enter a lawful broker-consumer relationship with the brokerage; this includes agreeing to terms and conditions acknowledging entering into such a relationship and declaring that the consumer has a bona fide interest in the purchase, sale or lease of residential real estate	Rules 805, 809(i), (iii) Policy articles 1, 6, 7(iii)

central des motifs du Tribunal et, à la lumière des observations écrites et orales distinctes sur la réparation, le sujet principal de l'ordonnance du Tribunal. Le tableau qui suit offre un aperçu des restrictions, comme elles sont énumérées au paragraphe 14 des motifs du Tribunal, et de leurs sources.

Restriction	Source
L'exclusion des données en litige de la transmission directe par voie électronique aux BVI	Politique, art. 17, 15 et 24
L'interdiction d'afficher les données en litige sur les BVI	Règles, art. 823; Entente sur la transmission par voie électronique, clause 6.3(a)
L'interdiction d'utiliser les données transmises par voie électronique aux BVI pour toute autre fin que celle de l'afficher sur un site Web	Entente sur la transmission par voie électronique, clauses 6.2(f) et (g)

[62] Il est important de noter que les règles et politiques du TREB suivantes ne sont pas visées par l'ordonnance du Tribunal.

Restriction	Source
Une personne physique doit obtenir la permission de son courtier responsable pour établir un BVI	Entente sur la transmission par voie électronique, clause 6.3 (g)
Pour avoir accès aux données sur les inscriptions sur un BVI, le consommateur doit conclure une entente légale avec la maison de courtage, qui prévoit d'accepter les conditions, de reconnaître une telle entente et de déclarer avoir un intérêt véritable dans l'achat, la vente ou la location d'un bien immobilier résidentiel.	Règles, art. 805, 809(i), (iii) Politiques, art. 1, 6, 7(iii)

Restriction	Source
Any listings other than TREB's MLS listings must be labelled as such and searched separately by consumers	Rules 828, 829

**(b) Temporal Requirement**

[63] The temporal aspect of paragraph 79(1)(c) is not in issue. The effect on competition can be past, present, or future (*Canada Pipe*, at paragraph 44). The Tribunal found that the VOW restrictions had anti-competitive effects in the past, present and future (TR, at paragraph 706).

[64] A duration of two years will usually be sufficient to establish an effect (*Tervita FCA*, at paragraph 85). Here, TREB's VOW restrictions came into force in November 2011 and the Tribunal found the anti-competitive effects had been occurring for a substantial period of time (TR, at paragraphs 703 and 708).

**(c) Preventing or Lessening**

[65] Paragraph 79(1)(c) refers to either a prevention and/or lessening of competition. The Tribunal found a prevention of competition (TR, at paragraph 705). This means that there is no past time that the Tribunal can look at to compare with the present: the Tribunal must look at the present state of competition compared to a hypothetical world in which the VOW restrictions did not exist. This approach is not contested.

**(d) Competition**

[66] Paragraph 79(1)(c) looks to the level of competition, as opposed to any effects of the behaviour on competitors (*Canada Pipe*, at paragraphs 68–69). A “but for” inquiry is an acceptable method of analysis (*Canada Pipe*, at paragraphs 39–40). This is a relative

Restriction	Source
Toutes les inscriptions autres que celles émanant du système MLS du TREB sont indiquées comme telles et sont consultables à part par les consommateurs.	Règles, art. 828, 829

**b) Aspect temporel**

[63] L'aspect temporel de l'alinéa 79(1)c) n'est pas contesté. L'effet sur la concurrence peut être passé, présent ou futur (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 44). Le Tribunal a conclu que les effets anti-concurrentiels des restrictions liées aux BVI se font sentir dans le passé, le présent et le futur (MT, au paragraphe 706).

[64] Une période de deux ans sera généralement suffisante pour établir un effet (*Tervita CAF*, au paragraphe 85). En l'espèce, les restrictions liées aux BVI du TREB sont entrées en vigueur en novembre 2011, et le Tribunal a jugé que les effets anti-concurrentiels s'étaient produits pendant une longue période (MT, aux paragraphes 703 et 708).

**c) Empêcher ou diminuer**

[65] L'alinéa 79(1)c) mentionne un empêchement ou une diminution de la concurrence. Le Tribunal a conclu qu'il y avait un empêchement de la concurrence (MT, au paragraphe 705). Le Tribunal ne dispose d'aucun renseignement sur le passé lui permettant de faire une comparaison avec le présent; il doit examiner la situation actuelle par rapport à un monde hypothétique dans lequel les restrictions liées aux BVI n'existent pas. Cette démarche n'est pas contestée.

**d) Concurrence**

[66] L'alinéa 79(1)c) intéresse le degré de concurrence, plutôt que les effets du comportement sur les concurrents (*Tuyauteries Canada*, aux paragraphes 68–69). Le critère de l'absence hypothétique constitue une méthode acceptable (*Tuyauteries Canada*, aux

assessment: the current intensity of competition is not relevant in isolation.

[67] Two questions must be asked regarding the nature of the competition element. The first is: competition for what? Here, the relevant competition is over real estate brokerage clients (TR, at paragraphs 645–646). It is important to distinguish this competition from other, related, competition: for example, all websites want to attract web traffic in order to compete for advertising dollars.

[68] Second, we must ask: competition between whom? This case is about competition in the “the supply of MLS-based residential real estate brokerage services in the GTA” (TR, at paragraph 161). In order to supply MLS-based services, a broker must be a member of TREB. Therefore, we are really discussing competition between segments of TREB members.

[69] The use of imprecise terminology sometimes makes it difficult to distinguish between competing TREB members. The Tribunal uses the terms “full information VOW-based brokerages” or “full information VOW brokerages” in contrast to “traditional ‘bricks-and-mortar’ brokerages.” The Commissioner uses the terms “genuine VOWs” and “innovative brokers” in contrast to “VOWs.” Dr. Vistnes, the Commissioner’s expert witness, uses the terms “innovative VOW-based brokers” or “VOW-based brokers” in contrast with “traditional brick-and-mortar brokers”.

[70] However, for the purpose of the legal analysis required by paragraph 79(1)(c), the current competition between any two groups is not important per se. Rather, it is the general competition in the defined market between all participants now (with the VOW restrictions) and in the hypothetical “but for” world (without the VOW restrictions).

paragraphs 39–40). Il s’agit d’une évaluation relative : l’intensité actuelle de la concurrence n’est pas pertinente en soi.

[67] Il faut poser deux questions concernant la nature de la concurrence. Premièrement, quel est l’objet de la concurrence? En l’espèce, la concurrence en question porte sur les clients des maisons de courtage immobilier (MT, au paragraphes 645–646). Il importe de différencier cette concurrence des autres types de concurrence connexes : par exemple, tous les sites Web souhaitent encourager le trafic afin de se démarquer pour s’assurer des revenus publicitaires.

[68] Deuxièmement, qui est en concurrence? La présente affaire porte sur une concurrence dans « la prestation de services de courtage immobilier résidentiel fondés sur le SIA dans la RGT » (MT, au paragraphe 161). Afin d’offrir des services faisant appel au système MLS, un courtier doit être membre du TREB. Par conséquent, il s’agit en réalité d’une concurrence entre des segments de membres du TREB.

[69] Une terminologie vague rend parfois difficile la distinction entre les membres du TREB qui se font concurrence. Le Tribunal utilise les termes « maisons de courtage dotées de BV fournissant des renseignements complets » ou « maisons de courtage dotées d’un BV fournissant des renseignements complets » et les oppose à « maison de courtage traditionnelle ». Le commissaire utilise les termes « véritables BVI » et « courtiers innovants » par opposition à « BVI ». M. Vistnes, l’expert du commissaire, utilise pour sa part les termes « courtiers innovants utilisant des BVI » ou « courtiers utilisant des BVI » par opposition aux « courtiers traditionnels ».

[70] Toutefois, pour les besoins de l’analyse juridique requise par l’alinéa 79(1)c), la concurrence actuelle entre deux groupes, quels qu’ils soient, n’est en soi pas importante. C’est plutôt la concurrence générale dans le marché défini entre tous les participants à l’heure actuelle (avec les restrictions liées aux BVI), par rapport au monde hypothétique (dépourvu des restrictions liées aux BVI), qui nous intéresse.

**(e) Substantiality**

[71] The final element requiring elaboration is substantiality: the difference between the present and “but for” worlds must be substantial (*Canada Pipe*, at paragraph 36). In its reasons, the Tribunal addressed substantiality in a separate section of its reasons (TR, at paragraphs 640–704).

**(i) Overview of the Evidence on Paragraph 79(1)(c)**

[72] There were eight expert reports in evidence before the Tribunal, four from the initial hearing in 2012 and four from the redetermination hearing in 2015.

[73] Generally, the Tribunal found the evidence of the Commissioner’s expert Dr. Vistnes to be credible and persuasive. However, on the particular issue of 79(1)(c) the Tribunal found that his evidence had missed the mark, saying that “Dr. Vistnes did not have a good understanding of the legal test for what constitutes a ‘substantial’ prevention or lessening of competition, as contemplated by paragraph 79(1)(c) of the Act. For this reason, the Tribunal refrained from accepting Dr. Vistnes’ evidence on that particular issue” (TR, at paragraph 108).

[74] The Tribunal found Dr. Church, called by TREB, “to be less forthright, objective and helpful than Dr. Vistnes or Dr. Flyer.” The Tribunal also found Dr. Church “to be evasive at several points during his cross-examination and to have made unsupported, speculative assertions at various points in his testimony and in his written expert reports” (TR, at paragraph 109). Dr. Church’s evidence on the issue of whether the prevention of competition was “substantial” is neither referred to nor mentioned in the Tribunal’s reasons.

[75] The Tribunal found Dr. Flyer, called by CREA, to be generally objective and forthcoming. However, it also found that “his testimony often remained general and high-level, and that he did not immerse himself in

**e) Volet relatif à un effet sensible**

[71] Le dernier élément nécessitant une analyse est celui de l’effet sensible : l’écart entre le monde actuel et le monde hypothétique (« n’eût été » les restrictions) doit être sensible (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 36). Le Tribunal a abordé ce volet dans une section distincte de ses motifs (MT, aux paragraphes 640–704).

**i) Aperçu de la preuve établissant l’élément énoncé à l’alinéa 79(1)(c)**

[72] Le Tribunal disposait de huit rapports d’expert; quatre de ceux-ci dataient de l’audience initiale en 2012 et les quatre autres avaient été présentés dans le cadre du réexamen en 2015.

[73] De manière générale, le Tribunal a trouvé la preuve de l’expert du commissaire, M. Vistnes, crédible et convaincante. Toutefois, il a jugé cette preuve insuffisante en ce qui concerne l’alinéa 79(1)(c), déclarant que « M. Vistnes ne comprenait pas bien le critère juridique applicable pour savoir en quoi consiste un empêchement ou une diminution “sensible” de la concurrence, comme le prévoit l’alinéa 79(1)(c) de la Loi. Pour cette raison, le Tribunal s’est abstenu d’accepter le témoignage de M. Vistnes sur cette question précise » (MT, au paragraphe 108).

[74] Le Tribunal a jugé le témoignage de M. Church, invité par le TREB « moins franc, objectif et coopératif que M. Vistnes ou M. Flyer ». Selon le Tribunal, M. Church « était évasif à plusieurs moments durant son contre-interrogatoire et a fait des déclarations non étayées et hypothétiques à plusieurs moments durant son témoignage et dans ses rapports d’expert écrits » (MT, au paragraphe 109). Sa preuve sur la question de savoir si on avait empêché « sensiblement » la concurrence n’est ni citée ni mentionnée dans les motifs du Tribunal.

[75] Le Tribunal a dit de M. Flyer, le témoin de l’ACI, qu’il était généralement objectif et direct. Toutefois, il a aussi jugé que « son témoignage demeurerait souvent général et abstrait, qu’il n’est pas entré dans les détails

the details of the Canadian real estate industry and in the specific evidence and matters at issue in this proceeding to the same degree as Dr. Vistnes and Dr. Church” (TR, at paragraph 110) (We note, parenthetically, that given the Tribunal’s view of Dr. Church’s evidence, the criticism of Dr. Flyer on the basis that his evidence was not as detailed as Dr. Church is somewhat incongruous.) Dr. Flyer focused on the economic impact of the requested remedy on CREA, with considerable attention to the impact on CREA’s trademarks. In our view, his reports are of little help in analyzing paragraph 79(1)(c).

[76] In addition, there are a total of 23 witness statements from 15 witnesses. The names and the firms of the witnesses whose testimonies (and statements) are most relevant to the Tribunal’s determination of substantial prevention of competition are the following:

- William McMullin, Chief Executive Officer of ViewPoint Realty Services Inc. (Viewpoint)
- Shayan Hamidi and Tarik Gidamy, co-founders of TheRedPin.com Realty Inc. (TheRedPin)
- Joel Silver, Managing Director of Trilogy Growth, LP (Trilogy)
- Mark Enchin, Sales Representative of Realty Executives Plus Ltd. (Realty Executives)
- Scott Nagel, Chief Executive Officer of Redfin Corporation (Redfin)
- Sam Prochazka, Chief Executive Officer of Sam & Andy Inc. (Sam & Andy)
- Urmi Desai and John Pasalis, co-founders of Realosophy Realty Inc. (Realosophy)

[77] TREB and CREA do not challenge the admissibility of the statements and testimonies of the lay witnesses on which the Tribunal relies for the findings which form the basis of its conclusion that the

du secteur de l’immobilier au Canada et qu’il n’a pas abordé la preuve et les questions précises en cause en l’espèce au même degré que MM. Vistnes et Church » (MT, au paragraphe 110) (nous faisons remarquer, entre parenthèses, qu’étant donné le point de vue du Tribunal concernant la preuve de M. Church, la critique à l’égard de celle de M. Flyer — suivant laquelle elle n’était pas aussi détaillée que celle de M. Church — semble déplacée). M. Flyer a surtout abordé l’effet économique de la réparation demandée sur l’ACI, et tout particulièrement sur ses marques de commerce. Nous sommes d’avis que ses rapports ont peu d’utilité dans l’analyse qu’appelle l’alinéa 79(1)c).

[76] Le dossier comporte en outre 23 déclarations par 15 témoins. Suivent les noms et les sociétés des témoins dont les dépositions (et déclarations) considérées comme les plus pertinentes par le Tribunal pour décider si les agissements ont empêché sensiblement la concurrence :

- William McMullin, directeur général, ViewPoint Realty Services Inc. (Viewpoint)
- Shayan Hamidi et Tarik Gidamy, cofondateurs, TheRedPin.com Realty Inc. (TheRedPin)
- Joel Silver, directeur général, Trilogy Growth, LP (Trilogy)
- Mark Enchin, représentant des ventes, Realty Executives Plus Ltd. (Realty Executives)
- Scott Nagel, directeur général, Redfin Corporation (Redfin)
- Sam Prochazka, directeur général, Sam & Andy Inc. (Sam & Andy)
- Urmi Desai et John Pasalis, cofondateurs, Realosophy Realty Inc. (Realosophy)

[77] Le TREB et l’ACI ne contestent pas la recevabilité des déclarations et des dépositions des témoins profanes sur la foi desquels le Tribunal a fait les constatations qui sous-tendent sa conclusion selon laquelle les

anti-competitive effects resulting from the VOW restrictions lead, or are likely to lead, to a substantial prevention of competition in the GTA. Nevertheless, we believe that some guidance with respect to the evidence of lay witnesses in the context of a case like the one now before us might be useful.

[78] Generally, the evidence of lay witnesses is limited to facts of which they are aware (David Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7th ed. (Toronto: Irwin Law, 2015) at page 195; Ron Delisle *et al.*, *Evidence: Principles and Problems*, 11th ed. (Toronto: Thompson Reuters, 2015), at page 874). This principle is reflected in subrules 68(2) and 69(2) of the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, which are identical, and read “[u]nless the parties otherwise agree, the witness statements shall include only fact evidence that could be given orally by the witness together with admissible documents as attachments or references to those documents.”

[79] However, opinion evidence from lay witnesses is acceptable in limited circumstances: where the witness is in a better position than the trier of fact to form the conclusions; the conclusions are ones that a person of ordinary experience can make; the witnesses have the experiential capacity to make the conclusions; or where giving opinions is a convenient mode of stating facts too subtle or complicated to be narrated as facts (*Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819, at pages 836–839, 144 D.L.R. (3d) 267; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.), at paragraph 17, quoting with approval Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman & Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014), at page 12.14. See also Paciocco and Stuesser, above, at pages 197–198 and Delisle *et al.*, above, at pages 874–876).

[80] The question of opinion evidence given by lay witnesses was recently addressed by this Court in *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161,

effets anti-concurrentiels découlant des restrictions liées aux BVI empêchent ou risquent d’empêcher sensiblement de la concurrence dans la RGT. Néanmoins, nous croyons qu’il pourrait être utile de fournir certaines indications concernant la preuve présentée par les témoins profanes dans le contexte d’un dossier comme celui dont nous avons été saisis.

[78] De façon générale, la preuve des témoins profanes se limite aux faits dont ils ont connaissance (David Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence*, 7<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2015), à la page 195; Ron Delisle *et al.*, *Evidence : Principles and Problems*, 11<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thompson Reuters, 2015), à la page 874). Ce principe est énoncé dans les *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141), aux paragraphes 68(2) et 69(2). Ces dispositions identiques sont ainsi rédigées « [s]auf entente contraire entre les parties, la déclaration d’un témoin se limite aux faits dont il pourrait témoigner oralement ainsi qu’aux documents admissibles comme pièces jointes ou aux renvois à ceux-ci ».

[79] Or, les témoignages d’opinion des témoins profanes sont acceptables dans des circonstances limitées : lorsque le témoin est mieux placé que le juge des faits pour former les conclusions; que les conclusions sont celles qu’une personne possédant une expérience ordinaire peut tirer; que les témoins ont l’expérience leur permettant de tirer les conclusions ou que donner des opinions est une méthode pratique pour déclarer des faits trop fugaces ou compliqués pour être énoncés autrement (*Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, aux pages 836–839; *Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.* (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.), au paragraphe 17, citant avec approbation Alan W. Bryant, Sidney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont : LexisNexis Canada, 2014), à la page 12.14. Voir aussi Paciocco et Stuesser, précité, aux pages 197–198 et Delisle *et al.*, précité, aux pages 874–876).

[80] La question des témoignages d’opinion faits par des témoins profanes a récemment été abordée par la Cour dans l’affaire *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada*

400 D.L.R. (4th) 723, where Stratas J.A., writing for this Court, upheld the Federal Court’s acceptance of a corporate executive’s testimony about what his pharmaceutical company would have done in the “but for” world in circumstances where the witness had actual knowledge of the company’s relevant, real world, operations (at paragraphs 105–108, 112 and 121).

[81] Nevertheless, we think it is clear that lay witnesses cannot testify on matters beyond *their own conduct* and that of *their businesses* in the “but for” world. Lay witnesses are not in a better position than the trier of fact to form conclusions about the greater economic consequences of the “but for” world, nor do they have the experiential competence. While questions pertaining to how their particular business might have responded to the hypothetical world are permissible provided the requisite evidentiary foundation is established, any witness testimony regarding the impact of the VOW restrictions on competition generally strays into the realm of inappropriate opinion evidence.

#### (ii) Substantiality Analysis

[82] Before addressing this important issue, it will be helpful to consider what the Supreme Court and this Court have said in regard to the expression “the effect of preventing or lessening competition substantially” found in paragraph 79(1)(c) of the *Competition Act* and the test relevant to a determination of substantial lessening or prevention of competition.

[83] First, in *Tervita SCC*, albeit in the context of the merger provisions of the *Competition Act*, the Supreme Court made the following comments at paragraphs 44 to 46 of its reasons:

Generally, a merger will only be found to meet the “lessen or prevent substantially” standard where it [here, the “it” means the practice at issue] is “likely to create, maintain or enhance the ability of the merged entity to exercise market power, unilaterally or in coordination with other firms” . . . . Market power is the ability to “profitably influence price, quality, variety, service, advertising, innovation or other dimensions of competition” . . . .

*Limited*, 2016 CAF 161. Sous la plume du juge Stratas, la Cour confirme la décision de la Cour fédérale, qui a retenu le témoignage du dirigeant d’une société pharmaceutique sur les actes potentiels de celle-ci dans un monde hypothétique, dans la situation où le témoin avait connaissance des opérations pertinentes, dans le monde réel, de la société (aux paragraphes 105–108, 112 et 121).

[81] Néanmoins, il va de soi selon nous que des témoins profanes ne peuvent pas témoigner sur des questions allant au-delà de *leur propre conduite* et de celle de *leur entreprise* dans le monde hypothétique. Les témoins profanes ne sont pas mieux placés que le juge des faits pour tirer des conclusions au sujet des conséquences économiques globales n’eût été la pratique en question; ils ne possèdent pas non plus l’expérience pour le faire. Bien que les questions portant sur la façon dont leur entreprise aurait pu réagir dans un monde hypothétique soient permises, à condition que la valeur probante nécessaire soit établie, tout témoignage qui concerne l’effet des restrictions liées aux BVI sur la concurrence de façon générale constitue un témoignage d’opinion irrecevable.

#### ii) Analyse de l’effet sensible

[82] Avant d’aborder cette question importante, il est utile d’examiner ce qu’ont dit la Cour suprême et notre Cour au sujet de l’expression l’« effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence » figurant à l’alinéa 79(1)(c) de la *Loi sur la concurrence* et du critère pertinent à cet égard.

[83] Premièrement, dans l’arrêt *Tervita CSC* — à propos des dispositions sur le fusionnement de la *Loi sur la concurrence* — la Cour suprême formule les commentaires suivants aux paragraphes 44 à 46 de ses motifs :

De manière générale, il ne sera satisfait à la norme de l’empêchement ou de la diminution sensible que si un fusionnement [en l’occurrence, substituer à « fusionnement » la pratique en question] a vraisemblablement pour effet de [TRADUCTION] « créer, de maintenir ou d’accroître la capacité de l’entité fusionnée d’exercer une puissance commerciale, unilatéralement ou de concert avec d’autres entreprises » [.] La puissance commerciale s’entend de

Or, in other words, market power is “the ability to maintain prices above the competitive level for a considerable period of time without such action being unprofitable” ...; where “price” is “generally used as shorthand for all aspects of a firm’s actions that have an impact on buyers .... If a merger does not have or likely have market power effects, s. 92 will not generally be engaged ....

The merger’s likely effect on market power is what determines whether its effect on competition is likely to be “substantial”. Two key components in assessing substantiality under the “lessening” branch are the degree and duration of the exercise of market power (*Hillsdown*, at pp. 328-29). There is no reason why degree and duration should not also be considered under the “prevention” branch.

What constitutes “substantial” will vary from case to case. The Tribunal has not found it useful to apply rigid numerical criteria:

What will constitute a likely “substantial” lessening will depend on the circumstances of each case... Various tests have been proposed: a likely 5% price rise sustainable for one year; a 5% price rise sustainable over two years; a small but significant and non-transitory price rise. The Tribunal does not find it useful to apply rigid numerical criteria although these may be useful for enforcement purposes.

(*Hillsdown*, at pp. 328-329)

[Emphasis added; references omitted.]

[84] Then, at paragraphs 50 to 51 of *Tervita SCC*, the Supreme Court indicated that the words of paragraph 79(1)(c) of the *Competition Act* and those of subsection 92(1) were similar and thus conveyed the same idea:

*Canada Pipe* was a case involving abuse of dominance under s. 79(1)(c) of the Act. The words of s. 79(1)(c) — “is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a

la capacité « d’exercer avec profit une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l’innovation et les autres dimensions de la concurrence » [...] Autrement dit, elle s’entend de « la capacité de maintenir des prix plus élevés que le niveau concurrentiel pendant une longue période, sans que cette pratique soit non rentable » [...], où « prix » est [TRADUCTION] « généralement le terme qui regroupe tous les aspects des activités d’une entreprise qui ont une incidence sur les acheteurs » [...]. Le fusionnement qui n’a aucun effet ou n’aura vraisemblablement aucun effet sur la puissance commerciale ne met généralement pas en jeu l’art. 92 [...]

L’effet vraisemblable du fusionnement sur la puissance commerciale permet de déterminer si ce dernier aura vraisemblablement un effet « sensible » sur la concurrence. Le degré et la durée de l’exercice de la puissance commerciale sont des éléments clés dans l’analyse permettant de déterminer si le fusionnement aura pour effet de diminuer sensiblement la concurrence (*Hillsdown*, p. 78). Rien n’interdit que ces éléments soient également pris en considération pour déterminer s’il y aura empêchement.

Ce que l’on peut qualifier de « sensible » variera d’une affaire à l’autre. Le Tribunal n’a pas jugé utile d’appliquer un critère numérique strict :

Ce qui constituera vraisemblablement une diminution « sensible » dépendra des circonstances dans chaque cas. [...] On a proposé plusieurs critères : hausse de prix vraisemblable de 5 % pouvant être maintenue pendant un an; hausse de prix de 5 % pouvant être maintenue pendant plus de deux ans; hausse de prix faible, mais notable, et non transitoire. Le Tribunal ne juge pas utile d’utiliser des critères numériques stricts, bien que ceux-ci puissent être utiles pour des fins d’application.

(*Hillsdown*, p. 78)

[Non souligné dans l’original; références omises.]

[84] Ensuite, aux paragraphes 50 et 51 de la même affaire, la Cour suprême indique que les termes de l’alinéa 79(1)c) de la *Loi sur la concurrence* et ceux du paragraphe 92(1) sont similaires et évoquent donc la même idée :

L’affaire *Tuyauteries Canada* portait sur un abus de position dominante au sens de l’al. 79(1)c) de la Loi. Les termes de l’al. 79(1)c) — « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de

market” — are very close to the words of s. 92(1) — “likely to prevent or lessen” — and convey the same ideas. In *Canada Pipe*, the Federal Court of Appeal employed a “but for” test to conduct the inquiry:

... the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is “substantial”...

The comparative interpretation described above is in my view equivalent to the “but for” test proposed by the appellant. [paras. 37-38]

A similar comparative analysis is conducted under s. 92(1). A merger review, by its nature, requires examining a counterfactual scenario: “... whether the merger will give the merged entity the ability to prevent or lessen competition substantially compared to the pre-merger benchmark or ‘but for’ world” (Facey and Brown, at p. 205). The “but for” test is the appropriate analytical framework under s. 92.

[85] Lastly, at paragraph 60 of its reasons in *Tervita SCC*, the Supreme Court made the following remarks regarding the “but for” test:

The concern under the “prevention” branch of s. 92 is that a firm with market power will use a merger to prevent competition that could otherwise arise in a contestable market. The analysis under this branch requires looking to the “but for” market condition to assess the competitive landscape that would likely exist if there was no merger. It is necessary to identify the potential competitor, assess whether but for the merger [here “but for” the anti-competitive practice] that potential competitor is likely to enter the market and determine whether its effect on the market would likely be substantial. [Emphasis added.]

[86] In *Canada Pipe*, at paragraphs 36 to 38 and 45 to 46, this Court, in addressing the test required to make a determination under paragraph 79(1)(c), observed that the test is relative in nature. Rather than assessing the absolute level of competition in the market the Tribunal

diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » — se rapprochent de très près de ceux du par. 92(1) — « empêche ou diminue [...] vraisemblablement » — et évoquent les mêmes idées. Dans cette affaire, la Cour d’appel fédérale a appliqué le critère de l’absence hypothétique :

... le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l’absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu’elle le soit tant soit peu...

Or, l’interprétation comparative que je viens de décrire est à mon sens équivalente au critère de l’« absence hypothétique » proposé par l’appelante. [par. 37-38].

Le paragraphe 92(1) appelle une analyse comparative similaire. De par sa nature, l’examen du fusionnement emporte l’examen d’un scénario conjectural : [TRADUCTION] « ... le fusionnement permettra-t-il à l’entité fusionnée d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence par rapport à l’état de fait antérieur au fusionnement et qui sert de repère » (Facey et Brown, p. 205). Le critère de l’absence hypothétique est le cadre analytique qu’il convient d’appliquer sous le régime de l’art. 92.

[85] En dernier lieu, au paragraphe 60 de ses motifs dans l’arrêt *Tervita CSC*, la Cour suprême formule les remarques suivantes concernant le critère de l’absence hypothétique :

Le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » vise à prévenir qu’une entreprise possédant une puissance commerciale procède à un fusionnement pour empêcher la concurrence susceptible par ailleurs de s’exercer dans un marché contestable. L’analyse qu’il commande envisage l’état du marché, n’eût été le fusionnement, pour apprécier le paysage concurrentiel qui existerait vraisemblablement si le fusionnement n’avait pas eu lieu. Elle détermine le concurrent éventuel, la probabilité qu’il entre dans le marché en l’absence du fusionnement [en l’occurrence, en l’absence de la pratique anti-concurrentielle] et la probabilité qu’il y ait un effet sensible. [Non souligné dans l’original.]

[86] Dans l’affaire *Tuyauteries Canada*, aux paragraphes 36 à 38 et 45 à 46, la Cour fait remarquer que le critère qu’il faut appliquer au regard de l’alinéa 79(1)(c) est relatif. Plutôt que d’évaluer le niveau absolu de concurrence dans le marché, le Tribunal

must assess the level of competition in the presence of the impugned practice and compare this with the level of competition that would exist in the absence of the practice. This difference can occur in the past, present or future and the test will be made out where the difference is substantial. This Court noted that it is the role of the Tribunal to adapt this assessment to the case before it.

[87] At paragraph 46 of *Canada Pipe*, this Court explicitly indicated that it was not dictating the type of evidence required, rather it wrote: “Ultimately, the Commissioner bears the burden of proof for each requisite element, and the Tribunal must be convinced on the balance of probabilities. The evidence required to meet this burden can only be determined by the Tribunal on a case-by-case basis.”

[88] It is clear from *Canada Pipe* that what will constitute a “substantial” lessening or prevention of competition depends on the facts of the case and that the Tribunal is not bound to apply a particular test in determining the issue. However, it is clear that in order for the Tribunal to find that a substantial lessening of competition has been established, it must be able, on the evidence before it, to conclude that were it not for the anti-competitive effects of the practice at issue, the market at issue would be substantially more competitive. In other words, in the present matter, would there be a substantial incremental benefit to competition arising from the availability of the disputed data in TREB’s VOW data feed?

[89] In the present matter the Tribunal turned its mind to both the meaning of “substantiality” and the appropriate test to be applied. The Tribunal noted, at paragraph 461 of its reasons, that substantiality is an assessment of the exercise of market power. Market power, as the Tribunal defines it in paragraph 165 of its reasons, is the ability to control either prices or non-price dimensions of competition for a significant time. Non-price dimensions of competition include innovation and quality of service, among others.

[90] At paragraph 480 of its reasons, the Tribunal acknowledges that the test for substantiality is relative in

doit évaluer le niveau de concurrence en tenant compte de la pratique contestée et le comparer à celui qui existerait n’eût été cette pratique. L’écart entre les deux peut être passé, présent ou futur, et il est satisfait au critère dès lors que cet écart est sensible. Selon notre Cour, il incombe au Tribunal d’adapter cette évaluation à l’affaire dont il a été saisi.

[87] La Cour souligne au paragraphe 46 de l’arrêt *Tuyauteries Canada* qu’elle ne dicte pas le genre de preuve à produire, précisant ainsi : « [e]n dernière analyse, c’est au commissaire qu’incombe la charge de la preuve de la réalisation de chaque condition prévue par la Loi, et il doit convaincre le Tribunal suivant la prépondérance de la preuve. La nature des éléments de preuve nécessaires pour s’acquitter de cette charge ne peut être établie que par le Tribunal, au cas par cas ».

[88] Il ressort clairement de l’affaire *Tuyauteries Canada* que ce qu’il faut entendre par diminuer ou empêcher « sensiblement » la concurrence dépend des faits et que le Tribunal n’est pas tenu d’appliquer un critère particulier pour trancher la question. Toutefois, il va de soi que, pour conclure qu’un acte a diminué sensiblement la concurrence, le Tribunal doit être en mesure, au vu de la preuve qui lui a été présentée, de conclure que, n’eût été les effets anti-concurrentiels de la pratique en question, le marché serait sensiblement plus concurrentiel. Autrement dit, en l’espèce, la transmission directe par le TREB des données en litige par voie électronique aux BVI aurait-elle un effet bénéfique supplémentaire sensible sur la concurrence?

[89] Dans la présente espèce, le Tribunal a examiné ce qu’il faut entendre par « sensiblement » et le critère applicable. Le Tribunal a fait remarquer, au paragraphe 461 de ses motifs, que l’analyse de l’effet sensible consiste à évaluer la puissance commerciale. La puissance commerciale, comme le définit le Tribunal au paragraphe 165 de ses motifs, est la capacité de contrôler les prix ou d’autres aspects de la concurrence pendant une longue période, notamment l’innovation et la qualité des services.

[90] Au paragraphe 480 de ses motifs, le Tribunal reconnaît que le critère relatif à l’effet sensible est de

nature. That is, the Tribunal is to compare the level of competition that exists in the actual world with the level of competition that would exist, but for, the impugned practices. The test then, is to assess whether the difference between these two worlds is substantial. The Tribunal indicates that this test will be met where either price is materially higher, or one or more non-price dimension are materially lower than in the absence of the practices.

[91] In making this assessment the Tribunal will have regard to the overall economic conditions of the relevant market. As explained in paragraph 468 of its reasons, this means that the duration of the impact will be considered along with the relative size of impact to determine whether the impact is substantial.

[92] In our view, the Tribunal correctly understood the significance of the word “substantially” and the test which it had to apply in determining whether or not, on the facts of this case, TREB’s practice regarding the disputed data was a practice which had the effect of preventing competition substantially in the GTA.

[93] With these comments in mind, we now turn to TREB’s and CREA’s submissions as to why we should intervene. Their principal submission on substantiality is that it was improper for the Tribunal to determine whether the anti-competitive effects led to a substantial prevention of competition on the basis of qualitative evidence only. In their view, this led the Tribunal to determine the issue on “speculative opinion evidence unsupported by available empirical evidence” (TREB’s memorandum of fact and law, at paragraph 14).

[94] In making this submission, TREB and CREA put forward two arguments. The first is that in *Tervita SCC*, the Supreme Court held that the Commissioner had an obligation to quantify any quantifiable anti-competitive effect and that failure to do so would prevent him from relying on qualitative evidence in respect of effects which could have been quantified. Thus, in the view of TREB and CREA, anti-competitive effects can be considered qualitatively by the Tribunal only if they cannot be quantitatively estimated.

nature relative. Ainsi, le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence réel avec le niveau de concurrence qui existerait, n’eût été la pratique contestée. Il s’agit donc d’évaluer si l’écart entre ces deux mondes est sensible. Le Tribunal indique qu’il est satisfait au critère si le prix est substantiellement supérieur ou si un ou plus d’un autre aspect de la concurrence sont substantiellement inférieurs qu’en l’absence des pratiques.

[91] Dans cette évaluation, le Tribunal tient compte des conditions économiques globales du marché pertinent. Comme il l’explique au paragraphe 468 de ses motifs, pour décider si l’effet est sensible, il faut tenir compte de sa durée ainsi que de son importance relative.

[92] Nous sommes d’avis que le Tribunal a bien compris l’importance du terme « sensiblement » et le critère qu’il devait appliquer pour décider si, compte tenu des faits, la pratique du TREB concernant les données en litige avait bel et bien pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence dans la RGT.

[93] À la lumière de ce qui précède, nous abordons les raisons qu’avancent le TREB et l’ACI pour nous exhorter à intervenir. Ils prétendent principalement, relativement à l’effet sensible, que le Tribunal a eu tort d’évaluer si les effets anti-concurrentiels avaient empêché sensiblement la concurrence en se fondant uniquement sur des éléments de preuve qualitatifs. Selon eux, le Tribunal a tranché la question sur la foi de [TRADUCTION] « témoignages d’opinion spéculatifs non étayés par des éléments de preuve empiriques disponibles » (mémoire des faits et du droit de TREB, au paragraphe 14).

[94] Le TREB et l’ACI ont avancé deux arguments à cet égard. Premièrement, dans l’arrêt *Tervita CSC*, la Cour suprême conclut que le commissaire avait l’obligation de quantifier les effets anti-concurrentiels quantifiables, à défaut de quoi il ne pourrait pas s’appuyer sur des éléments de preuve qualitatifs concernant des effets qui auraient pu être quantifiés. Par conséquent, selon le TREB et l’ACI, les effets anti-concurrentiels peuvent être pris en compte sur le plan qualitatif par le Tribunal uniquement si ces effets ne peuvent pas être estimés sur le plan quantitatif.

[95] TREB and CREA further say that the Tribunal erred in concluding (TR, at paragraphs 469–470) that the aforementioned principle, enunciated by the Supreme Court in *Tervita SCC* at paragraph 124 of its reasons, did not apply to a determination made under section 92 of the *Competition Act* or under subsection 79(1) thereof. In other words, they submit that the Tribunal erred in finding that the Supreme Court’s holding in *Tervita SCC*, on which TREB and CREA rely, was limited to determinations under subsection 96(1).

[96] More particularly, TREB and CREA say that the rationale underlying the Supreme Court’s statement of principle in *Tervita SCC* not only applies to determinations under subsection 96(1), but also to determinations arising under both section 92 and subsection 79(1). In support of this view, they rely on that part of paragraph 124 of *Tervita SCC* which we have underlined herein below.

The Commissioner argues that quantification is not a legal prerequisite to considering anti-competitive effects (R.F., paras. 84 and 88). On the contrary, the Commissioner’s legal burden is to quantify the quantifiable anti-competitive effects upon which reliance is placed. Where effects are measurable, they must be estimated. Effects will only be considered qualitatively if they cannot be quantitatively estimated. A failure to quantify quantifiable effects will not result in such effects being considered qualitatively (*Superior Propane IV*, at para. 35). This approach minimizes the degree of subjective judgment necessary in the analysis and enables the Tribunal to make the most objective assessment possible in the circumstances (*Superior Propane IV*, at para. 38). An approach that would permit the Commissioner to meet her burden without at least establishing estimates of the quantifiable anti-competitive effects fails to provide the merging parties with the information they need to know the case they have to meet. [Emphasis added.]

[97] TREB’s and CREA’s second argument is that the Tribunal should have drawn an adverse inference against the Commissioner by reason of his failure to adduce empirical evidence concerning competition on price and dynamic competition in markets (United States and

[95] Le TREB et l’ACI affirment en outre que le Tribunal a commis une erreur en concluant (MT, aux paragraphes 469–470) que le principe mentionné plus haut, énoncé par la Cour suprême dans l’arrêt *Tervita CSC*, au paragraphe 124, ne s’appliquait pas à une décision prise en vertu de l’article 92 ou du paragraphe 79(1) de la *Loi sur la concurrence*. Autrement dit, ils font valoir que le Tribunal a conclu à tort que l’enseignement tiré de l’arrêt *Tervita CSC*, qu’invoquent le TREB et l’ACI, ne s’appliquait qu’aux instances faisant intervenir le paragraphe 96(1).

[96] Plus précisément, le TREB et l’ACI affirment que le raisonnement sous-tendant la déclaration de principe de la Cour suprême dans l’arrêt *Tervita CSC* s’applique non seulement aux instances faisant intervenir le paragraphe 96(1), mais également à celles faisant jouer l’article 92 et le paragraphe 79(1). Au soutien de cette thèse, ils invoquent la partie du paragraphe 124 des motifs dans l’arrêt *Tervita CSC* que nous soulignons ci-après.

La commissaire fait valoir que la quantification n’est pas une condition préalable en droit à l’examen des effets anticoncurrentiels (m.i., par. 84 et 88). Au contraire, elle est tenue en droit de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables qui serviront de fondement à la décision. Dans les cas où les effets peuvent être mesurés, ils doivent être estimés. Seuls les effets ne pouvant être estimés sur le plan quantitatif seront pris en considération sur le plan qualitatif. L’absence de mesure des effets quantifiables ne saurait se traduire par l’attribution d’une valeur qualitative (*Supérieur Propane IV*, par. 35). Cette méthode réduit au minimum le jugement subjectif nécessaire dans l’analyse et permet au Tribunal d’effectuer l’évaluation la plus objective possible dans les circonstances (*Supérieur Propane IV*, par. 38). Une approche selon laquelle la commissaire pourrait s’acquitter de son obligation sans avoir donné au moins une estimation des effets anticoncurrentiels quantifiables ne permettrait pas aux parties au fusionnement de connaître la preuve qui leur est opposée. [Non souligné dans l’original.]

[97] Deuxièmement, le TREB et l’ACI prétendent que le Tribunal aurait dû tirer une conclusion défavorable à l’endroit du commissaire, car ce dernier n’a présenté aucun élément de preuve empirique à l’égard de la concurrence sur les prix et la concurrence dynamique

Nova Scotia) where full information VOWs exist and in respect of which it was possible to measure the actual effects on competition. They say that the Commissioner deliberately decided not to perform a quantitative analysis of competition effects in these markets. More particularly, TREB and CREA argue that the Tribunal should have drawn the only inference possible resulting from the Commissioner's failure to adduce quantitative evidence, "namely that there was no substantial prevention or lessening of competition, dynamic or otherwise, that could be demonstrated on a balance of probabilities" (TREB's memorandum of fact and law, at paragraph 77).

[98] TREB and CREA then address the reasons given by the Tribunal for not drawing an adverse inference against the Commissioner, namely that the Commissioner had to be prudent with regard to the spending of the funds under his authority and because of Dr. Vistnes' advice to the Commissioner that a study of the United States' experience would constitute a difficult and expensive endeavour that would likely not yield useful answers. (TREB and CREA say that Dr. Vistnes' testimony on this point constitutes an off the cuff response to a question posed by the Tribunal during the hearing.) TREB and CREA say that the reasons given by the Tribunal for refusing to draw the adverse inference are improper and cannot be right.

[99] In our respectful view, TREB's and CREA's submissions cannot succeed. First in *Tervita SCC*, the Supreme Court did not, contrary to TREB's and CREA's assertion, make any pronouncement pertaining to section 92 of the *Competition Act* regarding the necessity of quantifying effects which could be quantified. To the contrary, at paragraph 166 of its reasons in *Tervita SCC*, the Supreme Court indicated that there was no obligation on the part of the Commissioner to quantify anti-competitive effects under section 92:

It may seem paradoxical to hold that the Tribunal was correct in finding a likely substantial prevention of competition, only to then conduct the s. 96 balancing test and find zero anti-competitive effects. However, this result merely appears paradoxical in view of the particular facts of this case. Here, as discussed above, the Tribunal was able to consider evidence as to the effect on the

dans les marchés (États-Unis et Nouvelle-Écosse) où il existe des BVI à information complète où il était possible de mesurer leur effet réel sur la concurrence. Ils affirment que le commissaire a délibérément décidé de passer outre à l'analyse quantitative de l'effet sur la concurrence dans ces marchés. Plus particulièrement, le TREB et l'ACI soutiennent que le Tribunal aurait dû tirer la seule conclusion possible dans les circonstances, [TRADUCTION] « à savoir qu'il n'était pas possible de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'on avait diminué ou empêché sensiblement la concurrence, dynamique ou autre » (mémoire des faits et du droit de TREB, au paragraphe 77).

[98] Le TREB et l'ACI abordent également les raisons pour lesquelles le Tribunal n'a pas tiré de conclusion défavorable à l'endroit du commissaire, à savoir que ce dernier devait faire preuve de prudence dans la gestion des deniers publics dont il est responsable et que, selon M. Vistnes, une étude de la situation aux États-Unis serait difficile, coûteuse et d'une utilité limitée. (Le TREB et l'ACI affirment que le témoignage de M. Vistnes sur ce point constitue une réponse irréfléchie à une question du Tribunal à l'audience.) Le TREB et l'ACI prétendent que les raisons citées par le Tribunal pour expliquer son refus de tirer une conclusion défavorable sont inacceptables et erronées.

[99] À notre humble avis, les observations du TREB et de l'ACI ne sauraient être retenues. Premièrement, dans l'arrêt *Tervita CSC*, la Cour suprême ne s'est pas prononcée, contrairement à ce qu'ils affirment, sur la nécessité de quantifier les effets pouvant l'être, pour l'application de l'article 92 de la *Loi sur la concurrence*. Au contraire, au paragraphe 166 de ses motifs, la Cour suprême indique que le commissaire n'est pas tenu dans ce cas de quantifier les effets anti-concurrentiels :

Il peut paraître paradoxal de conclure que la décision du Tribunal, selon laquelle il y aurait vraisemblablement un empêchement sensible de la concurrence, était correcte pour ensuite déterminer, à l'issue de la pondération qu'exige l'art. 96, qu'il n'y avait aucun effet anti-concurrentiel. Or ce résultat ne semble paradoxal qu'en raison des faits propres à la présente affaire. Comme nous

market of the emergence of likely competitors, whether acceptable substitutes existed, and so on. Section 93 expressly permits the consideration of these factors in and of themselves. Ordinarily, the Commissioner would also use the evidence bearing on those factors to quantify the net effect of those factors on the economy in the form of deadweight loss. However, the statutory scheme does not bar a finding of likely substantial prevention where there has been a failure to quantify deadweight loss, and thus the Commissioner's failure to do so in this case was not fatal to the s. 92 determination. By contrast, the balancing test under s. 96 does require that quantifiable anti-competitive effects be quantified in order to be considered. As such, the failure to quantify deadweight loss in this case barred consideration, under s. 96, of the quantifiable effects that supported a finding of likely substantial prevention under s. 92. In circumstances where quantifiable effects were in fact quantified, a finding of likely substantial prevention under s. 92 would be accompanied by the consideration of quantified anti-competitive effects under the s. 96 analysis. [Emphasis added.]

[100] Although we agree, as a matter of logic, that the Supreme Court's rationale in *Tervita SCC* for requiring that quantifiable effects be quantified could equally be applied to determinations made under both subsection 79(1) and section 92, there can be no doubt that the Supreme Court made it clear, at paragraph 166 cited above, that the principle did not apply to section 92. That being the case, we have no choice but to hold that the principle requiring quantification of quantifiable effects cannot be applied to subsection 79(1). Had it been open to us to decide the issue afresh, we would have held that the principle applied to determinations under subsection 79(1).

[101] Consequently, TREB and CREA cannot succeed on their assertion that the Commissioner, in seeking a determination under subsection 79(1), had a legal obligation to quantify all effects which could be quantified.

l'avons vu, le Tribunal a pu examiner une preuve portant sur l'effet sur le marché de l'arrivée de concurrents probables, l'existence de substituts acceptables, et ainsi de suite. L'article 93 permet expressément l'examen de ces facteurs. Ordinairement, la commissaire présenterait également la preuve portant sur ces facteurs pour quantifier leur effet net sur l'économie sous la forme d'une perte sèche. Cependant, le régime législatif ne fait pas obstacle à une conclusion qu'il y aura vraisemblablement un empêchement sensible de la concurrence dans les cas où la perte sèche n'a pas été quantifiée. Ainsi cette omission de la part de la commissaire dans la présente affaire n'a pas été fatale à la conclusion rendue en application de l'art. 92. En revanche, l'analyse de pondération visée à l'art. 96 exige bel et bien que les effets anticoncurrentiels quantifiables soient quantifiés pour être pris en considération. Pour cette raison, la non-quantification de la perte sèche en l'espèce a fait obstacle à la prise en compte, dans l'analyse qu'appelle l'art. 96, des effets quantifiables étayant la conclusion que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens où il faut entendre l'expression pour l'application de l'art. 92. Si les effets quantifiables avaient effectivement été quantifiés, après avoir conclu, à l'issue de l'analyse qu'exige l'art. 92, que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, on procéderait à l'examen des effets anticoncurrentiels quantifiés dans le cadre de l'analyse qu'appelle l'art. 96. [Non souligné dans l'original.]

[100] Bien que nous soyons d'accord, en toute logique, que le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Tervita CSC* sur l'obligation de quantifier les effets quantifiables pourrait également être appliqué aux décisions à rendre en application du paragraphe 79(1) et de l'article 92, il ne fait aucun doute qu'elle indique clairement, au paragraphe 166 cité plus haut, que le principe ne s'applique pas à l'article 92. Par conséquent, nous n'avons pas d'autres choix que de confirmer que l'exigence de quantification des effets quantifiables ne s'applique pas à l'instance faisant intervenir le paragraphe 79(1). S'il nous avait été loisible de trancher la question pour la première fois, nous aurions conclu que le principe s'applique aux décisions à rendre en application du paragraphe 79(1).

[101] Par conséquent, est mal fondée l'affirmation du TREB et de l'ACI selon laquelle le commissaire était tenu en droit de quantifier tous les effets pouvant l'être s'il demandait qu'une décision soit rendue en application

On the basis of *Tervita SCC*, the Commissioner did not have such an obligation.

[102] We now turn to the Tribunal's refusal to make the adverse inference against the Commissioner which TREB and CREA sought because the Commissioner had failed to provide an empirical assessment "of the incremental effect of sold and other Disputed Data in increasing a full-information VOW operator's ability to generate clients" (TR, at paragraph 653). This submission, in our respectful view, is also without merit.

[103] To begin, we agree with the Commissioner that TREB's and CREA's argument is tantamount to arguing that the Commissioner had a legal burden to adduce quantifiable evidence. As we have just indicated, no such obligation arises under subsection 79(1).

[104] Considering that the Commissioner had no such legal obligation, he, like any other plaintiff, had to decide what evidence he had to put forward to prove his case. As we know, he chose to do so by way of qualitative evidence and in so doing, he took the risk of failing to persuade the Tribunal that the anti-competitive effects of TREB's practice resulted in a substantial prevention of competition. As it turned out, the Tribunal was persuaded by the qualitative evidence adduced by the Commissioner.

[105] We have carefully considered the case law and cannot see any basis to accept TREB's and CREA's proposition that the Tribunal ought to have drawn an adverse inference against the Commissioner for failing to conduct an empirical assessment of markets in the United States and in Nova Scotia, or for that matter in the GTA. That, in our respectful view, would be akin to giving the Tribunal the power to dictate to the Commissioner how he should present his case. There is no authority for such a proposition.

[106] We agree with TREB and CREA in one respect. Had there been a valid basis to draw an adverse inference against the Commissioner, the reasons for refusing

du paragraphe 79(1). À en juger par l'arrêt *Tervita CSC*, le commissaire n'avait pas cette obligation.

[102] Passons au refus du Tribunal de tirer une conclusion défavorable à l'endroit du commissaire, comme le souhaitent le TREB et l'ACI puisque le commissaire n'avait pas présenté d'évaluation empirique de « l'effet cumulatif des données relatives aux propriétés vendues et des autres données en litige permet d'accroître la capacité des exploitants de BV fournissant des renseignements complets à obtenir des clients » (MT, au paragraphe 653). À notre humble avis, cet argument est aussi dénué de fondement.

[103] Pour commencer, nous sommes d'accord avec le commissaire pour dire que l'argument du TREB et de l'ACI équivaut à affirmer qu'il était tenu en droit de présenter des éléments de preuve quantifiables. Comme nous l'indiquons précédemment, aucune obligation de la sorte ne découle du paragraphe 79(1).

[104] Vu qu'une telle obligation n'incombait pas au commissaire, il lui revenait, comme à tout autre demandeur, de choisir les éléments de preuve à présenter pour prouver sa thèse. Comme nous le savons, il a opté pour des éléments de preuve qualitatifs et, ce faisant, il a pris le risque de ne pas arriver à convaincre le Tribunal que l'effet anti-concurrentiel de la pratique du TREB avait empêché sensiblement de la concurrence. Il se trouve que la preuve qualitative produite par le commissaire a convaincu le décideur.

[105] Nous avons fouillé la jurisprudence. Rien ne nous permet d'ajouter foi à l'affirmation du TREB et de l'ACI selon laquelle le Tribunal aurait dû tirer une conclusion défavorable à l'endroit du commissaire, car ce dernier n'avait pas effectué d'évaluation empirique des marchés aux États-Unis et en Nouvelle-Écosse ou, du reste, dans la RGT. À notre humble avis, une telle interprétation équivaldrait à donner au Tribunal le pouvoir d'imposer au commissaire la façon dont il devrait présenter sa thèse. Rien n'appuie cette interprétation.

[106] Nous sommes d'accord avec le TREB et l'ACI sur un point. S'il avait été possible, sur un fondement légitime, de tirer une conclusion défavorable à l'endroit

to draw the inference given by the Tribunal would clearly not have withstood scrutiny. The fact that the Commissioner has limited funds to spend may be a reality, but it is of no relevance to a determination of whether or not an adverse inference should be made. As to Dr. Vistnes' view with regard to the utility and cost of producing an empirical assessment, that, in our view, is also an irrelevant consideration. Whether the study would have been useful is a matter which the Tribunal would have had to appreciate and determine. It was clearly not up to Dr. Vistnes to make that determination. In any event, it is doubtful that Dr. Vistnes could provide that opinion to the Tribunal as it does not appear in his expert reports. However, as we are satisfied that there was no basis to draw the inference sought by TREB and CREA, the reasons given by the Tribunal, even though misguided, are of no consequence.

[107] Additionally, it should be remembered that in *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221, at paragraph 73, the Supreme Court made the following point: "Whether or not an adverse inference is warranted on particular facts is bound up inextricably with the adjudication of the facts" (see also *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 52). Thus, the Tribunal's refusal to draw an inference against the Commissioner is subject to the standard of reasonableness. We see no basis to conclude that the Tribunal's refusal to draw the inference is unreasonable.

[108] TREB and CREA make a further submission regarding the Tribunal's determination that the prevention of competition was substantial. They say that, in any event, it was an error for the Tribunal to rely on evidence which they characterize as speculative qualitative evidence. At paragraph 75 of its memorandum of fact and law, TREB defines quantitative evidence as "empirical evidence of the actual effect of certain impugned acts on competition in an existing real estate market" and defines qualitative evidence as "a reference essentially to opinion and anecdotal evidence of what might happen in the market if certain acts are permitted or not permitted".

du commissaire, les motifs du Tribunal justifiant son refus de tirer pareille conclusion n'auraient manifestement pas résisté à un examen. Soit, le commissaire dispose de fonds limités, mais cet élément n'est aucunement pertinent lorsqu'il s'agit de décider s'il est opportun de tirer une conclusion défavorable. À notre sens, l'avis de M. Vistnes concernant l'utilité et le coût de la réalisation d'une évaluation empirique n'est pas pertinent non plus. La question de savoir si l'évaluation aurait été utile est une question qu'il incombait au Tribunal d'examiner et de trancher. Il n'appartenait manifestement pas à M. Vistnes de tirer cette conclusion. En tout état de cause, il est douteux que M. Vistnes puisse donner cette opinion au Tribunal puisque celle-ci ne figure pas dans ses rapports d'expert. Toutefois, comme nous sommes convaincus que rien n'obligeait le Tribunal à tirer la conclusion demandée par le TREB et l'ACI, ses motifs, bien qu'erronés, n'ont aucune conséquence.

[107] En outre, il convient de rappeler que dans l'arrêt *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221, au paragraphe 73, la Cour suprême opine : « [l]a question de savoir si une conclusion défavorable est justifiée ou non par les faits particuliers est inextricablement liée à la détermination des faits » (voir aussi *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 52). Par conséquent, le refus du Tribunal de tirer une conclusion défavorable à l'endroit du commissaire est contrôlé selon la norme de la décision raisonnable. Rien ne nous permet de conclure que le refus du Tribunal de tirer la conclusion est déraisonnable.

[108] Le TREB et l'ACI soumettent un autre argument concernant la conclusion du Tribunal selon laquelle la pratique avait sensiblement empêché la concurrence. Ils affirment que, en tout état de cause, le Tribunal a commis une erreur en s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs selon eux spéculatifs. Au paragraphe 75 de son mémoire des faits et du droit, le TREB définit la preuve quantitative comme [TRADUCTION] « une preuve empirique des effets réels de certains agissements contestés sur la concurrence dans un marché immobilier existant » et définit la preuve qualitative comme [TRADUCTION] « une mention de la nature d'une opinion ou d'une preuve anecdotique de ce qui aurait

[109] More particularly (the argument which we now explain is one put forward mainly by CREA), they make four points. First, they say that the Tribunal erred in concluding, on the basis of statements made by brokers to the effect that they needed the disputed data in their VOWs so as to improve their offerings to the public and that their clients, i.e. buyers and sellers, valued the opportunity of accessing the disputed data on their VOWs, that the availability of the disputed data would result in a substantial incremental competition benefit.

[110] In TREB's and CREA's view, the Tribunal's conclusion on substantiality which results from its finding with respect to the anti-competitive effects of TREB's practice was tantamount to reading out the word "substantial" from the statutory provision. They say that, at best, the aforementioned witness statements constitute evidence of "an effect" on competition but clearly not of a substantial incremental competition benefit arising from the availability of the disputed data on the VOWs.

[111] Second, TREB and CREA say that it was an error on the part of the Tribunal to find, on the basis of the evidence of William McMullin, that Viewpoint was prevented from entering the GTA market because of the unavailability of the disputed data. They say that Mr. McMullin's evidence on this point, in light of the overall evidence, was not credible adding that, in any event, the Tribunal erred in finding that Viewpoint's entry into the GTA would have had a substantial competitive effect considering that Viewpoint was less competitive (if one considers Viewpoint's commission rates and lack of rebates) in terms of price than other brokerages such as Realosophy and TheRedPin.

[112] Third, TREB and CREA say that the Tribunal made a further error in finding that the Commissioner had met his burden of proof on the basis of qualitative benefits asserted by brokers when the evidence showed

pu se produire dans le marché si certains agissements étaient permis ou non ».

[109] Plus particulièrement (le présent argument est avancé principalement par l'ACI), ils formulent quatre arguments. Premièrement, ils affirment que le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'accès aux données en litige donnerait lieu à un avantage concurrentiel supplémentaire sensible. Sa conclusion était fondée sur des déclarations de courtiers selon lesquels ils devaient pouvoir afficher les données en litige dans leurs BVI afin d'améliorer leur offre de services au public et que leurs clients, c'est-à-dire les acquéreurs et les vendeurs, accordaient de l'importance à la possibilité d'accéder aux données en litige sur leurs BVI.

[110] Le TREB et l'ACI sont d'avis que la conclusion du Tribunal selon laquelle on avait empêché sensiblement la concurrence — qui découle de celle sur les effets anti-concurrentiels de la pratique du TREB — revenait à faire fi du terme « sensiblement » de la disposition législative. Selon eux, les déclarations des témoins susmentionnées — quant à l'accès aux données en litige sur les BVI — démontrent tout au plus « un effet » sur la concurrence, mais manifestement pas un avantage concurrentiel supplémentaire sensible.

[111] Deuxièmement, le TREB et l'ACI affirment que le Tribunal a commis une erreur en concluant, d'après la preuve de William McMullin, que la non-disponibilité des données en litige avait empêché Viewpoint d'entrer dans le marché de la RGT. Ils affirment que la preuve de M. McMullin sur ce point, à la lumière de l'ensemble de la preuve, n'était pas crédible. Ils ajoutent que, en tout état de cause, le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'entrée de Viewpoint dans le marché de la RGT aurait eu un effet concurrentiel sensible compte tenu du fait que Viewpoint était moins compétitive (vu les taux de commission qu'elle pratique et l'absence de rabais consentis) sur le plan des prix que d'autres mai- sons de courtage comme Realosophy et TheRedPin.

[112] Troisièmement, le TREB et l'ACI soutiennent que le Tribunal a également eu tort de conclure que le commissaire s'était acquitté de son fardeau de preuve sur la foi des déclarations de courtiers sur l'existence

that brokers operating in the GTA with VOWs fed by TREB's VOW data feed (i.e. without the disputed data) were equally or more competitive than brokers operating on a data feed that included some of the disputed data.

[113] Fourth, TREB and CREA say that the Tribunal also erred in finding that a substantial prevention of competition had been demonstrated by the Commissioner because there was a lack of evidence showing a link between the success of brokerages such as Redfin and Viewpoint and the availability of the disputed data in a VOW. In making this point, TREB and CREA argue that it was clear from the evidence that there was no causal relationship between being able to convert website users into clients and the availability of the disputed data on one's VOWs.

[114] TREB and CREA conclude on this point by saying that the evidence regarding conversion rates was extremely important because the purpose of designing attractive websites was to convert viewers into clients.

[115] TREB and CREA also point out that after finding that the evidence regarding conversion rates did not support the Commissioner's case, the Tribunal downplayed the importance of conversion rates on the basis of Dr. Vistnes' opinion that local differences in the markets under consideration probably explained why the conversion rates were low. TREB and CREA say that there was no evidence of these local differences before the Tribunal on which Dr. Vistnes could give the opinion that he gave. Dr. Vistnes' opinion, in their view, was entirely speculative.

[116] Finally, TREB and CREA conclude their arguments regarding conversion rates by saying that even though the Tribunal refused to give any weight to the evidence showing low conversion rates, it nonetheless found, at paragraph 676 of its reasons, that if the disputed data was made available on TREB's data feed,

d'avantages qualitatifs. Selon eux, la preuve démontrait au contraire que les courtiers exploitant des BVI alimentés par voie électronique par le TREB (c'est-à-dire sans les données en litige) étaient tout aussi concurrentiels, voire plus, que les courtiers ayant à leur disposition les données transmises électroniquement, incluant certaines des données en litige.

[113] Quatrièmement, le TREB et l'ACI affirment que le Tribunal a aussi commis une erreur en concluant que le commissaire avait démontré que la concurrence avait été empêchée sensiblement. À leur avis, rien ne démontrait de lien entre la réussite de maisons de courtage comme Redfin et Viewpoint et la disponibilité des données en litige dans un BVI. En formulant leur argument, le TREB et l'ACI font valoir qu'il ressort clairement de la preuve qu'il n'y avait aucun lien de causalité entre la possibilité de convertir les utilisateurs d'un site Web en clients et la disponibilité des données en litige sur le BVI d'un courtier.

[114] Le TREB et l'ACI concluent ce point en indiquant que la preuve concernant les taux de conversion était extrêmement importante puisque la raison pour laquelle on conçoit des sites Web attrayants est de convertir des visiteurs en clients.

[115] Le TREB et l'ACI font également remarquer qu'après avoir conclu que la preuve concernant les taux de conversion n'appuyait pas la thèse du commissaire, le Tribunal a minimisé l'importance des taux de conversion après avoir accepté l'opinion de M. Vistnes, qui était d'avis que les différences locales dans les marchés examinés expliquaient sans doute les faibles taux de conversion. Selon le TREB et l'ACI, aucune preuve concernant ces différences locales n'ayant été présentée au Tribunal, l'opinion de M. Vistnes n'était donc aucunement étayée. Elle était, de leur avis, entièrement conjecturale.

[116] En dernier lieu, le TREB et l'ACI concluent leurs arguments concernant les taux de conversion en affirmant que, même si le Tribunal a refusé de donner du poids à la preuve démontrant de faibles taux de conversion, il a néanmoins conclu, au paragraphe 676 de ses motifs, que si les données en litige avaient été

web based brokerages would likely be successful in converting “an increasing and significant number of website users into clients.”

[117] To place TREB’s and CREA’s arguments in perspective, it is important to point out that the Tribunal understood the difference in nature between quantitative and qualitative evidence and that it recognized that it was more difficult for the Commissioner to prove his case on the basis of mostly qualitative evidence. The Tribunal indicated that in a case like the one before it, which pertained mostly to dynamic competition, it was inevitable that the Commissioner would have to rely on qualitative evidence in the form of business documents, witness statements, and testimonies, adding, however, that it remained the Commissioner’s burden to prove his case on a balance of probabilities (TR, at paragraphs 469–471).

[118] On the basis of the qualitative evidence put forward by the Commissioner and in particular on the basis of the witness statements and testimonies of the persons referred to at paragraph 76 of these reasons, namely Messrs. McMullin, Hamidi, Gidamy, Silver, Enchin, Prochazka, Desai, and Pasalis, the Tribunal made findings of a number of anti-competitive effects caused by the VOW restrictions. In each case, the Tribunal found both that an anti-competitive effect existed and emphasized the relative significance of that effect as follows:

- The prevention of a considerably broader range of broker services in the GTA (TR, at paragraph 583)
- The prevention of an increase in the quality of these services in a significant way (TR, at paragraph 598)
- The prevention of the advent of considerably more innovation (TR, at paragraph 616)

transmises directement par voie électronique par le TREB, les maisons de courtage sur le Web auraient sans doute réussi à convertir « en clients un nombre de plus en plus important d’utilisateurs de leurs sites Web ».

[117] Pour mettre les arguments du TREB et de l’ACI en perspective, il importe de souligner que le Tribunal a compris la différence entre la preuve quantitative et la preuve qualitative sur le plan de la nature et qu’il a reconnu qu’il était plus difficile pour le commissaire de prouver sa thèse au moyen d’éléments surtout qualitatifs. Le Tribunal a indiqué que, dans une affaire comme celle dont il était saisi, qui portait principalement sur la concurrence dynamique, il était inévitable que le commissaire s’appuie sur des éléments de preuve qualitatifs sous la forme de documents commerciaux et de témoignages, ajoutant, toutefois, qu’il incombe tout de même au commissaire de prouver sa thèse selon la prépondérance des probabilités (MT, aux paragraphes 469–471).

[118] En s’appuyant sur la preuve qualitative avancée par le commissaire et en particulier sur les dépositions des témoins et les témoignages des personnes mentionnées au paragraphe 76 des présents motifs, à savoir MM. McMullin, Hamidi, Gidamy, Silver, Enchin, Prochazka, Desai et Pasalis, le Tribunal a tiré des conclusions sur plusieurs effets anti-concurrentiels causés par les restrictions liées aux BVI. Dans chacun des cas, le Tribunal a conclu à un effet anti-concurrentiel et a souligné l’importance relative de cet effet de la façon suivante :

- L’empêchement d’une palette nettement plus étendue de services de courtage dans la RGT (MT, au paragraphe 583)
- L’empêchement non négligeable d’une augmentation dans la qualité de ces services (MT, au paragraphe 598)
- L’empêchement de l’émergence d’une innovation beaucoup plus importante (MT, au paragraphe 616)

- The significant adverse impact on entry into, and expansion within the relevant market (TR, at paragraph 550)
- Un effet néfaste significatif sur l'entrée et la participation accrue dans le marché en question (MT, au paragraphe 550)

[119] It was the Tribunal's opinion that "but for" the VOW restrictions these anti-competitive effects would be considerably lower. At paragraph 702 of its reasons, the Tribunal concluded that when considered in the aggregate, these anti-competitive effects on non-price dimensions amounted to a substantial prevention of competition.

[119] Le Tribunal était d'avis que, « n'eût été » les restrictions liées aux BVI, ces effets anti-concurrentiels seraient nettement plus faibles. Au paragraphe 702 de ses motifs, le Tribunal a conclu que, globalement, ces effets anti-concurrentiels sur des aspects autres que les prix empêchaient sensiblement la concurrence.

[120] In other words, the Tribunal held that the ultimate consequence of the anti-competitive effects found to exist was the maintenance of TREB and its members' collective market power in respect of residential brokerage services in the GTA (TR, at paragraph 709) and that failing an order on its part, that market power would likely continue (TR, at paragraph 712).

[120] Autrement dit, le Tribunal a conclu que les effets anti-concurrentiels établis avaient pour conséquence ultime de maintenir la puissance commerciale collective du TREB et de ses membres en ce qui a trait aux services de courtage résidentiel dans la RGT (MT, au paragraphe 709) et que, à défaut d'une ordonnance de sa part, cette puissance se maintiendrait probablement (MT, au paragraphe 712).

[121] In our view, TREB's and CREA's arguments regarding the Tribunal's reliance on qualitative evidence are without merit.

[121] Nous sommes d'avis que les arguments du TREB et de l'ACI quant à la preuve qualitative retenue par le Tribunal sont dénués de fondement.

[122] First, it is clear that most of the points which TREB and CREA make on this issue are to the effect that many of the Tribunal's crucial findings are not supported by the evidence. This is particularly so in regard to their criticism of Mr. McMullin's evidence and in regard to Viewpoint's entry into the GTA. Although we have some misgivings in regard to a number of the findings made by the Tribunal, it must be remembered that these findings result from the Tribunal's assessment of the evidence before it. The same goes with respect to the weight which the Tribunal gave to that evidence. As we have already indicated, TREB and CREA, not having sought leave to challenge questions of fact on this appeal, cannot pursue this line of attack. TREB and CREA, without so saying, are inviting us to reassess the evidence before the Tribunal and to make different findings. We clearly cannot do so. Further, as this Court indicated in *Nadeau Poultry Farm*, at paragraph 47, parties cannot "under cover of challenging a question of mixed fact and law, revisit the Tribunal's factual conclusions."

[122] Premièrement, il ressort clairement que le TREB et l'ACI font principalement valoir à ce sujet que nombre des conclusions fondamentales du Tribunal ne sont pas étayées par la preuve, tout particulièrement celles concernant le témoignage de M. McMullin et l'entrée de Viewpoint dans le marché de la RGT, qu'ils critiquent. Si nous avons des réserves sur plusieurs des conclusions tirées par le Tribunal, il ne faut pas oublier qu'elles découlent de son appréciation des éléments de preuve dont il disposait. Il en va de même de la valeur accordée par le Tribunal à cette preuve. Comme nous l'avons déjà indiqué, le TREB et l'ACI, n'ayant pas demandé l'autorisation de contester des questions de fait dans le cadre du présent appel, ne peuvent poursuivre pareille stratégie. Sans le dire, ils nous invitent à réévaluer la preuve dont disposait le Tribunal et à tirer d'autres conclusions. Manifestement, nous ne le pouvons pas. En outre, comme la Cour l'indique dans l'arrêt *Nadeau Ferme Avicole*, au paragraphe 47, les parties ne peuvent pas « sous le couvert d'une contestation portant sur une question mixte de fait et de droit, revoir les conclusions factuelles tirées par le Tribunal ».

[123] Second, it is also important to repeat that TREB and CREA do not challenge the admissibility of the statements nor of the testimonies given by the lay witnesses upon which the Tribunal relies for its findings.

[124] Third, in our respectful opinion, the underlying premise behind TREB's and CREA's challenge on this point is that qualitative evidence without quantified evidence, which they say was available to the Commissioner, should not be considered nor given any weight. We have already determined that this premise is not well founded.

[125] We agree, however, with TREB and CREA that the evidence pertaining to conversion rates does not support the Commissioner's case. Had the conversion rates been the determinative factor in this appeal, we would have intervened. We cannot see how the Tribunal can say, as it does at paragraph 676 of its reasons, that if Viewpoint and others could use the disputed data they would be in a position "to convert an increasing and significant number of website users into clients." The Tribunal's findings on conversion rates, which appear at paragraphs 653, 657, 658, and 664 of their reasons, show that the evidence before it did not support the Commissioner's case.

[126] However, as the Commissioner argues, the Tribunal, although recognizing that conversion rates were low, made the point that his application was primarily concerned with dynamic competition and innovation and that, in the absence of quantifiable evidence on point, it had no choice but to determine the matter on the evidence before it, mostly qualitative evidence. More particularly, at paragraph 662 of its reasons, the Tribunal indicated in no uncertain terms that the additional innovation developed by full information VOW brokerages was not only helpful in their attempts to compete but was "forcing traditional brokerages to respond" to this new type of competition.

[127] We are therefore satisfied that in relying on qualitative evidence for its findings of anti-competitive

[123] Deuxièmement, il importe également de réitérer le fait que le TREB et l'ACI ne contestent pas la recevabilité des témoignages, y compris ceux des témoins profanes, sur lesquels sont fondées les conclusions du Tribunal.

[124] Troisièmement, à notre humble avis, la thèse sur laquelle repose l'argument du TREB et de l'ACI sur ce point est la suivante : la preuve qualitative sans preuve quantifiée — qui selon eux était à la disposition du commissaire — ne devrait pas être prise en compte, et aucune valeur ne devrait lui être accordée. Nous avons déjà décidé que cette hypothèse était mal fondée.

[125] Nous sommes toutefois d'accord avec le TREB et l'ACI pour dire que la preuve portant sur les taux de conversion ne soutient pas la thèse du commissaire. Si les taux de conversion avaient été le facteur déterminant dans cet appel, nous serions intervenus. Nous ne pouvons pas voir comme le Tribunal peut déclarer, comme il le fait au paragraphe 676 de ses motifs, que si Viewpoint et d'autres sociétés pouvaient utiliser les données en litige, elles seraient en mesure de « transformer en clients un nombre de plus en plus important d'utilisateurs de leurs sites Web ». Les conclusions du Tribunal sur les taux de conversion, énoncées aux paragraphes 653, 657, 658 et 664 de ses motifs, montrent que la preuve dont il disposait n'appuyait pas la thèse du commissaire.

[126] Toutefois, comme le soutient le commissaire, le Tribunal, bien qu'il ait reconnu les faibles taux de conversion, a souligné que la demande du commissaire portait principalement sur la concurrence dynamique et l'innovation et que, en l'absence d'éléments de preuve quantifiables sur ce point, il n'avait d'autre choix que de trancher la question en s'appuyant sur la preuve dont il disposait, surtout qualitative. Plus particulièrement, au paragraphe 662 de ses motifs, le Tribunal a indiqué clairement que l'innovation introduite par des courtiers utilisant des BVI à information complète non seulement les sert bien dans leurs efforts en vue de se montrer concurrentiels, mais « forcent les maisons de courtage traditionnelles à réagir » à ce nouveau type de concurrence.

[127] Nous sommes ainsi convaincus du fait qu'en s'appuyant sur des éléments de preuve qualitatifs pour

effects and its ultimate conclusion on substantiality, the Tribunal made no reviewable error. Consequently, we have not been persuaded, in light of the Tribunal's findings and of the applicable test, that there is any basis for us to interfere with the Tribunal's determination under paragraph 79(1)(c) of the *Competition Act*.

[128] We now turn to the second issue raised by this appeal.

### C. Privacy

[129] TREB sought to justify its restriction on disclosure of the disputed data on the basis that the privacy concerns of vendors and purchasers constituted a business justification sufficient to escape liability under paragraph 79(1)(b) of the *Competition Act*. TREB asserted that privacy was integral to its business operations; more specifically, privacy was an aspect of maintaining the reputation and professionalism of its members, central to the interests of purchasers and sellers and to the cooperative nature and efficiency of the MLS system.

[130] TREB also asserted that it was required, as a matter of law, to comply with the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA). It contended that this statutory requirement constituted a business justification, separate and apart from any question of the underlying motive TREB may have had for the VOW Policy and its anti-competitive effects. Characterized differently, having concluded that the policy was not motivated by subjective privacy concerns, the Tribunal was nevertheless obligated to continue and also determine, one way or another, whether the policy was mandated by PIPEDA. Had the Tribunal considered the consents in light of the requirements of PIPEDA, it would have found them lacking, and insufficient to authorize disclosure. This would lead, in TREB's submissions, to the conclusion that the restrictions on disclosure were necessary to

tirer ses conclusions sur les effets anti-concurrentiels et sa conclusion ultime quant à l'empêchement sensible, le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus, à la lumière des conclusions du Tribunal et du critère applicable, qu'il existe des motifs justifiant notre intervention à l'égard de la décision prise par le Tribunal en application de l'alinéa 79(1)c) de la *Loi sur la concurrence*.

[128] Nous abordons ci-après la deuxième question soulevée par l'appel.

### C. La protection des renseignements personnels

[129] Le TREB a tenté de justifier sa restriction sur la communication des données en litige en affirmant que la protection des renseignements des vendeurs et des acquéreurs constituait une raison commerciale suffisante pour ne pas tomber sous le coup de l'alinéa 79(1)b) de la *Loi sur la concurrence*. Le TREB affirmait que la protection des renseignements personnels était essentielle à ses activités commerciales; plus particulièrement, elle contribuait à assurer la réputation et le professionnalisme de ses membres et était capitale pour les intérêts des acquéreurs et des vendeurs et pour la nature coopérative et l'efficacité du système MLS.

[130] Le TREB a également affirmé qu'il était tenu en droit de se conformer à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (LPRPDE). Selon lui, cette exigence légale constituait une justification commerciale, distincte de toute question reliée à tout autre motif qu'il pourrait avoir pour justifier sa politique sur les BVI et ses effets anti-concurrentiels. Autrement dit, ayant conclu que la politique n'était pas motivée par des soucis subjectifs liés à la protection des renseignements personnels, le Tribunal était néanmoins obligé de poursuivre l'analyse et de trancher la question de savoir si la politique était prescrite par la LPRPDE. Si le Tribunal avait examiné les consentements au vu des prescriptions de la LPRPDE, il les aurait jugées lacunaires et insuffisantes pour autoriser la communication. Selon les arguments du TREB, il fallait conclure que

comply with the legislation and constitute a business justification.

(1) The Tribunal's Decision

[131] In considering privacy as a business justification under paragraph 79(1)(b), the Tribunal found [at paragraph 430] that the “principal motivation in implementing the VOW Restrictions was to insulate its Members from the disruptive competition that [motivated], Internet-based brokerages”. It concluded that there was little evidentiary support for the contention that the restrictions were motivated by privacy concerns of TREB's clients. The Tribunal also found scant evidence that, in the development of the VOW Policy, the VOW committee had considered, been motivated by, or acted upon privacy considerations (TR, at paragraph 321). The privacy concerns were “an afterthought and continue to be a pretext for TREB's adoption and maintenance of the VOW Restrictions” (TR, at paragraph 390).

[132] The Tribunal found the business justification argument simply did not mesh with the evidence. At paragraphs 395 to 398 of its reasons, the Tribunal observed that it was “difficult to reconcile” TREB's privacy arguments with the fact that the disputed data was made available to:

- All 42 500 TREB members via its Stratus system;
- The members of most other Ontario real estate boards through the data sharing program CONNECT;
- Clients of all TREB members and clients of members of most other Ontario real estate boards;

les restrictions en matière de communication étaient prescrites par la loi et constituaient une justification commerciale.

1) La décision du Tribunal

[131] Au sujet de la protection des renseignements personnels comme justification commerciale au regard de l'alinéa 79(1)b), le Tribunal a conclu que la « raison principale pour laquelle le TREB a mis en œuvre les restrictions relatives aux BV était qu'il voulait protéger ses membres contre les effets perturbateurs de la concurrence que les maisons de courtage faisant affaire sur Internet » (MT, au paragraphe 430). Il a conclu qu'il n'y avait guère d'élément démontrant que les restrictions découlaient de soucis pour la protection des renseignements personnels des clients du TREB. Le Tribunal a également relevé peu d'éléments établissant que, lors de l'élaboration de la politique sur les BVI, le comité avait discuté de la protection des renseignements personnels et avait agi en conséquence (MT, au paragraphe 321). La protection des renseignements personnels est invoquée « [a posteriori] et continue à servir de prétexte au TREB pour l'adoption et le maintien des restrictions relatives aux BVI » (MT, au paragraphe 390).

[132] Le Tribunal a jugé que l'argument de la justification commerciale n'était simplement pas étayé par la preuve. Aux paragraphes 395 à 398 de ses motifs, le Tribunal a observé qu'il était « difficilement compatibles avec » les arguments du TREB concernant la protection des renseignements personnels avec le fait que les données en litige étaient mises à la disposition :

- de l'ensemble des 42 500 membres du TREB à l'aide de son système Stratus;
- des membres de la plupart des autres chambres immobilières de l'Ontario dans le cadre du programme d'échange de données CONNECT;
- des clients de tous les membres du TREB et des clients des membres de la plupart des autres chambres immobilières de l'Ontario;

- Some appraisers;
  - Third party industry stakeholders including CREA, Altus Group Limited, the CD Howe Institute, and Interactive Mapping Inc. (albeit for confidential use); and
  - Customers via email subscription services or regular emails sent by members.
- de certains évaluateurs;
  - de tiers, dont l'ACI, Altus Group Limited, l'Institut CD Howe, et Interactive Mapping Inc. (quoique pour un usage confidentiel);
  - des clients par le truchement d'abonnements par courriel ou de courriels ordinaires envoyés par des membres.

[133] Further, the Tribunal noted that for many months TREB did nothing regarding two brokers who displayed the disputed data in apparent violation of TREB's policy (TR, at paragraphs 372–374). It observed that few clients had reported concerns to TREB about their data being displayed and distributed online (TR, at paragraph 386–387) and that TREB did not produce evidence to support its allegation that including the disputed data in the data feed would push consumers away from using MLS-based services (TR, at paragraph 423).

[133] En outre, le Tribunal a fait remarquer que pendant de nombreux mois TREB n'avait pris aucune mesure à l'encontre de deux courtiers qui affichaient les données en litige, en contravention apparente à la politique du TREB (MT, aux paragraphes 372–374). Il a observé que peu de clients avaient fait part de leurs préoccupations au TREB quant au fait que leurs données étaient affichées et distribuées en ligne (MT, aux paragraphes 386–387) et que le TREB n'avait produit aucune preuve pour étayer son affirmation selon laquelle, en incluant les données en litige dans la transmission directe par voie électronique, on dissuaderait les consommateurs d'utiliser les services fondés sur le système MLS (MT, au paragraphe 423).

[134] Additionally, agents were entitled to, and routinely did, distribute detailed seller information, including sold prices, to their own clients without any restriction on further dissemination. Moreover, TREB's own intranet system enables TREB's members to forward by email up to 100 sold listings at a time to anyone (TR, at paragraph 398).

[134] De plus, les agents pouvaient communiquer — et l'ont fait régulièrement — des renseignements détaillés sur le vendeur, y compris sur le prix de vente, à leurs propres clients sans aucune restriction quant à une distribution ultérieure. En outre, le propre système intranet du TREB permet à ses membres de transférer par courriel les données sur 100 ventes de biens inscrits à la fois à quiconque (MT, au paragraphe 398).

[135] The Tribunal found no evidentiary foundation to support the assertion that the policy was genuinely motivated by a concern about compliance with PIPEDA. Although the need to abide by PIPEDA was mentioned in the testimony of TREB's Chief Executive Officer, the Tribunal noted the absence of evidence from TREB's Board of Directors, its Chief Privacy Officer or its Chief Information Officer, which would support the conclusion that compliance with PIPEDA necessitated the policy (TR, at paragraphs 378–379).

[135] Le Tribunal n'a rien trouvé qui soutiendrait l'argument selon lequel la politique était véritablement motivée par une préoccupation liée au respect de la LPRPDE. Bien que la nécessité de se conformer à la LPRPDE ait été mentionnée dans le témoignage du directeur général du TREB, le Tribunal a noté que le conseil d'administration, le directeur général et le dirigeant principal de l'information du TREB n'avaient présenté aucune preuve à cet égard susceptible d'étayer la conclusion selon laquelle le respect de la

[136] The Tribunal noted that while TREB implemented its privacy policy in 2004 and had appointed a Chief Privacy Officer, there was no evidence that the VOW Policy was directed towards compliance. TREB's only contact with the Privacy Commissioner was to ask for an opinion on a different document (a "Questions and Answers" document addressing a number of privacy related topics) in August 2012. These did not include questions related to the disputed data, and, in any event, these communications took place only after the VOW Policy and Rules were set (TR, at paragraphs 375–376).

[137] The Tribunal also noted at paragraph 407 of its reasons that Mr. Richardson, the CEO of TREB during the relevant time, operated on the assumption that the wording in the consents in the Listing Agreement was sufficient to permit disclosure.

[138] In argument, TREB pointed to a 2009 decision of the Privacy Commissioner which held that an advertisement which said that a property sold at 99.3 percent of the list price contravened PIPEDA because it allowed the public to calculate the selling price. The Office of the Privacy Commissioner held that the exception for publicly available information did not apply because the information was obtained under the purchase agreement to which the salesperson was not privy and was not actually drawn from the Ontario registry or any source accessible to the public (TR, at paragraph 388).

[139] The Tribunal rejected TREB's assertion that this decision influenced the VOW Policy. It noted that, with two exceptions (the meetings of May 12 and May 20, 2011), privacy concerns were not reflected in the minutes or discussion pertaining to the development of the VOW Policy (see e.g. TR, at paragraph 351). It

LPRPDE dictait l'adoption de la politique (MT, aux paragraphes 378–379).

[136] Le Tribunal a noté que, bien que le TREB ait mis en œuvre sa politique de confidentialité en 2004 et ait nommé un responsable de la protection des renseignements personnels, il n'y avait aucune preuve du fait que la politique relative aux BVI avait pour objet le respect de la LPRPDE. La seule fois où le TREB a communiqué avec le commissaire à la protection de la vie privée, il lui a demandé son avis sur un autre document (« Questions et réponses » sur plusieurs aspects de la protection des renseignements personnels) en août 2012. Ce document ne comportait aucune question sur les données en litige, et, en tout état de cause, ces communications ont eu lieu après l'adoption de la politique et des règles relatives aux BVI (MT, aux paragraphes 375–376).

[137] Le Tribunal a aussi fait remarquer au paragraphe 407 de ses motifs que M. Richardson, le PDG de TREB au cours de la période pertinente, tenait pour acquis que la clause sur le consentement figurant dans la convention d'inscription était rédigée de sorte à permettre la communication.

[138] Dans son argumentation, le TREB a invoqué une décision de 2009 du commissaire à la protection de la vie privée dans laquelle il concluait qu'une annonce indiquant qu'une propriété avait été vendue à 99,3 p. 100 du prix demandé enfreignait la LPRPDE puisque le public était en mesure de calculer le prix de vente. Le Commissariat à la protection de la vie privée a déclaré que l'exception relative à l'information publique ne s'appliquait pas parce que l'information figurait dans la convention d'achat, à laquelle l'agent immobilier n'était pas partie, et n'était pas tirée du bureau d'enregistrement immobilier de l'Ontario ou d'une autre source publique (MT, au paragraphe 388).

[139] Le Tribunal a rejeté l'affirmation du TREB selon laquelle cette décision avait influencé la politique sur les BVI. Il a fait remarquer que les préoccupations au sujet de la protection des renseignements personnels ne figuraient pas, à deux exceptions près (les réunions des 12 et 20 mai 2011), dans les procès-verbaux ni dans

concluded that privacy considerations were an *ex post facto* attempt to justify the policy.

[140] The Tribunal then considered CREA's argument that consumers were concerned about their property information being disclosed on a public website. The Tribunal concluded that the evidence was very limited and not persuasive (TR, at paragraph 776).

[141] The Tribunal then examined the consent clauses contained in the Listing Agreement and concluded that the consents permitted the disclosure of the data. This point will be expanded upon below.

## (2) Burden of Proof

[142] Before turning to the substance of this issue, the parties raise a point concerning the burden of proof.

[143] The Commissioner and TREB agree that TREB is bound by the provisions of PIPEDA. However, TREB contends that it was the Commissioner's burden to disprove TREB's assertion that the VOW Policy was required by PIPEDA. We do not agree. Neither this contention, nor the law, shifts the legal or evidentiary burden to the Commissioner to disprove the assertion that the policy is necessary as a matter of regulatory compliance.

[144] The normal evidentiary burden applies. The party who asserts must prove: *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420, at paragraph 30. TREB has offered no compelling reason as to why this principle should not apply in respect of a business justification under section 79. In consequence, if TREB seeks to establish that regulatory compliance would be compromised, the onus is on it to lead the relevant evidence as part of its evidentiary burden, and to establish the consequential legal conclusions as part of its argument.

les discussions sur l'élaboration de cette politique (voir, par exemple, MT, au paragraphe 351). Il a conclu que ces préoccupations constituaient une justification a posteriori de la politique.

[140] Le Tribunal a ensuite examiné l'argument de l'ACI selon lequel les consommateurs s'inquiétaient que les renseignements sur leur propriété soient affichés sur un site Web public. Il a conclu que la preuve à cet égard était très limitée et non convaincante (MT, au paragraphe 776).

[141] Le Tribunal a ensuite examiné la clause sur le consentement figurant dans la convention d'inscription et a conclu qu'elle autorisait la communication des données. Nous y reviendrons.

## 2) Le fardeau de la preuve

[142] Avant que nous abordions ce point au fond, les parties soulèvent la question du fardeau de la preuve.

[143] Le commissaire et le TREB conviennent du fait que ce dernier est lié par la LPRPDE. Toutefois, le TREB soutient qu'il incombe au commissaire de réfuter son argument selon lequel la politique sur les BVI était exigée par la LPRPDE. Nous ne sommes pas d'accord. Ni cette affirmation ni le droit n'ont pour effet d'inverser la charge de sorte qu'il appartienne au commissaire de réfuter un tel argument.

[144] Le fardeau de preuve habituel s'applique : la preuve d'une affirmation incombe à la personne qui la fait (*WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420, au paragraphe 30). Le TREB n'a invoqué aucune raison valable d'écarter ce principe lorsqu'une justification commerciale est soulevée au regard de l'article 79. Par conséquent, si le TREB cherche à démontrer que le respect de la LPRPDE serait compromis, il lui incombe de présenter des éléments de preuve pertinents pour s'acquitter de son fardeau et de démontrer les conclusions juridiques en découlant dans son argumentation.

## (3) A Business Justification was not Established

[145] To begin, we reject the argument that the Tribunal did not consider the possibility that independent of motivation, regulatory compliance with PIPEDA could constitute a justification. Having reviewed the law, the Tribunal concluded that the business justification analysis was “subject to the important caveat that legal considerations, such as privacy, may provide a legitimate justification for an impugned practice” (TR, at paragraph 302).

[146] However, earlier in its reasons, the Tribunal wrote that “legal considerations, such as privacy laws, [may] legitimately justify an impugned practice, provided that the evidence supports that the impugned conduct was primarily motivated by such considerations” (TR, at paragraph 294). We appreciate TREB’s point that the Tribunal’s reasons on this issue are equivocal. In our view, to the extent that the Tribunal required regulatory compliance to be the motivation behind the VOW Policy, it did so in error. If it can be established that a business practice or policy exists as a matter of a statutory or regulatory requirement, whether compliance was the original or seminal motivation for the policy is of no consequence.

[147] This does not, however, eliminate the burden on the corporation to establish a factual and legal nexus between that which the statute or regulation requires and the impugned policy.

[148] In order to establish a business justification within the meaning of paragraph 79(1)(b) of the *Competition Act*, a party must establish “a credible efficiency or pro-competitive rationale for the conduct in question, attributable to the respondent, which relates to and counterbalances the anti-competitive effects and/or subjective intent of the acts”: *Canada Pipe*, at paragraph 73. Proof of a “valid business justification ... is not an absolute defence for paragraph 79(1)(b)”; it must provide an explanation why the dominant corporation engaged in the allegedly anti-competitive conduct: *Canada Pipe*,

## 3) Aucune justification commerciale n’a été établie

[145] Pour commencer, nous rejetons l’argument selon lequel le Tribunal n’a pas envisagé la possibilité que, quelle que soit la motivation en jeu, le respect de la LPRPDE constitue une justification. Il a conclu, après avoir examiné les règles qui s’appliquent, que l’analyse de la justification commerciale était « assujettie à une réserve importante voulant que les considérations juridiques, comme la protection des renseignements personnels, puissent apporter une justification valable à une pratique contestée » (MT, au paragraphe 302).

[146] Toutefois, plus haut dans ses motifs, le Tribunal a écrit que « des considérations juridiques, comme les dispositions législatives sur la protection des renseignements personnels, qui justifient de façon légitime une pratique contestée, à la condition que les éléments de preuve démontrent que les comportements contestés étaient essentiellement motivés par de telles considérations » (MT, au paragraphe 294). Nous sommes sensibles à l’observation du TREB selon laquelle les motifs du Tribunal sur cette question sont ambigus. Selon nous, si le Tribunal exigeait que le respect de la loi sous-tende la politique sur les BVI, il a fait erreur. S’il peut être établi qu’une pratique ou une politique commerciale est prescrite par une loi ou un règlement, il importe peu que le respect en soit la motivation originale ou principale.

[147] Toutefois, il demeure que la société est tenue d’établir un lien factuel et juridique entre les prescriptions de la loi ou du règlement et la politique contestée.

[148] Pour établir une justification commerciale dans le contexte de l’analyse que commande l’alinéa 79(1)b) de la *Loi sur la concurrence*, une partie doit établir « une raison fondée sur l’efficacité ou proconcurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anti-concurrentiels et/ou à l’intention subjective de ce comportement et leur fait contreponds » (*Tuyauteries Canada*, au paragraphe 73). La preuve d’une « justification commerciale valable n’est pas un moyen de défense absolu dans le cadre de l’alinéa 79(1)b) »; elle doit expliquer pourquoi la

at paragraphs 88–91. As this Court explained in *Canada Pipe*, at paragraph 87:

... A business justification for an impugned act is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), namely the determination as to whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor... [A] valid business justification can, in appropriate circumstances, overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable negative effects of the conduct on competitors, by demonstrating that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In this way, a valid business justification essentially provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed, which in the right circumstances might be sufficient to counterbalance the evidence of negative effects on competitors or subjective intent in this vein.

[149] In sum, two facts must be established before an impugned practice can shelter behind paragraph 79(1)(b). First, there must be a credible efficiency or pro-competitive rationale for the practice. Second, the efficiencies or competitive advantages, whether on price or non-price issues, must accrue to the appellant. Put otherwise, the evidence must demonstrate how the practice generates benefits which allow it to better compete in the relevant market.

[150] The Tribunal assessed the evidence before it according to the correct principles and found it lacking. The Tribunal concluded that TREB was motivated by a desire to maintain control over the disputed data in an effort to forestall new forms of competition, and not by any efficiency, pro-competition, or genuine privacy concerns (TR, at paragraphs 369 and 389–390). It was fair for the Tribunal to consider that, had regulatory compliance been a concern, there would have been evidence of such communications. It concluded that there was “no evidence” that TREB’s privacy policies received much, if any, consideration during the development of TREB’s VOW Policy and Rules.

société dominante s’est livrée à un comportement pré-tendument anti-concurrentiel (*Tuyauteries Canada*, aux paragraphes 88–91). Comme la Cour l’explique au paragraphe 87 de la décision *Tuyauteries Canada* :

[...] La justification commerciale d’une pratique attaquée ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu’exige l’alinéa 79(1)b), soit celle du point de savoir si le comportement attaqué avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas [...] [U]ne justification commerciale valable peut, si le contexte le permet, l’emporter sur l’intention réputée découlant des effets négatifs, réels ou prévisibles, du comportement attaqué sur les concurrents, en démontrant que ces effets anticoncurrentiels ne sont pas en fait le but prédominant de ce comportement. De cette façon, une justification commerciale valable constitue une autre explication possible des motifs du comportement attaqué, laquelle, si la situation s’y prête, peut suffire à contrebalancer la preuve des effets négatifs sur les concurrents ou d’une intention subjective orientée dans ce sens.

[149] En résumé, il faut établir deux faits pour qu’une pratique contestée puisse être à l’abri d’une conclusion tirée en application de l’alinéa 79(1)b). Premièrement, il faut qu’une raison fondée sur l’efficacité ou pro-concurrentielle justifie la pratique. Deuxièmement, les gains en efficacité ou avantages concurrentiels, qu’ils concernent ou non les prix, doivent bénéficier à l’appellante. Autrement dit, la preuve doit démontrer la façon dont la pratique génère des avantages qui permettent à l’appellante d’être plus concurrentielle dans le marché pertinent.

[150] Le Tribunal a évalué la preuve dont il disposait en appliquant les principes pertinents et l’a jugée lacunaire. Il a conclu que le TREB était motivé par le désir de maintenir le contrôle sur les données en litige dans le but de parer à toute nouvelle forme de concurrence, et non par des préoccupations fondées sur l’efficacité ou pro-concurrentielles ou par un souci véritable de protection des renseignements personnels (MT, aux paragraphes 369, 389–390). Il était loisible au Tribunal d’estimer que, si la conformité à la loi avait constitué une réelle préoccupation, il y aurait eu des éléments de preuve de communications le confirmant. Il a conclu à l’absence de preuve démontrant que les politiques sur la

[151] The evidence, some of which we have summarized earlier, is compelling. As leave to challenge these findings was not sought, the Tribunal's conclusion that there were no pro-competitive business or efficiency justifications for the policy is reasonable and will not be disturbed. This sets the stage for TREB's second and, we believe, principal argument.

#### (4) Privacy Obligations under PIPEDA

[152] TREB submits that the Tribunal erred in failing to engage in a stand-alone assessment of TREB's responsibilities under PIPEDA regarding the collection and use of personal information.

[153] In its reasons, the Tribunal considered PIPEDA and whether its requirements mandated the policy. In this regard, it looked at the extent to which TREB engaged with the Privacy Commissioner and considered the provisions of PIPEDA. It also examined the nature and scope of the consent clause in the Listing Agreement. It proceeded on the understanding that the data was confidential and then considered the scope and effect of the consents governing its use. It concluded that the consents were effective.

[154] In our view, the role of the Tribunal was to interpret the scope of the consents under the ordinary law of contract, as informed by the purpose and objectives of PIPEDA. This is what it did, and we find no error in the conclusion reached.

##### (a) The Standard of Review

[155] As a preliminary matter, we consider that in reviewing the consent in the Listing Agreements, the

confidentialité du TREB avaient reçu une quelconque attention au cours de l'élaboration de la politique et des règles du TREB relatives aux BVI.

[151] Les éléments de preuve, dont certains ont été résumés précédemment, sont convaincants. Puisque l'autorisation de contester ces conclusions n'a pas été demandée, la conclusion du Tribunal sur l'inexistence d'une justification commerciale fondée sur l'efficience ou proconcurrentielle sous-tendant la politique est raisonnable et ne sera pas modifiée. Ce qui précède prépare le terrain pour le second argument du TREB, et selon nous, son argument principal.

#### 4) Les obligations en matière de protection des renseignements personnels prévues à la LPRPDE

[152] Le TREB soutient que le Tribunal a commis une erreur en omettant d'effectuer une évaluation distincte des responsabilités que la LPRPDE impose au TREB concernant la collecte et l'utilisation des renseignements personnels.

[153] Dans ses motifs, le Tribunal a examiné la LPRPDE pour voir si ses dispositions dictaient la politique. À cet égard, il a évalué l'ampleur des rapports entre le TREB et le commissaire à la protection de la vie privée et les dispositions de la LPRPDE. Il a également examiné la nature et la portée de la clause portant sur le consentement prévue dans la convention d'inscription. Il est parti du principe que les données étaient confidentielles et il a ensuite examiné la portée et l'effet des consentements régissant l'utilisation de ces données. Il a conclu que les consentements étaient valides.

[154] Nous sommes d'avis que le rôle du Tribunal était d'interpréter la portée des consentements à la lumière des règles ordinaires du droit des contrats, d'après l'objet et les objectifs de la LPRPDE. C'est ce qu'il a fait, et nous ne voyons aucune erreur dans la conclusion tirée.

##### a) La norme de contrôle

[155] À titre préliminaire, nous estimons que lorsqu'il a examiné la clause portant sur le consentement prévue

Tribunal was interpreting a standard form contract. As such, the standard of review is correctness.

[156] Generally speaking, contractual interpretation involves questions of mixed law and fact and, thus, is reviewable on a deferential standard: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 (*Sattva*), at paragraph 50. The interpretation of standard form contracts is an exception to this rule. Their interpretation constitutes a question of law and, thus, is reviewable for correctness: *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23 (*Ledcor*), at paragraph 46. Determining the interplay between a statutory provision and a contractual term is also an exception and is reviewable for correctness: *Canada (Office of the Information Commissioner) v. Calian Ltd.*, 2017 FCA 135, 414 D.L.R. (4th) 165 (*Calian*), at paragraph 37. Statutory rights of appeal do not necessarily convert a reasonableness standard to a correctness one—it depends on the exact language of the legislative provision: *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paragraph 31.

[157] MLS Rules specify that brokers cannot change or delete any part of clause 11 of the Listing Agreement (rule 340). The *Frequently Asked Privacy Questions* provided by CREA states that “[b]oth current and historical data is essential to the operation of the MLS® system and by placing your listing on the MLS® system you are agreeing to allow this ongoing use of listing and sales information”. The Listing Agreement is, at least for the purposes of these proceedings, a contract of adhesion or standard form.

#### (b) The Consents

[158] PIPEDA requires that individuals consent to the collection, use, and disclosure of their personal

dans la convention d’inscription, le Tribunal interprétait un contrat type. Par conséquent, la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

[156] De manière générale, l’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de droit et de fait et, par conséquent, elle doit être contrôlée selon une norme caractérisée par la retenue (*Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 (*Sattva*), au paragraphe 50). L’interprétation des contrats types fait exception à cette règle. Leur interprétation soulève une question de droit et, par conséquent, elle est assujettie au contrôle selon la norme de la décision correcte (*Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23 (*Ledcor*), au paragraphe 46). L’analyse des rapports entre une disposition législative et une clause contractuelle fait également jouer une exception et est assujettie à la norme de la décision correcte (*Canada (Commissariat à l’information) c. Calian Ltd.*, 2017 CAF 135 (*Calian*), au paragraphe 37). Un droit d’appel n’a pas nécessairement pour effet de substituer à l’analyse selon la norme de la décision raisonnable celle de la décision correcte; tout dépend du libellé de la disposition législative (*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 31).

[157] Les règles du système MLS précisent que les courtiers ne peuvent pas modifier ni supprimer quelque partie que ce soit de la clause 11 de la convention d’inscription (article 340). Aux termes d’un document d’information sur la protection des renseignements personnels fourni par l’ACI, [TRADUCTION] « tant les données actuelles que les données historiques sont essentielles au fonctionnement du système MLS®, et, en plaçant votre inscription dans le système MLS®, vous acceptez d’autoriser l’utilisation continue de l’information sur l’inscription et les ventes ». La convention d’inscription représente, du moins pour les fins de la présente instance, un contrat d’adhésion ou contrat type.

#### b) Les consentements

[158] La LPRPDE exige que les personnes consentent à la collecte, à l’utilisation et à la communication de leurs

information (Schedule 1, clause 4.3.1). This consent must be informed (Schedule 1, clause 4.3.2). Amendments in 2015 to this principle specified that for consent to be informed, the person must understand the “nature, purpose and consequences of the collection, use or disclosure of the personal information” (section 6.1).

[159] As noted earlier, the Tribunal proceeded on the basis that the sale price of property is personal information and therefore subject to the terms of PIPEDA, which mandates informed consent to the use of personal information.

[160] While the Listing Agreement used by TREB provides consent to some uses of personal information, TREB asserts that had the Tribunal examined it more closely, it would have found that the Listing Agreement did not provide sufficiently specific wording to permit disclosure of personal information in the VOW data feed. Specifically, TREB contends that the consents do not permit the distribution of the data over the internet, and that is qualitatively different from the distribution of the same information by person, fax, or email.

[161] The Listing Agreement contains a clause governing the “Use and Distribution of Information”. TREB focuses on the consent to the collection, use, and disclosure of information for the purpose of listing and marketing of the Property itself but omits that part of the consent (in the same clause) that says the real estate board may “make such other use of the information as the Brokerage and/or real estate board(s) deem appropriate, in connection with the listing, marketing and selling of real estate during the term of the listing and thereafter”. The Commissioner contends that this latter part of the consent (in the same clause) is the pertinent part and that it is sufficient to permit the ongoing use and disclosure of information, even after the listing is no longer active. We agree with the Commissioner’s position.

renseignements personnels (annexe 1, article 4.3.1). Ce consentement doit être éclairé (annexe 1, article 4.3.2). Les modifications apportées en 2015 à ce principe précisent que, pour que le consentement soit éclairé, la personne doit comprendre « la nature, les fins et les conséquences de la collecte, de l’utilisation ou de la communication des renseignements personnels » (article 6.1).

[159] Comme il a été mentionné plus haut, le Tribunal est parti du principe que le prix de vente d’une propriété est un renseignement personnel et, à ce titre, tombe sous le coup de la LPRPDE, qui subordonne l’utilisation de renseignements personnels à un consentement éclairé.

[160] Bien que la convention d’inscription utilisée par le TREB prévoit le consentement à certaines utilisations des renseignements personnels, le TREB affirme que, si le Tribunal l’avait examinée de plus près, il aurait constaté que son libellé n’était pas suffisamment précis pour autoriser la communication de renseignements personnels dans la transmission directe de données par voie électronique aux BVI. Plus précisément, le TREB soutient que la clause relative au consentement ne permet pas la diffusion des données sur Internet, qui diffère à des égards importants de la diffusion de ces mêmes renseignements de vive voix, par télécopieur ou par courriel.

[161] La convention d’inscription contient une clause régissant [TRADUCTION] « l’utilisation et la diffusion de l’information ». Le TREB met l’accent sur le consentement à la collecte, à l’utilisation et à la communication de l’information visant à inscrire et à commercialiser le bien même, mais fait fi de la partie du consentement (dans la même clause) qui indique que la chambre immobilière peut [TRADUCTION] « faire tout autre usage de l’information que la maison de courtage ou la chambre immobilière juge opportun, en lien avec l’inscription, la commercialisation et la vente du bien immobilier pendant la période de l’inscription et par la suite ». Selon le commissaire, cette dernière partie du consentement (dans la même clause) est la partie pertinente et suffit pour permettre l’utilisation et la communication continue de l’information, même une fois que l’inscription a pris fin. Nous souscrivons à la thèse du commissaire.

[162] The Tribunal had before it the Listing Agreements used from 2003 to 2015. Although there is data in the MLS database dating back to 1986, Listing Agreements prior to 2003 were not before the Tribunal or this Court. Therefore, this Court expresses no opinion regarding the information obtained prior to 2003 or any information that may have entered the database without being subject to the 2003 to 2015 Listing Agreements.

[163] The Listing Agreement was created by the Ontario Real Estate Association and recommended by TREB to its members (TR, at paragraph 64). In the most recent version before the Court, the relevant section of the Use and Distribution of Information clause reads:

...The Seller acknowledges that the database, within the board's MLS System is the property of the real estate board(s) and can be licensed, resold, or otherwise dealt with by the board(s). The Seller further acknowledges that the real estate board(s) may, during the term of the listing and thereafter, distribute the information in the database, within the board's MLS System to any persons authorized to use such service which may include other brokerages, government departments, appraisers, municipal organizations and others; market the Property, at its option, in any medium, including electronic media; during the term of the listing and thereafter, compile, retain and publish any statistics including historical data within the board's MLS System and retain, reproduce and display photographs, images, graphics, audio and video recordings, virtual tours, drawings, floor plans, architectural designs, artistic renderings, surveys and listing descriptions which may be used by board members to conduct comparative analyses; and make such other use of the information as the Brokerage and/or real estate board(s) deem appropriate, in connection with the listing, marketing and selling of real estate during the term of the listing and thereafter. [Emphasis added.]

[164] The wording in the Listing Agreements from 2003 onwards is substantially similar to that quoted above. However, the phrase "during the term of the listing

[162] Le Tribunal disposait des conventions d'inscription en usage de 2003 à 2015. Bien que certaines données dans la base de données MLS remontent à 1986, les conventions d'inscription antérieures à 2003 n'ont pas été présentées au Tribunal ni à la Cour. Par conséquent, la Cour n'exprime pas d'avis concernant l'information obtenue avant 2003 ou celle possiblement consignée dans la base de données sans avoir été recueillie en vertu des conventions en usage entre 2003 et 2015.

[163] Créée par l'Ontario Real Estate Association, la convention d'inscription est recommandée par le TREB à ses membres (MT, au paragraphe 64). Dans la version la plus récente présentée à la Cour, la section pertinente de la clause sur l'utilisation et la diffusion de l'information est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] [...] Le vendeur reconnaît que la base de données appartenant au système MLS de la chambre est la propriété de la chambre immobilière et qu'elle peut être revendue ou faire l'objet d'une licence ou d'un autre traitement par la chambre. Le vendeur reconnaît également que la chambre immobilière peut, durant la période de l'inscription et par la suite, diffuser l'information contenue dans la base de données appartenant au système MLS de la chambre à toute personne autorisée à utiliser ce service, notamment d'autres maisons de courtage, des ministères gouvernementaux, des évaluateurs, des organisations municipales; commercialiser le bien, à sa discrétion, par tout moyen, y compris les médias électroniques; pendant la période de l'inscription et par la suite; compiler, conserver et publier des statistiques, y compris des données historiques contenues dans le système MLS de la chambre, et conserver, reproduire et afficher des photographies, images, graphiques, enregistrements audio et vidéo, visites virtuelles, dessins, plans d'étages, dessins architecturaux, représentations artistiques, arpentages et descriptions des inscriptions susceptibles de servir aux membres de la chambre pour effectuer des analyses comparatives; faire tout autre usage de l'information que la maison de courtage ou la chambre immobilière jugera indiqué, en lien avec l'inscription, la commercialisation et la vente du bien immobilier pendant la période de l'inscription et par la suite. [Non souligné dans l'original.]

[164] Le libellé des conventions d'inscription en usage à partir de 2003 est essentiellement semblable à celui cité plus haut. Toutefois, la formule [TRADUCTION]

and thereafter” (underlined above), first appears in 2012. The Use and Distribution of Information clause in the Listing Agreement is broad and unrestricted. Sellers are informed that their data could be used for several purposes: for distribution in the database to market their house; to compile, retain, and publish statistics; for use as part of comparative market analysis; and any other use in connection with the listing, marketing, and selling of real estate. Nothing in the text implies the data would only be used during the time the listing is active. Indeed, the use of data for historical statistics of selling prices necessitates that the data will be kept. The Tribunal noted that TREB’s policies 102 and 103 add that, apart from inaccurate data, “[n]o other changes will be made in the historical data” (TR, at paragraph 401). We note as well that clause 11 of the Listing Agreement allows for the property to be marketed “using any medium, including the internet”.

[165] PIPEDA only requires new consent where information is used for a new purpose, not where it is distributed via new methods. The introduction of VOWs is not a new purpose—the purpose remains to provide residential real estate services and the Use and Distribution of Information clause contemplates the uses in question. The argument that the consents were insufficient—because they did not contemplate use of the internet in the manner targeted by the VOW Policy—does not accord with the unequivocal language of the consent.

### (c) Conduct of the Parties

[166] The conduct of the parties may be considered in the interpretation of a contract. Given our conclusion as to the correct interpretation of the consents, it is not necessary to consider the contextual elements or conduct of

« pendant la période de l’inscription et par la suite » (soulignée plus haut) y figure pour la première fois en 2012. La clause sur l’utilisation et la diffusion de l’information prévue dans la convention d’inscription est générale et dépourvue de restrictions. Les vendeurs sont informés du fait que leurs données pourraient être utilisées à différentes fins : aux fins de diffusion dans la base de données pour commercialiser leur bien immobilier; à des fins de compilation, de conservation et de publication de statistiques; à des fins d’utilisation dans le cadre d’une analyse comparative des marchés et pour tout autre usage en lien avec l’inscription, la commercialisation et la vente d’un bien immobilier. Rien dans le libellé n’indique que les données ne seraient utilisées que pendant la période durant laquelle l’inscription est active. En effet, l’utilisation des données à des fins de statistiques historiques des prix de vente nécessite que les données soient conservées. Le Tribunal a fait remarquer que les politiques 102 et 103 du TREB ajoutent que, mis à part la rectification de données inexactes, « [TRADUCTION] “aucune autre modification ne sera effectuée à l’égard des données antérieures” » (MT, au paragraphe 401). Nous soulignons également que la clause 11 de la convention d’inscription prévoit la possibilité de commercialiser la propriété [TRADUCTION] « par tout moyen, y compris l’Internet ».

[165] La LPRPDE exige uniquement un nouveau consentement lorsque l’information est utilisée à une nouvelle fin, et non lorsqu’elle est diffusée par de nouvelles méthodes. L’introduction des BVI ne constitue pas une nouvelle fin; l’objectif demeure l’offre de services immobiliers résidentiels, et la clause sur l’utilisation et la diffusion de l’information mentionne les utilisations prévues. L’argument selon lequel les consentements n’étaient pas suffisants — parce que leur libellé ne prévoyait pas l’utilisation de l’Internet comme le concevait la politique relative aux BVI — n’est pas conforme au libellé non ambigu du consentement.

### c) Conduite des parties

[166] La conduite des parties peut éclairer l’interprétation d’un contrat. Vu notre conclusion quant à l’interprétation des consentements, il n’est pas nécessaire de prendre en compte la conduite des parties ou des

the parties. However, we choose to do so here because it illuminates and reinforces our conclusion arising from the terms of the contract itself.

[167] In *Sattva*, the Supreme Court of Canada stated that, with some limitations, a contract's factual matrix includes "absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable [person]" (*Sattva*, at paragraph 58 citing *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98, at page 114). Thus, the conduct of the parties forms part of the factual matrix of the contract and can, subject to some restrictions, inform the interpretation of its terms.

[168] The extent to which the factual matrix, including the parties' conduct, may inform the interpretation is subject to the "overwhelming principle" (formulated in *Sattva*, but characterized as such in *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, 411 D.L.R. (4th) 385 (*Teal Cedar*), at paragraph 55). There are two elements to the overwhelming principle. The factual matrix cannot be given excessive weight (so as to "overwhelm" the contract); and the factual matrix cannot be interpreted in such isolation from the text of the contract such that a new agreement is effectively created (*Sattva*, at paragraph 57; *Teal Cedar*, at paragraphs 55–56 and 62).

[169] In *Calian*, this Court observed that "the clear language of a contract must always prevail over the surrounding circumstances" (*Calian*, at paragraph 59). Further, the factual matrix may only be considered to the extent that it helps determine the "mutual and objective intentions of the parties as expressed in the words of the contract" (*Sattva*, at paragraph 57). Indeed, only evidence revealing "knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting" may inform the interpretation of the contract (*Sattva*, at paragraph 58). For example, the subjective intention of one party cannot be relied upon to interpret the meaning of a contract (*Sattva*, at paragraph 59; *ING Bank N.V. v. Canpotex*

éléments contextuels. Toutefois, nous nous prêtons en l'espèce à cette analyse, car elle éclaire et étaye notre conclusion tirée sur le fondement du libellé du contrat même.

[167] Dans l'arrêt *Sattva*, la Cour suprême du Canada affirme que, sous réserve de certaines restrictions, le fondement factuel d'un contrat inclut « tout ce qui aurait eu une incidence sur la manière dont une personne raisonnable aurait compris les termes du document » (*Sattva*, au paragraphe 58 citant *Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society*, [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98, à la page 114). Par conséquent, la conduite des parties fait partie du fondement factuel du contrat et peut, sous réserve de certaines restrictions, éclairer l'interprétation de son libellé.

[168] La mesure dans laquelle le fondement factuel, dont la conduite des parties, peut éclairer l'interprétation dépend du « principe de la supplantation » (formulé dans l'arrêt *Sattva*, mais qualifié comme tel dans l'arrêt *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688 (*Teal Cedar*), au paragraphe 55). Ce principe comporte deux éléments : le fondement factuel ne peut se voir attribuer un poids excessif (de sorte qu'il « supplante » le contrat) et le fondement factuel ne saurait être interprété séparément des termes du contrat de sorte qu'une nouvelle entente est dans les faits créée (*Sattva*, au paragraphe 57; *Teal Cedar*, aux paragraphes 55–56 et 62).

[169] Dans l'arrêt *Calian*, la Cour fait observer que « le texte clair d'un contrat doit toujours avoir pré-séance sur les circonstances concomitantes » (*Calian*, au paragraphe 59). De plus, il ne peut être tenu compte du fondement factuel que si c'est nécessaire pour déterminer « les intentions réciproques et objectives des parties exprimées dans les mots du contrat » (*Sattva*, au paragraphe 57). En effet, seuls les éléments de preuve révélant « les renseignements qui appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci » peuvent éclairer l'interprétation du contrat (*Sattva*, au paragraphe 58). Par exemple, l'intention subjective d'une partie ne peut permettre d'interpréter le sens d'un

*Shipping Services Ltd.*, 2017 FCA 47 (*ING Bank*), at paragraphs 112 and 121). Reliance of that sort would offend the parol evidence rule, i.e., that evidence external to the contract that would “add to, subtract from, vary, or contradict a contract that has been wholly reduced to writing” is inadmissible (*Sattva*, at paragraph 59; *ING Bank*, at paragraphs 112 and 121).

[170] As far as standard form contracts are concerned, the factual matrix is less relevant (*Ledcor*, at paragraphs 28 and 32). This is in keeping with the rationale underlying the correctness standard for standard form contracts: that contracts of this nature are not negotiated, but rather offered on a “take-it-or-leave-it” basis. However, in *Ledcor*, Wagner J. observed at paragraph 31 that some surrounding circumstances, such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates, may be considered:

I agree that factors such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract. However, those considerations are generally not “inherently fact specific”: *Sattva*, at paragraph 55. Rather, they will usually be the same for everyone who may be a party to a particular standard form contract. This underscores the need for standard form contracts to be interpreted consistently, a point to which I will return below.

[171] Applying these principles to the facts as found by the Tribunal, there is nothing in the evidence that would suggest that TREB considered that the consents were inadequate or that TREB drew a distinction between the means of communication of information. To the contrary, TREB’s conduct, as well as the testimony of its CEO, are only consistent with the conclusion that it considered the consents were sufficiently specific to be compliant with PIPEDA in the electronic distribution of the disputed data on a VOW, and that it drew no distinction between the means of distribution.

contrat (*Sattva*, au paragraphe 59; *ING Bank N.V. c. Canpotex Shipping Services Ltd.*, 2017 CAF 47 (*ING Bank*), aux paragraphes 112 et 121). Ce serait contraire à la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque voulant que les éléments de preuve externes au contrat qui « auraient pour effet de modifier ou de contredire un contrat qui a été entièrement consigné par écrit, ou d’y ajouter de nouvelles clauses ou d’en supprimer » soient irrecevables (*Sattva*, au paragraphe 59; *ING Bank*, aux paragraphes 112 et 121).

[170] Le fondement factuel est moins pertinent dans le cas des contrats types que d’autres contrats (*Ledcor*, aux paragraphes 28, 32). Ce principe cadre bien avec la raison pour laquelle c’est la norme de la décision correcte qui s’applique aux contrats types : les contrats de cette nature ne sont pas négociés; ils sont « à prendre ou à laisser ». Toutefois, dans l’arrêt *Ledcor*, le juge Wagner fait observer au paragraphe 31 que certaines circonstances entourant un contrat, comme l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé, peuvent être prises en considération :

Je reconnais qu’il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé pour interpréter un contrat type. Par contre, ces considérations ne sont généralement pas, « de par [leur] nature même, axé[es] sur les faits » (*Sattva*, par. 55). Elles sont plutôt habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type donné. Cela fait ressortir la nécessité d’interpréter uniformément les contrats types, un point sur lequel je reviendrai plus loin.

[171] Lorsque l’on applique ces principes aux faits tels qu’ils ont été appréciés par le Tribunal, il n’y a rien dans la preuve qui donnerait à penser que le TREB estimait que les consentements étaient inadéquats ou qu’il envisageait de manière différente les divers moyens de communication de l’information. Au contraire, la conduite du TREB ainsi que le témoignage de son PDG ne peuvent que mener à la conclusion qu’il croyait les consentements suffisamment exprès pour respecter la LPRPDE en ce qui concerne la diffusion électronique des données en litige à un BVI et qu’il n’établissait aucune distinction entre les différents moyens de diffusion.

[172] We note as well that TREB’s position that PIPEDA mandates the VOW Policy is inconsistent with some of its own evidence. For example, TREB refused a request by a seller to remove the seller’s MLS listing information, noting that its policy respected PIPEDA requirements (TR, at paragraph 400).

[173] The Tribunal also noted that TREB sought legal advice with respect to whether the consents were adequate to address the privacy issues related to the posting of photographs of the interior of homes, and, consequentially changed the consent to provide express authorization with respect to images. There was no evidence that similar steps were contemplated or taken with respect to the sold or pending sold information. Similarly, TREB sought legal advice with respect to the provision of sold data to members. That advice noted that “a strong argument can be made that the words ‘conduct comparative market analyses’” in the consents authorised disclosure of selling price information to prospective clients.

[174] Finally, the Tribunal’s view on the scope of consents is consistent with the direction of the Supreme Court of Canada in *Royal Bank of Canada v. Trang*, 2016 SCC 50, [2016] 2 S.C.R. 412, at paragraphs 36–42. There the Court held that a mortgage balance was less sensitive information because the principal, the rate of interest, and due dates were all publicly available under provincial land registry legislation. In this case, the selling price of every home in Ontario is publicly available under the same legislation. When the consents are considered in light of the nature of the privacy interests involved, the Tribunal’s conclusion that they were sufficient takes on added strength.

[172] Nous notons également que la position du TREB, selon laquelle la LPRPDE dicte la politique relative aux BVI, ne cadre pas avec certains de ses propres éléments de preuve. Par exemple, le TREB a refusé la demande d’un vendeur qui voulait supprimer les renseignements d’une inscription au système MLS, faisant remarquer que sa politique respectait les exigences de la LPRPDE (MT, au paragraphe 400).

[173] Le Tribunal a également fait remarquer que le TREB avait demandé un avis juridique pour savoir si le libellé des consentements permettait de répondre aux questions de protection des renseignements personnels que l’affichage de photographies de l’intérieur des habitations était susceptible de soulever. Il en a par la suite modifié les termes pour assurer une autorisation expresse concernant les images. Rien n’indique que des mesures similaires avaient été envisagées ou prises en ce qui concerne l’information sur les prix de vente ou celui consigné avant la conclusion de l’acte de vente. De même, le TREB avait demandé un avis juridique concernant la communication à ses membres de données sur les prix de vente. Suivant l’avis, [TRADUCTION] « on peut soutenir que les termes « effectuer des analyses comparatives » » dans les consentements autorisent la diffusion de l’information sur les prix de vente à des clients éventuels.

[174] Pour terminer, le point de vue du Tribunal sur la teneur des consentements se trouve dans le droit fil de l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Banque Royale du Canada c. Trang*, 2016 CSC 50, [2016] 2 R.C.S. 412, aux paragraphes 36–42. Cette cour conclut que le solde d’une hypothèque constitue une information moins sensible que d’autres puisque le montant du principal de l’hypothèque, le taux d’intérêt et les dates d’échéance sont rendus publics sous le régime de la loi provinciale sur l’enregistrement immobilier. Dans l’affaire qui nous occupe, le prix de vente de chaque bien immobilier en Ontario est rendu public en vertu de la même loi. Lorsque les consentements sont examinés à la lumière de la nature des intérêts de protection des renseignements personnels en jeu, la conclusion du Tribunal qu’ils étaient suffisants n’en est que plus solide.

[175] This ground of appeal therefore fails and we now turn to the last issue raised by the appeal.

D. *Copyright in the MLS Database*

[176] TREB and CREA submit that the Tribunal erred in finding that TREB does not have copyright in the database. In our view this ground of appeal fails. In light of the determination that the VOW Policy was anti-competitive, subsection 79(5) of the *Competition Act* precludes reliance on copyright as a defence to an anti-competitive act. This is sufficient to dispose of the appeal in respect of copyright.

[177] While not strictly necessary to do so, we will address CREA's contention that the Tribunal applied the incorrect legal test to determine whether copyright exists. On this point we agree. It is, however, an error of no consequence. The same result is reached on the application of the correct law.

[178] We turn to the Subsection 79(5) issue. Subsection 79(5) of the *Competition Act* provides:

79 ...

**Exception**

(5) For the purpose of this section, an act engaged in pursuant only to the exercise of any right or enjoyment of any interest derived under the *Copyright Act*, *Industrial Design Act*, *Integrated Circuit Topography Act*, *Patent Act*, *Trade-marks Act* or any other Act of Parliament pertaining to intellectual or industrial property is not an anti-competitive act.

[179] Subsection 79(5) seeks to protect the rights granted by Parliament to patent and copyright holders and, at the same time, ensure that the monopoly and exclusivity rights created are not exercised in an anti-competitive manner. The language of subsection 79(5) is unequivocal. It does not state, as

[175] Ce motif d'appel ne peut donc être retenu. Passons à la dernière question soulevée dans l'appel.

D. *Le droit d'auteur sur la base de données MLS*

[176] Le TREB et l'ACI soutiennent que le Tribunal a commis une erreur en concluant que le TREB n'a pas de droit d'auteur sur la base de données. Nous sommes d'avis que ce motif d'appel doit être rejeté. Rappelons qu'il a été décidé que la politique relative aux BVI était anti-concurrentielle. Dans ce cas, le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence* interdit d'invoquer le droit d'auteur comme moyen de défense pour justifier un agissement anti-concurrentiel. Cette conclusion suffit pour statuer dans l'appel à l'égard du droit d'auteur.

[177] Bien qu'il ne soit pas strictement indispensable de le faire, nous allons traiter de l'affirmation de l'ACI selon laquelle le Tribunal a appliqué le mauvais critère juridique pour décider s'il existait un droit d'auteur. Sur ce point, nous sommes d'accord. Il s'agit toutefois d'une erreur sans conséquence. On parvient au même résultat lorsque l'on applique la bonne règle.

[178] Abordons la question soulevant le paragraphe 79(5) de la *Loi sur la concurrence*, qui est reproduit ci-après :

79 [...]

**Exception**

(5) Pour l'application du présent article, un agissement résultant du seul fait de l'exercice de quelque droit ou de la jouissance de quelque intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, de la *Loi sur les dessins industriels*, de la *Loi sur le droit d'auteur*, de la *Loi sur les marques de commerce*, de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* ou de toute autre loi fédérale relative à la propriété intellectuelle ou industrielle ne constitue pas un agissement anticoncurrentiel.

[179] Le paragraphe 79(5) vise à protéger les droits accordés par le législateur aux détenteurs de brevets et titulaires de droits d'auteur et, parallèlement, à veiller à ce que les droits assurant le monopole et l'exclusivité ne soient pas exercés d'une manière anti-concurrentielle. Le libellé du paragraphe 79(5) est sans équivoque. Il

is contended, that any assertion of an intellectual property right shields what would otherwise be an anti-competitive act.

[180] Parliament clearly signaled, through the use of the word “only”, to insulate intellectual property rights from allegations of anti-competitive conduct in circumstances where the right granted by Parliament, in this case, copyright, is the sole purpose of exercise or use. Put otherwise, anti-competitive behaviour cannot shelter behind a claim of copyright unless the use or protection of the copyright is the sole justification for the practice.

[181] TREB attached conditions to the use of its claimed copyright rights in the disputed data. For the reasons given earlier, we see no error in the Tribunal’s findings as to the anti-competitive purpose or effect of the VOW Policy. The Tribunal found that the purpose and effect of those conditions was to insulate members from new entrants and new forms of competition. The purpose, therefore, of any asserted copyright was not “only” to exercise a copyright interest.

[182] While this is sufficient to dispose of this ground of appeal, as noted earlier, we will, for the sake of completeness, address the second alleged error in the Tribunal’s analysis of copyright.

[183] Copyright is a creature of statute. The *Copyright Act* provides that copyright exists for “every original literary, dramatic, musical and artistic work” created by Canadians (section 5). This phrase is defined at section 2 to include compilations, which is in turn defined to include works “resulting from the selection or arrangement of ... data”. The classification of the database as a compilation is not contested on appeal.

[184] The meaning of the word “original” in section 5 of the Copyright Act was considered by the Supreme

ne dispose pas, comme certains l’ont affirmé, qu’invoquer un droit de propriété intellectuelle, quel qu’il soit, met à l’abri un agissement qui serait autrement jugé anti-concurrentiel.

[180] Le législateur entendait manifestement, en employant le terme « seul », empêcher les droits de propriété intellectuelle d’être assimilés à des agissements anti-concurrentiels dans des circonstances où le droit accordé par le législateur — en l’occurrence, le droit d’auteur — est l’unique objet de l’exercice ou de l’utilisation. Autrement dit, un agissement anti-concurrentiel ne peut s’abriter derrière le droit d’auteur à moins que l’utilisation ou la protection du droit d’auteur soit la seule justification de la pratique en question.

[181] Le TREB a assorti de conditions l’utilisation de ses droits d’auteur revendiqués sur les données en litige. Pour les motifs mentionnés plus haut, nous ne relevons aucune erreur dans les conclusions du Tribunal quant à l’objet ou à l’effet anti-concurrentiel de la politique relative aux BVI. Le Tribunal a jugé que l’objet et l’effet de ces conditions étaient d’isoler les membres des nouveaux acteurs et des nouvelles formes de concurrence. Ainsi, la revendication du droit d’auteur ne visait donc pas le « seul » fait d’exercer un privilège lié au droit d’auteur.

[182] Bien que cette conclusion suffise pour nous permettre de statuer sur ce motif d’appel, comme nous l’avons fait remarquer plus haut, nous allons examiner, par souci d’exhaustivité, la seconde erreur qu’aurait commise le Tribunal dans l’analyse du droit d’auteur.

[183] Le droit d’auteur est créé par une loi. La *Loi sur le droit d’auteur* dispose que le droit d’auteur existe « sur toute œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale » créée par des Canadiens (article 5). Ce terme est défini à l’article 2 et s’entend également d’une compilation, définie à son tour comme étant les œuvres « résultant du choix ou de l’arrangement [...] de données ». Il est acquis aux débats que la base de données constitue une compilation.

[184] Le sens du terme « originale » qui figure à l’article 5 de la *Loi sur le droit d’auteur* a été examiné par

Court in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*) [at paragraph 16]:

... For a work to be “original” within the meaning of the *Copyright Act*, it must be more than a mere copy of another work. At the same time, it need not be creative, in the sense of being novel or unique. What is required to attract copyright protection in the expression of an idea is an exercise of skill and judgment. By skill, I mean the use of one’s knowledge, developed aptitude or practised ability in producing the work. By judgment, I mean the use of one’s capacity for discernment or ability to form an opinion or evaluation by comparing different possible options in producing the work. This exercise of skill and judgment will necessarily involve intellectual effort. The exercise of skill and judgment required to produce the work must not be so trivial that it could be characterized as a purely mechanical exercise. For example, any skill and judgment that might be involved in simply changing the font of a work to produce “another” work would be too trivial to merit copyright protection as an “original” work.

[185] The point of demarcation between a work of sufficient skill and judgment to warrant a finding of originality and something less than that—a mere mechanical exercise—is not always self-evident. This is particularly so in the case of compilations. It is, however, within the parameters of the legal test, a highly contextual and factual determination.

[186] This is not a new observation. In *Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.*, [2000] 4 F.C. 195 (2000), 6 C.P.R. (4th) 211 (C.A.) the Court acknowledged that “[i]t is not easy in compilation situations to draw a line between what signifies a minimal degree of skill, judgment and labour and what indicates no creative element” (at paragraph 13). Although decided before *CCH*, the observation remains apposite.

[187] There is, however, guidance in the case law as to the criteria relevant to the determination of whether the threshold of originality is met. In *Red Label Vacations Inc. (redtag.ca) v. 411 Travel Buys Ltd. (411travelbuys.ca)*, 2015 FC 18, 473 F.T.R. 38,

la Cour suprême dans l’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*) [au paragraphe 16] :

[...] Pour être « originale » au sens de la *Loi sur le droit d’auteur*, une œuvre doit être davantage qu’une copie d’une autre œuvre. Point n’est besoin toutefois qu’elle soit créative, c’est-à-dire novatrice ou unique. L’élément essentiel à la protection de l’expression d’une idée par le droit d’auteur est l’exercice du talent et du jugement. J’entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l’expérience pour produire l’œuvre. J’entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l’œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel. L’exercice du talent et du jugement que requiert la production de l’œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique. Par exemple, tout talent ou jugement que pourrait requérir la seule modification de la police de caractères d’une œuvre pour en créer une « autre » serait trop négligeable pour justifier la protection que le droit d’auteur accorde à une œuvre « originale ».

[185] La distinction entre une œuvre issue de l’exercice de suffisamment de talent et de jugement pour justifier une conclusion d’originalité et une autre qui ne l’est pas — et constitue une entreprise purement mécanique — n’est pas toujours évidente. Tout particulièrement dans le cas des compilations. Suivant les éléments du critère juridique applicable, il s’agit toutefois d’une distinction qui dépend en grande partie du contexte et des faits.

[186] Cette observation n’est pas nouvelle. Dans l’arrêt *Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes*, [2000] 4 C.F. 195 (C.A.), la Cour reconnaît qu’« [i]l n’est pas facile, en matière de compilation, de tracer la ligne entre ce qui dénote un degré minimal de talent, de jugement et de travail et ce qui ne dénote aucun élément créatif » (au paragraphe 13). Bien qu’elle ait été faite avant l’arrêt *CCH*, l’observation demeure pertinente.

[187] La jurisprudence présente cependant des repères permettant de décider si le seuil de l’originalité est atteint. Dans l’affaire *Red Label Vacations inc. (redtag.ca) c. 411 Travel Buys Limited (411travelbuys.ca)*, 2015 CF 18, le juge Manson fait remarquer que « lorsqu’une

Manson J. noted that “when an idea can be expressed in only a limited number of ways, then its expression is not protected as the threshold of originality is not met” (at paragraph 98, citing *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, at paragraphs 48–52, leave to appeal to S.C.C. refused, 29190 (28 November, 2002) [[2002] 4 S.C.R. v]).

[188] In *Tele-Direct* the Court found a compilation not to be original in part because it was done in accordance with “commonplace standards of selection in the industry” (at paragraphs 6–7). Although *Tele-Direct* predates *CCH*, the proposition that industry standards may be relevant to the originality analysis is a legitimate, residual consideration (see e.g. *Harmony Consulting Ltd. v. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 FC 340, 92 C.P.R. (4th) 6, at paragraphs 34, 39, 65, 77 and 182–188, affd 2012 FCA 226, 107 C.P.R. (4th) 1 (*Harmony FCA*), at paragraphs 37–38; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48 (*Geophysical*), at paragraph 105).

[189] Applying the guidance of the Supreme Court in *CCH*, it is important to view adherence to industry standards as, at best, one factor to be considered amongst many. In *Geophysical*, Eidsvik J. explained there is no steadfast rule that “there is no entitlement to copyright protection ... where the selection or arrangement is directed by accepted and common industry practices” (at paragraphs 100–101):

... these cases [that considered “common industry practices”] do not stand for such steadfast rules or copyright criteria. Certainly, these considerations were part of the analysis in those cases in deciding whether the production was an original work, but they are not the test. The judge in each case made a factual determination about whether sufficient skill and judgment was brought to the work to merit the “original” finding.

idée ne peut être exprimée que d’un nombre restreint de façons, son expression n’est donc pas protégée, car on n’a pas satisfait au critère de l’originalité » (au paragraphe 98, citant *Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.* (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, aux paragraphes 48–52, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 29190 (28 novembre 2002) [[2002] 4 R.C.S. v]).

[188] Dans l’affaire *Télé-Direct*, la Cour juge non originale une compilation en partie parce qu’elle avait été réalisée selon « des normes courantes et reconnues de sélection dans son domaine d’activité » (aux paragraphes 6–7). Bien que l’affaire *Télé-Direct* précède l’arrêt *CCH*, l’idée selon laquelle les normes du domaine peuvent être pertinentes dans l’analyse servant à décider si une œuvre est originale est légitime et demeure (voir par exemple *Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340, aux paragraphes 34, 39, 65, 77 et 182–188, conf. par 2012 CAF 226 (*Harmony CAF*), aux paragraphes 37–38; *Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.*, 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48 (*Geophysical*), au paragraphe 105).

[189] Lorsque l’on applique les directives données par la Cour suprême dans l’arrêt *CCH*, il est important de concevoir le respect des normes du domaine comme un facteur parmi d’autres, tout au plus. Dans la décision *Geophysical*, la juge Eidsvik explique qu’il n’existe pas de règle absolue selon laquelle [TRADUCTION] « il n’y a pas de droit à la protection du droit d’auteur... lorsque le choix ou l’arrangement est dicté par des pratiques acceptées et courantes du domaine » (aux paragraphes 100–101) :

[TRADUCTION] ... ces affaires [ayant examiné les « pratiques courantes du domaine »] n’énoncent pas de telles règles ou de tels critères absolus quant aux droits d’auteur. Certes, ces aspects faisaient partie de l’analyse réalisée dans le cadre de ces affaires lorsqu’il s’agit de déterminer si la production était une œuvre originale, mais ils ne constituent pas le critère. Le juge dans chacune de ces affaires a tranché sur une base factuelle la question de savoir si un degré suffisant de talent et de jugement avait été exercé dans l’œuvre pour qu’elle soit « originale ».

[190] However, if observing industry standards amounts merely to “mechanical amendments”, originality will not be found (*Harmony FCA*, at paragraph 37).

[191] In *Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209, de Montigny J. (as he then was) wrote that “when the content and layout of a form is largely dictated by utility and/or legislative requirements, it is not to be considered original” (at paragraph 324). He continued and observed that compilations (at paragraph 325):

... will not be considered to have a sufficient degree of originality when the selection of the elements entering into the work are dictated by function and/or law, and where their arrangement into a tangible form of expression is not original. Only the visual aspect of the work is susceptible to copyright protection, if original.

[192] In this context, TREB and CREA argue that the Tribunal wrongly required proof of creativity and went beyond the appropriate test for originality. After reviewing the MLS database, the Tribunal noted the “absence of a creative element” (TR, at paragraph 732). Further, while the Tribunal cited *CCH* for the correct originality test in paragraph 733, it then relied on *Tele-Direct* to invoke and apply the element of creativity which, post-*CCH*, is not the correct test (*CCH*, at paragraph 25).

[193] We agree with the appellant on this point. However, in view of the Tribunal’s findings of fact, applying the correct test, we reach the same result.

[194] The Tribunal considered a number of criteria relevant to the determination of originality (at paragraphs 737–738 and 740–745). Those included the process of data entry and its “almost instantaneous” appearance in the database. It found that “TREB’s specific compilation of data from real estate listings amounts to a mechanical exercise” (TR, at paragraph 740). We

[190] Toutefois, si le respect des normes du domaine n’exige que « des modifications mécaniques », on ne conclura pas à une œuvre originale (*Harmony CAF*, au paragraphe 37).

[191] Dans l’affaire *Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043, le juge de Montigny (tel était alors son titre) affirme que « lorsque le contenu et la présentation d’une formule sont largement tributaires de son utilité et/ou des exigences de la loi, elle ne peut être considérée comme une œuvre originale » (au paragraphe 324). Il poursuit en affirmant, au sujet des compilations, qu’elles (au paragraphe 325) :

[...] ne sont pas considérées comme possédant un degré suffisant d’originalité lorsque la sélection des éléments faisant partie de l’œuvre est dictée par la fonction et/ou par les exigences de la loi et que leur disposition en une forme concrète d’expression n’est pas originale. Seul l’aspect visuel de l’œuvre est susceptible d’être protégé par le droit d’auteur s’il est original.

[192] Dans le présent contexte, le TREB et l’ACI font valoir que le Tribunal a requis à tort une preuve de créativité et a outrepassé le critère permettant de décider si une œuvre est originale. Après avoir examiné la base de données MLS, le Tribunal a noté « une absence d’élément créatif » (MT, au paragraphe 732). En outre, le Tribunal a bien arrêté le critère applicable en la matière en citant l’arrêt *CCH*, au paragraphe 733. Or, il a ensuite invoqué et suivi l’arrêt *Télé-Direct*, qui exige un élément de créativité. Depuis l’arrêt *CCH*, ce n’est plus le critère applicable (*CCH*, au paragraphe 25).

[193] Nous partageons l’avis de l’appelant sur ce point. Toutefois, au vu des conclusions de faits tirées par le Tribunal, en appliquant le bon critère, nous parvenons au même résultat.

[194] Le Tribunal a pris en compte plusieurs éléments pour déterminer s’il s’agissait d’une œuvre originale (aux paragraphes 737–738 et 740–745), dont l’entrée de données et le fait qu’elles se trouvent « presque instantanément » dans la base de données. Il a conclu que « la compilation particulière de données faite par le TREB à partir des inscriptions immobilières équivaut

find, on these facts, that the originality threshold was not met.

[195] In addition, we do not find persuasive the evidence that TREB has put forward relating to the use of the database. How a “work” is used casts little light on the question of originality. In addition, we agree with the Tribunal’s finding that while “TREB’s contracts with third parties refer to its copyright, [...] that does not amount to proving the degree of skill, judgment or labour needed to show originality and to satisfy the copyright requirements” (TR, at paragraph 737).

[196] We would therefore dismiss this ground of appeal.

#### VI. Conclusion

[197] For the reasons above, we would dismiss the appeal with costs.

NEAR J.A.: I agree.

à un exercice mécanique » (MT, au paragraphe 740). Nous concluons, compte tenu de ces faits, qu’il n’est pas satisfait au critère.

[195] En outre, nous ne jugeons pas convaincante la preuve présentée par le TREB concernant l’utilisation de la base de données. La façon dont une « œuvre » est utilisée s’avère peu éclairante quand il s’agit de décider si elle est originale. De plus, nous sommes d’accord avec le Tribunal pour dire que même si [TRADUCTION] « [i]l est fait mention du droit d’auteur du TREB dans ses contrats conclus avec des tierces parties [...] cela n’équivaut pas à établir le degré de talent, de jugement ou de travail requis pour faire preuve d’originalité et pour répondre aux exigences du droit d’auteur » (MT, au paragraphe 737).

[196] Nous rejetons donc ce motif d’appel.

#### VI. Conclusion

[197] Pour les motifs exposés précédemment, nous rejetons l’appel avec dépens.

LE JUGE NEAR, J.C.A. : Je suis d’accord.

A-149-17  
2018 FCA 24

A-149-17  
2018 CAF 24

**Vancouver Airport Authority** (*Appellant*)

**Administration de l'aéroport de Vancouver**  
(*appelante*)

v.

c.

**Commissioner of Competition** (*Respondent*)

**Commissaire de la concurrence** (*intimé*)

**INDEXED AS: VANCOUVER AIRPORT AUTHORITY v. COMMISSIONER OF COMPETITION**

**RÉPERTORIÉ : ADMINISTRATION DE L'AÉROPORT DE VANCOUVER c. COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE**

Federal Court of Appeal, Stratas, Boivin and Laskin J.J.A.—Ottawa, October 17, 2017; January 24, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Boivin et Laskin, J.C.A.—Ottawa, 17 octobre 2017 et 24 janvier 2018.

*Competition — Appeal from Competition Tribunal order dismissing appellant's motion for disclosure of documents respondent refusing to produce in underlying competition proceedings against appellant for alleged abuse of dominant position — Respondent alleging that appellant controlling market for “galley handling” at airport — Withholding certain documents on basis of alleged public interest class privilege — Competition Tribunal upholding existence of alleged class privilege, documents thus not needing to be disclosed — Respondent arguing class privilege recognized in Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies), Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown) — What is legally required for a court to recognize a class privilege? — Claim to public interest privilege rejected — D & B Companies, Hillsdown not affirming existence of class privilege — If they had, these holdings can no longer stand in light of R. v. National Post, Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat — Competition Tribunal erring when describing D & B Companies, Hillsdown as “long standing and unanimous” on existence of class privilege, considering it binding — Not possible on case law for Court or Competition Tribunal to recognize new class privilege — Class privilege sought by respondent should only be granted by Parliament — Lesser measures under Competition Act, Competition Tribunal Rules available to protect confidentiality — Class privilege could not be recognized on basis of evidentiary record herein — Respondent not adducing evidence before Competition Tribunal establishing prerequisites of public interest class privilege — Competition Tribunal should have examined in rigorous way whether blanket confidentiality protection afforded by class privilege needed — “Sound policy rationales” not enough to recognize class privilege — Respondent not*

*Concurrence — Appel d'une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence rejetant la requête de l'appelante en divulgation des documents que l'intimé a refusé de produire dans le cadre de l'instance sous-jacente instituée devant le Tribunal de la concurrence contre l'appelante concernant des allégations d'abus de position dominante — L'intimé a allégué que l'appelante contrôle le marché de la « manipulation des aliments » à l'aéroport — Il a retenu certains documents au motif qu'il existait un privilège générique d'intérêt public — Le Tribunal de la concurrence a confirmé l'existence du privilège générique revendiqué et a conclu, par conséquent, qu'il n'était nécessaire de communiquer aucun des documents — L'intimé a affirmé que le privilège générique a été reconnu dans Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies) et Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown) — Il s'agissait de savoir quel critère juridique permet aux cours de reconnaître un privilège générique — La revendication visant la reconnaissance d'un privilège d'intérêt public a été rejetée — Les arrêts D & B Companies et Hillsdown n'ont pas confirmé l'existence d'un privilège générique — S'ils l'avaient fait, cette conclusion ne tiendrait plus à cause de R. c. National Post et Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat — Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur lorsqu'il a décrit les arrêts D & B Companies et Hillsdown comme étant de la jurisprudence « unanime de longue date » sur l'existence du privilège générique et a considéré qu'elle le liait — Il n'était pas possible, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour ou du Tribunal de la concurrence, de reconnaître un nouveau privilège générique — Le privilège générique revendiqué par l'intimé ne devrait être accordé que par le législateur — La Loi sur la concurrence et les Règles du Tribunal de la concurrence prévoient des mécanismes de*

*establishing that blanket confidentiality protection absolutely necessary — Purported scope of privilege unnecessarily broad, detached from compelling public interest — Measures falling short of blanket class privilege might suffice to protect confidentiality interests — International competition authorities not finding it necessary to recognize class privilege over information supplied by third parties — Recognition of class privilege not depending on whether beneficiary of privilege prepared to act fairly — Appeal allowed.*

This was an appeal from an order of the Competition Tribunal dismissing the appellant's motion seeking the disclosure of documents that the respondent refused to produce in the underlying competition proceedings against the appellant for alleged abuse of dominant position.

The respondent alleged that the appellant controls the market for “galley handling” at the airport. The respondent delivered an affidavit of documents in the competition proceeding disclosing that it had roughly 11 500 relevant documents in its possession, power or control. But the respondent was willing to produce fewer than 2000. Almost all of the remaining documents were withheld in whole or in part on the basis of an alleged public interest class privilege. The respondent subsequently waived privilege over roughly 8 300 documents. But 1200 documents remained withheld exclusively on the basis of the privilege. The motion for disclosure went forward and concerned these 1 200 documents. The appellant urged the Competition Tribunal to determine on a case-by-case or document-by-document basis whether a public interest privilege exists concerning any of the 1200 documents. In dismissing the motion, the Competition Tribunal upheld the existence of the alleged class privilege and, thus, none of the 1200 documents needed to be disclosed.

The respondent argued, *inter alia*, that the Court has already recognized a class privilege covering all documents and information supplied to the respondent from third party sources

*moindre envergure pour protéger la confidentialité — Un privilège générique ne pourrait pas être reconnu sur le fondement de la preuve en l'espèce — L'intimé n'a pas présenté une preuve au Tribunal de la concurrence établissant les pré-alables du privilège générique d'intérêt public — Le Tribunal de la concurrence aurait dû examiner d'une façon rigoureuse la question de savoir si la protection générale conférée par un privilège générique était nécessaire — De « solides raisons de principe » ne suffisent pas à la reconnaissance d'un privilège générique — L'intimé n'a pas établi qu'une protection générale de la confidentialité était absolument nécessaire — La portée alléguée du privilège est inutilement générale et éloignée de l'intérêt public impérieux — Des mesures de moindre envergure que le privilège générique général pourraient suffire à protéger les droits à la confidentialité — Les autorités internationales en matière de concurrence n'ont pas jugé nécessaire de reconnaître un privilège générique à l'égard des renseignements fournis par des tiers — La reconnaissance d'un privilège générique ne dépend pas de la bonne volonté du bénéficiaire du privilège d'agir équitablement — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence rejetant la requête de l'appelante en divulgation des documents que l'intimé a refusé de produire dans le cadre de l'instance sous-jacente instituée devant le Tribunal de la concurrence contre l'appelante concernant des allégations d'abus de position dominante.

L'intimé a allégué que l'appelante contrôle le marché de la « manipulation des aliments » à l'aéroport. L'intimé a produit un affidavit de documents dans le cadre de l'instance devant le Tribunal de la concurrence précisant qu'il avait environ 11 500 documents pertinents en sa possession, sous son autorité ou son contrôle. Mais l'intimé était disposé à en divulguer moins de 2 000. Presque tous les autres documents ont été retenus intégralement ou en partie au motif qu'il existait un privilège générique d'intérêt public. L'intimé a par la suite renoncé au privilège à l'égard d'environ 8 300 documents. Mais 1 200 documents n'ont pas été divulgués au seul motif du privilège. La requête en divulgation n'a pas été retirée et visait ces 1 200 documents. L'appelante a exhorté le Tribunal de la concurrence à décider au cas par cas ou document par document s'il existe un privilège d'intérêt public concernant l'un ou l'autre des 1 200 documents en cause. Lorsqu'il a rejeté la requête, le Tribunal de la concurrence a confirmé l'existence du privilège générique revendiqué et a conclu, par conséquent, qu'il n'était nécessaire de communiquer aucun des 1 200 documents.

L'intimé a affirmé notamment que la Cour a déjà reconnu le privilège générique visant l'ensemble des documents et renseignements fournis à l'intimé par des tiers pendant ses

during its investigations in *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies)* and *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown)*.

At issue were the legal requirements needed for a court to recognize a class privilege.

*Held*, the appeal should be allowed.

The respondent's claim to a public interest privilege over the documents he refused to disclose had to be rejected. *D & B Companies* must be seen in light of the standard of review the Court applied therein. The Court decided in *D & B Companies* that the Tribunal's recognition of a public interest privilege was owed deference and could not be interfered with. The Court did not affirm for itself, nor did it need to affirm for itself given the deferential standard of review, that a class privilege exists. *Hillsdown* is similar to *D & B Companies*. Had the Court in *D & B Companies* or *Hillsdown* affirmed that the public interest class privilege actually exists, these holdings can no longer stand in light of later Supreme Court of Canada cases such as *R. v. National Post and Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*. The Competition Tribunal erred in law when it described *D & B Companies*, *Hillsdown* and its own case law as "long standing and unanimous" on the existence of the class privilege, considered it binding, and relied upon it in dismissing the appellant's motion. It is not possible on the case law for this Court or the Competition Tribunal to recognize a new class privilege in these circumstances. The sort of class privilege the respondent seeks should only be granted by Parliament. Parliament's failure to enact the class privilege sought by the respondent is noteworthy. This provides another reason why this Court should not construct one itself. Lesser measures under the *Competition Act* and *Competition Tribunal Rules* are available to protect confidentiality, short of the extreme step of recognizing a public interest class privilege over all materials gathered by the respondent from third parties during his investigation.

Even if the threshold for judicial recognition of a class privilege were not as high as the Supreme Court has set it, a class privilege could not be recognized on the basis of the evidentiary record in this case. It was incumbent on the respondent to adduce evidence before the Competition Tribunal establishing the prerequisites of the public interest class privilege.

enquêtes dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd. (D & B Companies)* et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. (Hillsdown)*.

Il s'agissait de savoir quel critère juridique permet aux cours de reconnaître un privilège générique.

*Jugement* : l'appel doit être accueilli.

La revendication de l'intimé visant la reconnaissance d'un privilège d'intérêt public à l'égard des documents qu'il a refusé de divulguer devait être rejetée. L'arrêt *D & B Companies* doit être examiné à la lumière de la norme de contrôle que la Cour a appliquée dans cette affaire. La Cour a conclu dans *D & B Companies* qu'il fallait faire preuve de retenue à l'égard de la décision du Tribunal de reconnaître un privilège d'intérêt public et que cette décision ne pouvait être modifiée. La Cour n'a pas elle-même affirmé qu'il existait un privilège générique, et elle n'avait pas à le faire vu la norme de contrôle déférente. L'arrêt *Hillsdown* est similaire à l'arrêt *D & B Companies*. Si la Cour avait affirmé dans les arrêts *D & B Companies* ou *Hillsdown* qu'il existe un privilège générique d'intérêt public, cette conclusion ne tiendrait plus à cause d'arrêts ultérieurs de la Cour suprême comme *R. c. National Post et Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*. Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur lorsqu'il a décrit les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* ainsi que sa propre jurisprudence sur l'existence du privilège générique comme étant de la jurisprudence « unanime de longue date », a considéré qu'elle le liait et s'est appuyé sur elle pour rejeter la requête de l'appelante. Il n'est pas possible, en se fondant sur la jurisprudence de la Cour ou du Tribunal de la concurrence, de reconnaître un nouveau privilège générique dans les présentes circonstances. Le genre de privilège générique revendiqué par l'intimé ne devrait être accordé que par le législateur. Il convient de noter l'omission du législateur d'établir le privilège générique revendiqué par l'intimé. C'est là une raison de plus pour la Cour de ne pas elle-même instituer un tel privilège. La *Loi sur la concurrence* et les *Règles du Tribunal de la concurrence* prévoient des mécanismes de moindre envergure pour protéger la confidentialité que la mesure extrême de reconnaître un privilège générique d'intérêt public à l'égard de l'ensemble des documents recueillis par l'intimé auprès de tiers pendant son enquête.

Même si le critère pour la reconnaissance par les tribunaux d'un privilège générique n'était pas aussi rigoureux que le critère établi par la Cour suprême, un privilège générique ne pourrait pas être reconnu sur le fondement de la preuve en l'espèce. Il incombait à l'intimé de présenter une preuve au Tribunal de la concurrence établissant les préalables du

It did not. The Competition Tribunal found that the class privilege asserted by the respondent had “sound policy rationales” based on previously decided case law. An examination of that case law shows only the most general, and often cursory, consideration of the matter. The Competition Tribunal should have examined in a rigorous way whether the blanket confidentiality protection afforded by a class privilege was needed in order to ensure a sufficiently uninhibited sharing of information by third party sources with the respondent. “Sound policy rationales” are not enough to recognize the class privilege. The respondent did not establish that blanket confidentiality protection is absolutely necessary for the preservation of that relationship. The purported scope of the privilege is unnecessarily broad and detached from the compelling public interest asserted by the respondent. If a document emanates from outside of the purportedly essential relationship between the respondent and third party sources, there is no need for the privilege to attach. In these circumstances, measures falling short of a blanket class privilege might suffice to protect the confidentiality interests and preserve the relationship between the respondent and third party sources who can assist his investigation. International competition authorities have not found it necessary to recognize a class privilege over information and documents supplied by third parties. This is a salient legal consideration to be taken into account when assessing whether a class privilege should be recognized. The Competition Tribunal erred when it considered that the experience of foreign competition authorities and domestic regulators was of “no moment”. Finally, the recognition of a class privilege does not depend on whether the beneficiary of the privilege is prepared to act fairly.

The motion was remitted to the Competition Tribunal for redetermination.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.  
*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 10(3), 11, 19, 29(1), 66.1, 66.2, 79.  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 13(1).  
*Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, rr. 22, 66, 68(1).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

privilege générique d'intérêt public, ce qu'il n'a pas fait. Le Tribunal de la concurrence a conclu, sur le fondement de la jurisprudence, que le privilège générique revendiqué par l'intimé avait de « solides raisons de principe ». L'examen de cette jurisprudence montre uniquement qu'on a procédé à l'examen le plus général, et souvent superficiel, de la question. Le Tribunal de la concurrence aurait plutôt dû examiner d'une façon rigoureuse la question de savoir si la protection générale conférée par un privilège générique était nécessaire pour assurer une communication de renseignements suffisamment libre par les tiers à l'intimé. De « solides raisons de principe » ne suffisent pas à la reconnaissance d'un privilège générique. L'intimé n'a pas établi qu'une protection générale de la confidentialité est absolument nécessaire à la préservation de la relation. La portée alléguée du privilège est inutilement générale et éloignée de l'intérêt public impérieux revendiqué par l'intimé. Si le document ne provient pas d'une relation censément essentielle entre l'intimé et des tiers, il n'y a pas lieu d'y rattacher un privilège. Dans ces circonstances, des mesures de moindre envergure que le privilège générique général pourraient suffire à protéger les droits à la confidentialité et à préserver la relation entre l'intimé et les tiers qui peuvent l'aider dans ses enquêtes. Les autorités internationales en matière de concurrence n'ont pas jugé nécessaire de reconnaître un privilège générique à l'égard des renseignements et des documents fournis par des tiers. Il s'agit d'une considération juridique prépondérante dans l'appréciation de la question de savoir si un privilège générique devrait être reconnu. Le Tribunal de la concurrence a commis une erreur lorsqu'il a jugé que l'expérience des autorités étrangères en matière de concurrence et des organismes de réglementation nationaux était « sans importance ». Enfin, la reconnaissance d'un privilège générique ne dépend pas de la bonne volonté du bénéficiaire du privilège d'agir équitablement.

La requête a été renvoyée au Tribunal de la concurrence pour qu'il rende une nouvelle décision.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 10(3), 11, 19, 29(1), 66.1, 66.2, 79.  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 13(1).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, règles 22, 66, 68(1).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33.

## CONSIDERED:

*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874; *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420; *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 353, 176 N.R. 62 (F.C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] F.C.J. No. 1021 (QL) (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Shakov*, 2017 FCA 250; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, 1993 CanLII 2207 (Comp. Trib.).

## REFERRED TO:

*Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.); *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Div. Ct.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874; *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 1643 (QL) (C.A.); *Canada (Directeurs des enquêtes et recherches) c. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 1021 (QL) (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Shakov*, 2017 CAF 250; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, 1993 CanLII 2207 (Trib. conc.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884; *Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.); *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Cour div.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J. No. 484 (QL) (Div. gén.); *Thompson v. Chiropractors' Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36

No. 484 (QL) (Gen. Div.); *Thompson v. Chiropractors' Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (Sask. Q.B.); *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. No. 4089 (QL) (Div. Ct.); *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), aff'd 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. No. 2988 (QL); *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425, (1994), 55 C.P.R. (3d) 482 (T.D.), aff'd (1994), 56 C.P.R. (3d) 377, 170 N.R. 360 (F.C.A.); *Sheriff v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 139, [2007] 1 F.C.R. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Canada (Commissioner of Competition) v. Chair Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140; *Commissioner of Competition v. Canada Pipe Company*, 2003 Comp. Trib. 15, 28 C.P.R. (4th) 335; *Commissioner of Competition v. Sears Canada Inc.*, 2003 Comp. Trib. 19, [2003] C.C.T.D. No. 16 (QL), 28 C.P.R. (4th) 385; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

Admin. L.R. (2d) 273 (B.R. Sask.); *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. n° 4089 (QL) (Div. gén.); *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), conf. par 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. n° 2988 (QL); *CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1994] A.C.F. n° 884 (QL) (C.A.); *Sheriff c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 139, [2007] 1 R.C.F. 3; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Slansky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Canada (Commissioner of Competition) v. Chair Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140; *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2003 Trib. conc. 15; *Commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.*, 2003 Trib. conc. 19; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

## AUTHORS CITED

Cooper, Terrance G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.  
 Hubbard, Robert W., *The Law of Privilege in Canada*, looseleaf, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.  
 Kent Thomson, Charles Tingley and Anita Banicevic "Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe: An Experiment Gone Wrong" (2006), 31 *The Advocates' Quarterly* 67.  
 Lederman, Sidney L., *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

## DOCTRINE CITÉE

Cooper, Terrance G. *Crown Privilege*, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.  
 Hubbard, Robert W., *The Law of Privilege in Canada*, feuilles mobiles, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.  
 Kent Thomson, Charles Tingley et Anita Banicevic, « Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe : An Experiment Gone Wrong » (2006), 31 *The Advocates' Quarterly* 67.  
 Lederman, Sidney L., *The Law of Evidence in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

*Wigmore on Evidence* (McNaughton Rev. 1961), Vol. 8, at § 2285.

APPEAL from an order of the Competition Tribunal (2017 Comp. Trib. 6, 2017 CACT 6 (CanLII)) dismissing the appellant's motion seeking the disclosure of documents that the respondent refused to produce in the underlying competition proceedings against the appellant for alleged abuse of dominant position. Appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Calvin S. Goldman, Q.C., Julie Rosenthal and Ryan Cookson* for appellant.  
*Jonathan Hood, Katherine Rydel, Ryan Caron, Antonio di Domenico and Jonathan Chaplin* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada and Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Toronto, for respondent.

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

[1] STRATAS J.A.: The Vancouver Airport Authority appeals from the order dated April 24, 2017 of the Competition Tribunal (*per* Gascon J.): 2017 Comp. Trib. 6, 2017 CACT 6 (CanLII).

[2] In the Competition Tribunal, the Commissioner of Competition has brought competition proceedings against the Airport Authority for alleged abuse of dominant position. In proceedings such as these, parties whose conduct is impugned are entitled to pre-hearing disclosure. The Commissioner has disclosed many documents to the Airport Authority. But he has refused to produce roughly 1 200 documents. He says that these documents are covered by a class privilege that protects the confidentiality interests of those who have given him documents and information during his investigations.

*Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton, 1961), vol. 8, at § 2285.

APPEL d'une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence (2017 Trib. conc. 6) rejetant la requête de l'appelante en divulgation des documents que l'intimé a refusé de produire dans le cadre de l'instance sous-jacente instituée devant le Tribunal de la concurrence contre l'appelante concernant des allégations d'abus de position dominante. Appel accueilli.

#### ONT COMPARU :

*Calvin S. Goldman, c.r., Julie Rosenthal et Ryan Cookson* pour l'appelante.  
*Jonathan Hood, Katherine Rydel, Ryan Caron, Antonio di Domenico et Jonathan Chaplin* pour l'intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada et Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Toronto, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : L'Administration de l'aéroport de Vancouver (l'Administration) interjette appel de l'ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence (le juge Gascon) le 24 avril 2017 (2017 Trib. conc. 6).

[2] Le commissaire de la concurrence a intenté, devant le Tribunal de la concurrence, une procédure à l'encontre de l'Administration concernant des allégations d'abus de position dominante. Dans de telles procédures, les parties dont la conduite est attaquée ont droit à une divulgation préalable. Le commissaire a divulgué de nombreux documents à l'Administration. Il a toutefois refusé d'en produire environ 1 200 au motif qu'ils sont visés par un privilège générique qui protège le droit à la confidentialité des personnes qui lui ont fourni des documents et des renseignements dans le cadre de ses enquêtes.

[3] In response, the Airport Authority brought a motion seeking disclosure of the documents. Before the Competition Tribunal, it submitted that the alleged class privilege does not exist and so the documents should be disclosed.

[4] In well-expressed, clear and comprehensive reasons, the Competition Tribunal found that the alleged class privilege exists. Key to its reasons is its application of earlier authorities of this Court that it believed confirmed the existence of a class privilege. By order dated April 24, 2017, the Competition Tribunal dismissed the Airport Authority's motion for disclosure.

[5] The Airport Authority appeals from that dismissal. The appeal turns on whether the alleged class privilege exists. I find that it does not. The earlier authorities of this Court that the Competition Tribunal invoked in support of its decision do not apply. In any event, they have been overtaken by later Supreme Court jurisprudence. This jurisprudence is against recognizing a class privilege in this case.

[6] Therefore, I would allow the appeal, quash the order of the Competition Tribunal and remit the motion to it for redetermination.

#### A. Background

[7] The Commissioner of Competition has applied to the Competition Tribunal for relief against the Airport Authority under section 79 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 [the Act]. The relief stems from the Airport Authority's decision to allow only two in-flight caterers to operate at the Vancouver International Airport.

[8] In his application, the Commissioner alleges that the Airport Authority controls the market for "galley handling" at the airport, the Airport Authority acted with an anti-competitive purpose when deciding to permit only two in-flight caterers to operate at the airport,

[3] En réponse, l'Administration a présenté une requête en divulgation des documents. Elle a fait valoir devant le Tribunal de la concurrence que le privilège générique invoqué n'existe pas et que les documents devraient par conséquent être divulgués.

[4] Dans des motifs bien écrits, clairs et exhaustifs, le Tribunal de la concurrence a conclu à l'existence du privilège générique invoqué. Ses motifs étaient principalement axés sur l'application de la jurisprudence de notre Cour qui, selon lui, confirmait l'existence du privilège générique. Dans l'ordonnance du 24 avril 2017, le Tribunal de la concurrence a rejeté la requête en divulgation de l'Administration.

[5] L'Administration interjette appel de ce rejet. L'appel porte sur l'existence du privilège générique invoqué. Je conclus qu'il n'existe pas. La jurisprudence de notre Cour que le Tribunal de la concurrence a invoquée à l'appui de sa décision ne s'applique pas. Quoiqu'il en soit, elle a été supplantée par la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême, dont l'application ne mène pas à la reconnaissance d'un privilège générique en l'espèce.

[6] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance du Tribunal de la concurrence et je lui renverrais la requête pour nouvelle décision.

#### A. Contexte

[7] Le commissaire de la concurrence a présenté au Tribunal de la concurrence une demande d'ordonnance fondée sur l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi), à l'encontre de l'Administration. Cette demande fait suite à la décision de l'Administration de permettre à seulement deux traiteurs aériens, soit des fournisseurs de services de restauration à bord des avions, de mener leurs activités à l'aéroport international de Vancouver.

[8] Dans sa demande, le commissaire allègue que l'Administration contrôle le marché de la « manipulation des aliments » à l'aéroport, qu'elle a agi dans un but anticoncurrentiel lorsqu'elle a décidé de permettre à seulement deux traiteurs aériens de mener leurs

and a “substantial prevention or lessening of competition” has resulted, causing “higher prices, dampened innovation and lower service quality” [at paragraph 7].

[9] The Airport Authority denies the Commissioner’s allegations and defends against the relief sought. It asserts that it has been acting throughout to discharge its public interest mandate as a non-profit entity, including enhancing the airport’s ability to attract and retain flights, thereby generating economic development for Vancouver and, more broadly, for British Columbia and the rest of Canada. The Airport Authority adds that it determined, legitimately, that allowing additional caterers to operate at the airport would imperil the viability of the two already operating at the airport. It also alleges that it does not substantially or completely control the market for galley handling at the airport, it did not have an anti-competitive purpose, and its decision to restrict the number of caterers at the airport did not lessen competition or cause deleterious effects.

[10] In his investigation, the Commissioner of Competition obtained a number of orders under section 11 of the Act. These required four in-flight catering firms, two operating at the airport and two who want to operate at the airport, to produce to the Commissioner a broad array of documents.

[11] The Commissioner of Competition delivered an affidavit of documents in the proceeding. That affidavit disclosed that the Commissioner had roughly 11 500 relevant documents in his possession, power or control. But he was willing to produce fewer than 2 000. Most of these were the Airport Authority’s own documents.

[12] Almost all of the remaining documents, roughly 9 500, were withheld in whole or in part on the basis of an alleged public interest class privilege. These documents comprise much of the case the Commissioner has against the Airport Authority.

activités à l’aéroport; ce faisant, elle a « empêché ou diminué sensiblement la concurrence », ce qui a eu pour résultat de « hausse[r] les prix, freine[r] l’innovation et réduit la qualité du service » [au paragraphe 7].

[9] L’Administration nie les allégations du commissaire et conteste l’ordonnance demandée. Elle soutient avoir toujours agi conformément à son mandat de servir l’intérêt public en tant qu’organisme sans but lucratif. Elle a notamment cherché à renforcer la capacité de l’aéroport à attirer et à maintenir des vols, contribuant ainsi au développement économique de Vancouver et, plus largement, de la Colombie-Britannique et du reste du Canada. L’Administration ajoute qu’elle a légitimement conclu que le fait d’autoriser un plus grand nombre de traiteurs à l’aéroport compromettrait la viabilité des deux traiteurs qui mènent déjà leurs activités à l’aéroport. Elle allègue aussi qu’elle ne contrôle pas sensiblement ou complètement le marché de la restauration aérienne à l’aéroport, qu’elle n’a pas agi dans un but anticoncurrentiel et que sa décision de limiter le nombre de traiteurs à l’aéroport n’avait pas diminué la concurrence ou causé d’effets préjudiciables.

[10] Dans le cadre de son enquête, le commissaire de la concurrence a obtenu un certain nombre d’ordonnances au titre de l’article 11 de la Loi. Ces ordonnances exigeaient de la part de quatre entreprises de services de restauration en vol, deux menant leurs activités à l’aéroport et deux souhaitant exploiter leur entreprise à l’aéroport, qu’elles produisent un vaste éventail de documents auprès du commissaire.

[11] Le commissaire de la concurrence a produit un affidavit de documents dans le cadre de l’instance. Cet affidavit précisait que le commissaire avait environ 11 500 documents pertinents en sa possession, sous son autorité ou son contrôle, mais qu’il acceptait d’en divulguer moins de 2 000. La plupart des documents divulgués étaient les propres documents de l’Administration.

[12] Presque tous les autres documents, soit environ 9 500, ont été retenus intégralement ou en partie au motif qu’il existait un privilège générique d’intérêt public. Ces documents comprennent une bonne partie de la preuve que le commissaire entend utiliser contre l’Administration.

[13] The Airport Authority brought a motion for disclosure of the 9 500 documents. On the day the motion was to be heard, the Commissioner delivered an amended affidavit of documents. In that affidavit, he waived privilege over roughly 8 300 documents. This is 86 percent of the documents originally said to be covered by a class privilege. Roughly 1 200 documents—12 percent of the documents originally withheld—remained withheld exclusively on the basis of a public interest class privilege.

[14] The motion for disclosure went forward and concerned these 1 200 documents. The Commissioner continued to assert that these remaining documents were covered by a class privilege and could not be disclosed. The Commissioner [at paragraph 15] argued that this class privilege covered all “records created or obtained by the Commissioner, [his] employees, servants, agents or solicitors or obtained from third parties during the Commissioner’s investigation”.

[15] The Airport Authority urged the Competition Tribunal to reject the Commissioner’s assertion of a class privilege. In its view, the Competition Tribunal should instead determine on a case-by-case or document-by-document basis whether a public interest privilege exists concerning any of the 1 200 documents.

[16] In its decision, the Competition Tribunal disagreed with the Airport Authority and dismissed its motion for disclosure. It upheld the existence of the alleged class privilege and, thus, none of the 1 200 documents needed to be disclosed. Given this, it did not need to examine whether any of the individual documents were subject to public interest privilege on a case-by-case or a document-by-document basis.

[17] The Airport Authority appeals from the dismissal of its motion for disclosure to this Court. The appeal is under subsection 13(1) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19.

[13] L’Administration a présenté une requête en divulgation des 9 500 documents. Le jour où la requête devait être entendue, le commissaire a présenté un affidavit de documents modifié dans lequel il renonçait au privilège à l’égard d’environ 8 300 documents. Cela représente environ 86 p. 100 des documents qui, à l’origine, étaient censément visés par un privilège générique. Environ 1 200 documents, soit 12 p. 100 des documents initialement retenus, n’ont toujours pas été divulgués, au seul motif du privilège générique d’intérêt public.

[14] La requête en divulgation n’a pas été retirée : elle visait désormais ces 1 200 documents. Le commissaire a continué de faire valoir que ces documents étaient visés par un privilège générique et ne pouvaient pas être divulgués. Il a soutenu [au paragraphe 15] que ce privilège générique visait les « documents créés ou obtenus par le commissaire, ses employés, préposés, mandataires ou procureurs, ou obtenus auprès de tierces parties dans le cadre d’enquêtes [qu’il a] menées ».

[15] L’Administration a exhorté le Tribunal de la concurrence à rejeter la revendication de privilège générique du commissaire. À son avis, le Tribunal de la concurrence devrait plutôt décider au cas par cas ou document par document s’il existe un privilège d’intérêt public concernant l’un ou l’autre des 1 200 documents en cause.

[16] Dans sa décision, le Tribunal de la concurrence s’est dit en désaccord avec l’Administration et a rejeté sa requête en divulgation. Il a confirmé l’existence du privilège générique revendiqué et a conclu, par conséquent, qu’il n’était nécessaire de communiquer aucun des 1 200 documents. Vu cette conclusion, le Tribunal n’avait pas à juger au cas par cas ou document par document si l’un ou l’autre des documents était protégé par un privilège d’intérêt public.

[17] L’Administration interjette appel auprès de notre Cour du rejet de sa requête en divulgation. L’appel est présenté en vertu du paragraphe 13(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19.

## B. Standard of review

[18] In appeals to this Court from the Competition Tribunal, legal questions are to be reviewed for correctness: *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraphs 34 and 39; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185.

[19] In this appeal, the central question before us is what is legally required for a court to recognize a class privilege. This is a legal question to be reviewed for correctness. In my view, for the reasons that follow, the Competition Tribunal erred in answering this question. Alternatively, in recognizing a class privilege in the circumstances of this case and based on this evidentiary record, the Competition Tribunal proceeded on the basis of an error in law or in legal principle. Its decision cannot stand.

## C. Preliminary considerations

[20] The submissions to us, truly excellent as they were, touched on many different concepts, some aspects of which were complex. These included the admissibility of evidence, pre-hearing disclosure obligations, and, more generally, procedural fairness obligations. The complexity was magnified by the fact that these concepts potentially have different content in court proceedings and administrative proceedings. At the outset, it is worth describing these concepts, how they operate and interrelate, and where they fit in the whole scheme of things.

### (1) The admissibility of evidence

[21] In court proceedings, the “fundamental ‘first principle’” is that “all relevant evidence” going to the truth of the matter before the court “is admissible until proven otherwise”: *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at page 288, [1991] 6 W.W.R. 673, at page 688 and see,

## B. Norme de contrôle

[18] Dans les appels de décisions du Tribunal de la concurrence interjetés devant notre Cour, les questions de droit doivent être examinées selon la norme de la décision correcte (*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, paragraphes 34 et 39; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185).

[19] Dans le présent appel, la question centrale dont nous sommes saisis est de savoir quel critère juridique permet aux cours de reconnaître un privilège générique. Il s’agit d’une question de droit à examiner selon la norme de la décision correcte. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur dans sa réponse. Subsidiairement, en reconnaissant, sur le fondement de la preuve au dossier, l’existence d’un privilège générique dans les circonstances, le Tribunal de la concurrence a appuyé sa décision sur une erreur de droit ou un principe de droit erroné. Sa décision ne saurait être confirmée.

## C. Considérations préliminaires

[20] Les observations qui nous ont été présentées, que je trouve par ailleurs excellentes, visaient de nombreux concepts différents, dont certains aspects étaient complexes : admissibilité de la preuve, obligations en matière de divulgation préalable et, de manière plus générale, obligations en matière d’équité procédurale. La complexité est amplifiée du fait que ces concepts peuvent avoir un contenu différent dans les procédures judiciaires et dans les procédures administratives. Il convient d’entrée de jeu de décrire ces concepts, la façon dont ils fonctionnent et sont reliés, ainsi que leur situation dans un cadre général.

### 1) L’admissibilité de la preuve

[21] Dans les procédures judiciaires, le « “principe premier” fondamental » est que « tous les éléments de preuve pertinents » concernant la vérité de l’affaire dont la Cour est saisie « sont admissibles jusqu’à preuve du contraire » (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263,

e.g., *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723, at paragraphs 79–82.

[22] There are exceptions to this first principle: sometimes relevant evidence is inadmissible. For example, hearsay is ordinarily inadmissible. Another exception is public interest privilege: evidence covered by a legally recognized public interest privilege is inadmissible.

[23] As in court proceedings, administrative proceedings are often directed at getting at the truth of the matter. What happened? Who did what? How was it done? Why? With what effects? As a general rule, within the limits of materiality and proportionality, administrative decision makers want to receive all possible evidence bearing on these questions. They too are on a quest for the truth of the matters before them and they often formulate their evidentiary rules with that in mind. This is certainly true for the administrative decision maker here, the Competition Tribunal.

[24] And just like courts, many administrative decision makers recognize exceptions to general rules of admissibility.

[25] The law of evidence before administrative decision makers is not necessarily the same as that in court proceedings. An administrative decision maker's power to admit or exclude evidence is governed exclusively by its empowering legislation and any policies consistent with that legislation: *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at paragraph 16; on how to interpret legislation that empowers administrators, see *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 and *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601. The empowering legislation, properly interpreted, might allow an administrative

page 288, et voir *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, paragraphes 79 à 82).

[22] Il existe des exceptions à ce principe premier : parfois, des éléments de preuve pertinents sont inadmissibles. Par exemple, le ouï-dire est habituellement inadmissible. Une autre exception est le privilège d'intérêt public : les éléments de preuve visés par un privilège d'intérêt public juridiquement reconnu sont inadmissibles.

[23] Comme les procédures judiciaires, les procédures administratives visent souvent à découvrir la vérité. Que s'est-il produit? Qui a fait quoi? Comment? Pourquoi? Quels en sont les effets? En règle générale, les décideurs administratifs souhaitent recevoir tous les éléments de preuve possibles touchant ces questions, dans la mesure où ces éléments respectent les critères de pertinence et de proportionnalité. Lorsqu'ils sont saisis d'une affaire, ces décideurs recherchent eux aussi la vérité et formulent souvent leurs règles de preuve en ayant cette préoccupation à l'esprit. C'est certainement le cas du décideur administratif en cause en l'espèce, le Tribunal de la concurrence.

[24] Tout comme les cours de justice, de nombreux décideurs administratifs reconnaissent que les règles d'admissibilité générales ont des exceptions.

[25] Le droit de la preuve applicable devant les décideurs administratifs n'est pas nécessairement le même que celui applicable dans les procédures judiciaires. Le pouvoir d'un décideur administratif d'admettre ou d'exclure des éléments de preuve est régi exclusivement par sa loi habilitante et les politiques adoptées conformément à cette loi (*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, paragraphe 16; sur la façon d'interpréter la loi qui habilite les administrateurs, voir *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, et *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601). La loi

decision maker to admit material that courts would ordinarily reject as inadmissible.

[26] This being said, privileges designed to protect fundamental confidentiality interests such as legal professional privilege have the same force in administrative proceedings as in court proceedings. Any administrative decisions or legislation governing administrative decision makers that weakens or undercuts the privileges may be, respectively, unreasonable or infringe the protection of privacy interests in section 8 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]: *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209.

[27] In the case before us, the Competition Tribunal recognizes, and all before us accept, that evidence covered by a legally recognized public interest privilege is inadmissible.

(2) Pre-hearing disclosure obligations: an aspect of procedural fairness

[28] Administrative proceedings must be procedurally fair. The level of procedural fairness that must be given varies according to a number of factors: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraphs 23–28.

[29] Before us are administrative proceedings that are adjudicative in nature. Usually in such proceedings, the requirements of procedural fairness are high: *Baker*, at paragraph 23; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884. This is particularly so where the proceedings have the potential to significantly affect a party's interests: *Baker*, at paragraph 25; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R.

habilitante, bien interprétée, peut autoriser un décideur administratif à admettre des éléments que les cours de justice considéreraient habituellement comme inadmissibles et donc qu'elles rejetteraient.

[26] Cela dit, les privilèges visant à protéger les droits fondamentaux en matière de confidentialité, comme le secret professionnel de l'avocat, ont la même force dans les procédures administratives que dans les procédures judiciaires. Les décisions administratives ou les lois régissant les décideurs administratifs qui affaiblissent ces privilèges peuvent être considérées, respectivement, comme déraisonnables ou comme portant atteinte à la protection du droit à la vie privée visé à l'article 8 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] (*Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209).

[27] En l'espèce, le Tribunal de la concurrence reconnaît et accepte que les éléments de preuve visés par un privilège d'intérêt public juridiquement reconnu sont inadmissibles.

2) Obligations en matière de divulgation préalable : un aspect de l'équité procédurale

[28] Les procédures administratives doivent être équitables sur le plan de la procédure. Le niveau d'équité procédurale exigé varie en fonction d'un certain nombre de facteurs (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, at paragraphs 23 à 28).

[29] Nous sommes saisis de procédures administratives qui sont de nature juridictionnelle. Habituellement, dans le cadre de telles procédures, les exigences en matière d'équité procédurale sont rigoureuses (*Baker*, paragraphe 23; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884), particulièrement lorsque les procédures pourraient avoir des répercussions importantes sur les intérêts d'une partie (*Baker*, paragraphe 25; *Kane c.*

1105, at page 1113, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311, at page 322; *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at page 667. The Competition Tribunal correctly found that “a high degree of procedural protection is needed in Tribunal proceedings because of its court-like process” and “[t]he Tribunal resides very close to, if not at, the ‘judicial end of the spectrum’, where the functions and processes more closely resemble courts and attract the highest level of procedural fairness” (at paragraph 169).

[30] The procedural fairness obligations require the Commissioner of Competition to disclose to the Airport Authority evidence that is relevant to issues in the proceedings. This is necessary for the Airport Authority to know the case it has to meet and to fairly defend itself against the allegations. Often—as the Commissioner has recognized in this case by releasing roughly 8 300 documents from his investigatory file—this includes exculpatory material or other material resting in the investigatory file that could assist the party whose conduct is impugned in testing the evidence called by the Commissioner or in building its own case: see, e.g., in other contexts, *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Div. Ct.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J. No. 484 (QL) (Gen. Div.), at paragraph 43; *Thompson v. Chiropractors’ Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (Sask. Q.B.), at paragraphs 3–6; *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. No. 4089 (QL) (Div. Ct.), at paragraph 6; *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), at paragraph 23, affd 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. No. 2988 (QL). In some cases, there may be limits on the obligation to disclose based on materiality, proportionality, applicable legislative standards and the nature of the proceedings: *CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1994] 3 F.C. 425, (1994), 55 C.P.R. (3d) 482 (T.D.), affd (1994), 56

*Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, page 1113; *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), page 667). Le Tribunal de la concurrence a conclu avec raison qu’« il faut prévoir un degré élevé de protection procédurale dans les instances dont le Tribunal est saisi en raison de son processus similaire à celui d’une cour de justice » et que « [l]e Tribunal se situe très près de “l’extrémité judiciaire de l’échelle” — si ce n’est à l’extrémité même —, où les fonctions et les processus ressemblent davantage à ceux des cours de justice et commandent la plus grande mesure d’équité procédurale » (paragraphe 169).

[30] Le commissaire de la concurrence est tenu, en raison de ses obligations en matière d’équité procédurale, de communiquer à l’Administration les éléments de preuve qui sont pertinents quant aux questions en litige, et ce, pour que l’Administration connaisse la preuve à laquelle elle doit répondre et puisse se défendre de façon équitable contre les allégations. Souvent — comme le commissaire l’a reconnu en l’espèce en communiquant environ 8 300 documents de son dossier d’enquête —, la divulgation comprend des documents disculpatoires ou d’autres documents du dossier d’enquête qui pourraient aider la partie dont la conduite est attaquée à vérifier la preuve invoquée par le commissaire ou à étoffer sa propre preuve (voir, par exemple, dans d’autres contextes, *Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)* (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Cour div.); *Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)*, [1994] O.J. n° 484 (QL) (Div. Gén.), paragraphe 43; *Thompson v. Chiropractors’ Assn. of Saskatchewan*, [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (B.R. Sask.), paragraphes 3 à 6; *Shambleau v. Ontario (Securities Commission)* (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. n° 4089 (QL) (Div. gén.), paragraphe 6; *Re Fauth*, 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3; *Law Society of Upper Canada v. Savone*, 2015 ONLSTA 26 (CanLII), paragraphe 23, conf. par 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. n° 2988 (QL)). Dans certains cas, il peut exister des limites à l’obligation en matière de divulgation selon la pertinence, la proportionnalité, les normes législatives applicables et la nature de l’instance

C.P.R. (3d) 377, 170 N.R. 360 (F.C.A.); *Sheriff v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 139, [2007] 1 F.C.R. 3.

(3) The relationship between issues of admissibility and issues of pre-hearing disclosure

[31] The obligation to disclose is not necessarily limited by the law of admissibility. Material that is inadmissible can be subject to a disclosure obligation.

[32] To illustrate this, suppose that an authority such as the Commissioner of Competition possesses a document written by one person recounting a discussion with a particular individual. Although that document may be hearsay and arguably inadmissible to prove the contents of what the particular person said, nevertheless the requirements of procedural fairness may require that it be disclosed. The document may be extremely useful, indeed necessary, to the party whose conduct is impugned in the proceedings.

[33] For example, during a party's pre-hearing preparation, it may decide that it should interview the particular individual whose words are recounted in the document. Perhaps it may decide to call that person as a witness so that the truth of what was said is in evidence. Maybe the fact that the discussion took place at a particular time is an important fact in the scheme of things. And perhaps the document will be necessary to put to an adverse witness during cross-examination.

[34] However, sometimes inadmissible evidence cannot be disclosed. One instance is where privileges that protect fundamentally important interests in confidentiality apply, the privileges have not been waived, and no other exception recognized by law applies. For example, unless legal professional privilege has been waived, material covered by it is normally confidential for all purposes, in just about all circumstances; only

(*CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1994] 3 C.F. 425 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1994] A.C.F. n° 884 (QL) (C.A.); *Sheriff c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 139, [2007] 1 R.C.F. 3).

3) La relation entre les questions d'admissibilité et les questions de divulgation préalable

[31] L'obligation de divulgation n'est pas nécessairement limitée par le droit en matière d'admissibilité. Des documents inadmissibles peuvent être visés par une obligation de divulgation.

[32] À titre d'illustration, supposons qu'une autorité telle que le commissaire de la concurrence soit en possession d'un document dans lequel l'auteur relate une discussion avec une personne donnée. Même si ce document constitue possiblement du oui-dire et qu'on pourrait faire valoir qu'il est inadmissible comme preuve de la teneur des propos de la personne en question, les exigences en matière d'équité procédurale peuvent néanmoins commander la divulgation de ce document. Celui-ci pourrait s'avérer extrêmement utile, voire nécessaire, pour la partie dont la conduite est attaquée.

[33] Par exemple, pendant son travail préparatoire, une partie pourrait décider que la personne dont les propos sont rapportés dans le document devrait être interrogée. Elle pourrait décider de citer cette personne à comparaître pour que les propos qui ont véritablement été tenus figurent dans la preuve. Il se peut que le moment particulier où a eu lieu la discussion ait de l'importance. Il est aussi possible que le document soit nécessaire au contre-interrogatoire d'un témoin de la partie adverse.

[34] Cependant, il arrive parfois que la preuve inadmissible ne puisse pas être divulguée. C'est le cas notamment lorsque s'appliquent des privilèges protégeant des droits fondamentalement importants en matière de confidentialité, qu'on n'a pas renoncé aux privilèges et qu'aucune autre exception reconnue en droit ne s'applique. Par exemple, à moins que l'on ait renoncé au secret professionnel de l'avocat, les documents protégés

the rarest of circumstances will displace the privilege, such as criminal cases where innocence is at stake as a result of the non-disclosure: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paragraph 43.

[35] The central issue before us is whether the 1 200 remaining documents that the Commissioner refuses to disclose are covered by a public interest class privilege. Assuming the privilege exists, the Commissioner holds the privilege and has not waived it. At least no one has argued waiver either by explicit act or implied conduct: see, e.g., *Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at paragraphs 253–262 (dissenting, but the majority not disagreeing with the legal principle). Accordingly, in the circumstances of this case, if the class privilege exists, *prima facie* the Commissioner need not disclose any documents covered by it. If the class privilege does not exist and the Commissioner wants to maintain confidentiality over individual documents that were said to be in that class, the Commissioner will have to claim a public interest privilege on a document-by-document or case-by-case basis.

D. The public interest privilege claimable on a document-by-document or case-by-case basis compared with a class privilege: how do they differ?

[36] What is the nature of public interest privilege, claimable on a document-by-document or case-by-case basis? When does it exist?

[37] Certain basic principles are at stake in a claim for public interest privilege. In *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at page 647, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161, at page 169, the Supreme Court identified a basic tension resting at the heart of a claim for public interest privilege:

par celui-ci sont normalement confidentiels dans à peu près toutes les circonstances; ce n'est que dans de rares circonstances que le privilège sera écarté, par exemple dans des affaires criminelles où l'innocence de l'accusé est en jeu en raison de la non-divulgence (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, paragraphe 43).

[35] La question centrale dont nous sommes saisis est celle de savoir si les 1 200 documents restants que le commissaire refuse de divulguer sont visés par un privilège générique d'intérêt public. En supposant que ce privilège existe, le commissaire détient le privilège et n'y a pas renoncé. À tout le moins, personne n'a soutenu qu'il y a eu renonciation découlant d'un acte explicite ou d'une conduite implicite (voir, par exemple, *Slansky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, paragraphes 253 à 262 (motifs dissidents, mais la majorité n'était pas en désaccord avec le principe juridique)). Par conséquent, en l'espèce, si le privilège générique existe, le commissaire n'a pas, de prime abord, à divulguer les documents visés par celui-ci. Si le privilège générique n'existe pas et que le commissaire souhaite maintenir la confidentialité de documents particuliers qui devraient selon lui bénéficier d'une telle protection, le commissaire devra revendiquer un privilège d'intérêt public document par document ou au cas par cas.

D. Privilège d'intérêt public pouvant être revendiqué document par document ou au cas par cas, et privilège générique : en quoi sont-ils différents?

[36] Quelle est la nature du privilège d'intérêt public qui peut être revendiqué document par document ou au cas par cas? Quand existe-t-il?

[37] Certains principes de base entrent en jeu lorsqu'est revendiqué un privilège d'intérêt public. Dans l'arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, page 647, la Cour suprême a relevé une opposition fondamentale au cœur des revendications de privilège d'intérêt public :

It is obviously necessary for the proper administration of justice that litigants have access to all evidence that may be of assistance to the fair disposition of the issues arising in litigation. It is equally clear, however, that certain information regarding governmental activities should not be disclosed in the public interest.

[38] Another formulation of this is found in a classic British authority:

It is universally recognised that here there are two kinds of public interest which may clash. There is the public interest that harm shall not be done to the nation or the public service by disclosure of certain documents, and there is the public interest that the administration of justice shall not be frustrated by the withholding of documents which must be produced if justice is to be done.

(*Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874, at page 880.)

[39] A leading Canadian text puts the matter this way:

...The court, therefore, must balance the possible denial of justice that could result from non-disclosure against the injury to the public arising from disclosure of public documents which were never intended to be made public. [Footnote omitted.]

(Lederman, Bryant and Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at page 1074.)

[40] We engage with these competing interests by rigorously assessing a claim for public interest privilege using four criteria:

.... First, the [evidence] must originate in a confidence.... Second, the confidence must be essential to the relationship in which the communication arises. Third, the relationship must be one which should be “sedulously fostered” in the public good (“Sedulous[ly]” being defined in the *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 2, at p. 2755, as “diligent[ly] ... deliberately and consciously”). Finally ... the court must consider whether in the instant case the public interest served by [confidentiality over the

Il est manifestement nécessaire à la bonne administration de la justice que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser le règlement équitable des questions soulevées dans un litige. Toutefois, il est clair aussi que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales devraient dans l'intérêt public ne pas être divulgués.

[38] Voici une autre façon dont cette opposition a été décrite dans un arrêt britannique classique :

[TRADUCTION] Il est universellement admis ici qu'il y a deux types d'intérêt public qui peuvent être en conflit. Il y a l'intérêt public à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'État ou à la puissance publique par la révélation de certains documents et il y a l'intérêt public à ce que l'administration de la justice ne soit pas entravée par le refus de divulguer des documents qui devraient l'être si justice devait être rendue.

(*Conway v. Rimmer*, [1968] 1 All E.R. 874, page 880.)

[39] Dans un texte canadien faisant autorité, on l'explique ainsi :

[TRADUCTION] [...] La cour doit par conséquent mettre en balance le déni de justice que pourrait entraîner la non-divulcation et l'atteinte à l'intérêt public découlant de la divulgation de documents publics qui n'étaient aucunement destinés à être rendus publics. [Note en bas de page omise.]

(Lederman, Bryant et Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham (Ontario): LexisNexis, 2014), page 1074.)

[40] Nous examinons ces intérêts contradictoires en évaluant de façon rigoureuse la revendication de privilège d'intérêt public en fonction de quatre critères :

[...] Premièrement, les [éléments de preuve] doivent avoir été transmi[s] confidentiellement [...] Deuxièmement, le caractère confidentiel doit être essentiel aux rapports dans le cadre desquels la communication est transmise. Troisièmement, les rapports doivent être des rapports qui, dans l'intérêt public, devraient être « entretenus assidûment », adverbe qui évoque l'application constante et la persévérance (selon le *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6<sup>e</sup> éd. 2007), vol. 2, p. 2755, le terme anglais

evidence] outweighs the public interest in getting at the truth.

(*R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 53, citing *Wigmore on Evidence* (McNaughton Rev. 1961), Vol. 8, at § 2285.)

[41] The four criteria from Wigmore are not “carved in stone” but rather provide a “general framework within which policy considerations and the requirements of fact-finding can be weighed and balanced on the basis of their relative importance in the particular case before the court”: *Gruenke*, at page 290 of S.C.R., page 689 of W.W.R., cited with approval in *National Post*, at paragraph 53; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, at paragraph 54.

[42] No one disputes that the Commissioner could try to claim public interest privilege over the 1 200 remaining documents on a document-by-document or case-by-case basis. But in this case, as his primary position, the Commissioner does not assert that documents are covered by a case-by-case privilege.

[43] Instead, the Commissioner says that the 1 200 documents are part of a group of 9 500 documents, all of which are covered by a class privilege. In this case, the class is said to cover all “records created or obtained by the Commissioner, [his] employees, servants, agents or solicitors or obtained from third parties during the Commissioner’s investigations” [at paragraph 15].

[44] The Commissioner says that this class privilege is necessary. Without it, those complaining about anti-competitive conduct, fearing reprisal, would be reluctant to complain to the Commissioner and offer candid evidence in support of their complaints.

« *sedulous[ly]* » utilisé par Wigmore signifie : « *diligent[ly]* [...] *deliberately and consciously* ». Enfin, [...] le tribunal doit déterminer si, dans l’affaire qui lui est soumise, l’intérêt public que l’on sert en [maintenant la confidentialité des éléments de preuve] l’emporte sur l’intérêt public à la découverte de la vérité.

(*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 53, citant *Wigmore on Evidence*, rév. McNaughton, 1961, vol. 8, § 2285.)

[41] Les quatre critères de *Wigmore* ne sont pas « gravés dans la pierre », mais constituent « un cadre général à l’intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l’affaire particulière soumise à la cour » (*Gruenke*, R.C.S., page 290, cité avec approbation dans l’arrêt *National Post*, paragraphe 53; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, paragraphe 54).

[42] Nul ne conteste le fait que le commissaire pouvait tenter de revendiquer document par document ou au cas par cas un privilège d’intérêt public sur les 1 200 documents restants. Cependant, dans la présente affaire, la thèse principale du commissaire n’est pas que les documents sont visés par un privilège au cas par cas.

[43] Le commissaire affirme plutôt que les 1 200 documents font partie d’un groupe de 9 500 documents qui sont tous visés par un privilège générique. Dans l’affaire qui nous occupe, le commissaire a soutenu que ce privilège générique visait tous les « documents créés ou obtenus par le commissaire, ses employés, préposés, mandataires ou procureurs, ou obtenus auprès de tierces parties dans le cadre d’enquêtes menées par le commissaire » [au paragraphe 15].

[44] Le commissaire affirme que ce privilège générique est nécessaire. Sans ce privilège, les personnes qui se plaignent d’un comportement anticoncurrentiel hésiteraient, par crainte de représailles, à porter plainte auprès du commissaire et à présenter un témoignage franc à l’appui de leurs plaintes.

[45] A class privilege applies if the documents and information fall within a class that legally qualifies for blanket protection from disclosure. Documents and information are protected from disclosure only because of their membership in a protected class; their contents and the circumstances surrounding them do not otherwise matter. In the words of the Supreme Court, a class privilege applies “without regard to the particulars of the situation” and “is insensitive to the facts of the particular case”: *National Post*, at paragraph 42.

[46] Class privileges are granted because of the need to protect a particular relationship of importance. “Once the relevant relationship is established between the confiding party and the party in whom the confidence is placed, privilege presumptively cloaks in confidentiality matters properly within its scope without regard to the particulars of the situation”: *National Post*, at paragraph 42. The class protection is granted because “[a]nything less than this blanket confidentiality” would “fail to provide the necessary assurance[s]” to parties in the relationship to perform as they must within the relationship: *National Post*, at paragraph 42; *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521, at paragraphs 39–40.

[47] In contrast, a case-by-case or document-by-document public interest privilege looks at the nature of a particular document or information and the circumstances surrounding it, not its membership in a class. A party claiming the privilege over certain documents must make an affirmative case, document-by-document, to successfully shield them from disclosure. Unlike a class privilege, this sort of privilege offers no presumptive or default protection from disclosure.

[48] So, for example, take the relationship of legal professional and client, established for the purpose of the giving and obtaining of legal advice. Loosely put, the law recognizes that the entire class of all communications within that relationship, including all documents relating to the giving or seeking of legal advice, must

[45] Il y a privilège générique si les documents et les renseignements appartiennent à une catégorie qui peut, en droit, faire l’objet d’une protection générale contre la divulgation. Les documents et les renseignements sont protégés contre la divulgation uniquement parce qu’ils appartiennent à une catégorie protégée; leurs contenus et les circonstances n’ont du reste aucune importance. Pour reprendre les termes de la Cour suprême, un privilège générique s’applique « sans égard aux circonstances » et « ne dépend pas des faits de l’espèce » (*National Post*, paragraphe 42).

[46] Des privilèges génériques sont accordés parce qu’il est nécessaire de protéger des relations particulières considérées comme importantes. « En principe, une fois que la relation nécessaire est établie entre la partie qui se confie et celle à qui elle se confie, les renseignements ainsi confiés sont présumés confidentiels par application du privilège, sans égard aux circonstances » (*National Post*, paragraphe 42). La protection générique est accordée, car, « sans cette confidentialité générale, il serait impossible de donner [aux parties à la relation] la garantie nécessaire » pour qu’elles puissent jouer leur rôle dans la relation (*National Post*, paragraphe 42; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d’assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521, paragraphes 39 et 40).

[47] À l’inverse, pour conclure à l’existence d’un privilège d’intérêt public au cas par cas ou document par document, il faut s’intéresser à la nature du document ou du renseignement en cause ainsi qu’aux circonstances, et non à son appartenance à une catégorie. La partie qui revendique le privilège à l’égard de certains documents doit présenter une preuve affirmative, document par document, pour réussir à les protéger contre la divulgation. Contrairement à un privilège générique, ce genre de privilège n’offre aucune protection présumée ou par défaut contre la divulgation.

[48] Prenons, par exemple, la relation entre un avocat et son client, établie en vue de donner et de recevoir des conseils juridiques. Le droit reconnaît que la catégorie entière formée de l’ensemble des communications issues de cette relation, y compris tous les documents liés à la fourniture ou à l’obtention de conseils juridiques,

be protected on a default, blanket basis from disclosure. The blanket nature of the privilege provides certainty. If only case-by-case or document-by-document privilege could be claimed, uncertainty would be created about whether some information or documents within the relationship might have to be disclosed. The uncertainty might lead clients not to seek legal advice or the legal advice would have to be couched or be less than frank, or both. The effect? The democratic right of people to ascertain their full legal rights and make well-informed decisions would suffer, with resulting damage to the administration of justice. The paramount importance of the relationship between legal professionals and their clients and the vital objectives served by it justify the blanket, presumptive, default protection of confidentiality that class privilege provides.

[49] Due to the breadth and generality of a class privilege, it can be blunt, sweeping and indiscriminate in operation and, thus, can work against the truth-seeking purpose of a court or administrative proceeding. A case-by-case or document-by-document privilege—tailored and case-specific as it is—can be more consistent with the truth-seeking purpose.

[50] The Supreme Court put this point as follows:

... while the result of any privilege is to impede the search for truth, and thereby to run the risk of an injustice to the persons opposed in interest to the claimant, a class privilege is more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis. It does not lend itself to the same extent to be tailored to fit the circumstances.

(*National Post*, at paragraph 46.)

[51] In *Carey*, the Supreme Court expressed concern about the “absolute character of [a class] protection ... without regard to subject matter, to whether [the documents] are contemporary or no longer of public interest, or to the importance of their revelation for the

doit être protégée par défaut et d’une manière générale contre la divulgation. La nature générale du privilège offre de la certitude. Si on ne pouvait revendiquer qu’un privilège au cas par cas ou document par document, il y aurait incertitude quant à savoir si certains renseignements ou documents issus de la relation pourraient être divulgués. À cause de cette incertitude, des clients pourraient s’abstenir de demander des conseils juridiques ou encore les conseils juridiques pourraient être présentés de façon ambiguë ou pas tout à fait honnête, ou les deux. Quel effet cela aurait-il? Le droit démocratique de chacun de vérifier la pleine étendue de ses droits juridiques et de prendre des décisions bien éclairées en souffrirait, ce qui nuirait à l’administration de la justice. L’importance primordiale de la relation entre les avocats et leurs clients et les objectifs essentiels de cette relation justifient la protection générale, présumée et par défaut, de la confidentialité que le privilège générique confère.

[49] En raison de l’ampleur et de la généralité du privilège générique, son application peut être sans nuance, large et aveugle et, par conséquent, il peut constituer un obstacle à la recherche de la vérité, qui est un des objectifs des procédures judiciaires ou administratives. Le privilège au cas par cas ou document par document — adapté et propre à l’affaire en cause — peut être plus conforme à l’objectif de recherche de vérité.

[50] Voici l’explication que donne la Cour suprême à ce sujet :

[...] bien qu’un privilège, quel qu’il soit, ait pour effet de nuire à la recherche de la vérité, et de créer de ce fait un risque d’injustice pour les personnes dont l’intérêt est opposé à l’intérêt de celui qui l’invoque, un privilège générique est plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas. Il n’est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l’adapter aux circonstances.

(*National Post*, paragraphe 46.)

[51] Dans l’arrêt *Carey*, la Cour suprême du Canada a exprimé des réserves à l’égard du « caractère absolu de la protection [générique] [...] sans égard au sujet en cause, sans se demander si [les documents] sont d’actualité ou [s’ils] ne présentent plus aucun intérêt pour

purpose of litigation” (at page 659 of S.C.R., page 178 of D.L.R.).

[52] Because of these concerns, traditionally courts have been reluctant to find class privileges. Only “very few” class privileges have been found: *National Post*, at paragraph 42. The Supreme Court has gone as far as to say that public interest claims on a class basis will have “little chance of success”: *Carey*, at page 655 of S.C.R., page 175 of D.L.R. Class privileges can be found only where there is “clear and compelling evidence [they are] necessary” or “really necessary”: *R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420, at page 446; *Conway*, above, at page 888.

[53] Recently, the Supreme Court has set the threshold for finding new class privileges as high as can be. New class privileges can be recognized only if they are supported by policy rationales as compelling as the class privilege over solicitor-client communications: *National Post*, at paragraph 42; *Guenke*, at page 288 of S.C.R., page 688 of W.W.R. How compelling is that? The policy rationale behind solicitor-client privilege is an interest protected by our highest law, the Constitution, specifically the privacy interest under section 8 of the Charter: *Lavallee, Rackel & Heintz*, above.

[54] Commenting on this, Lederman *et al.*, above, observe that new class privileges demand “that the external social policy in question is of such unequivocal importance that it cannot be sacrificed before the altar of the courts” [footnote omitted] (at page 919).

[55] The Supreme Court also suggests that class privileges—privileges that are “more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis” and cannot “be tailored to fit the circumstances”—are inapt where

le public, ou sans tenir compte de l’importance que leur divulgation peut avoir dans un procès » (page 659).

[52] En raison de ces réserves, les tribunaux ont traditionnellement été réticents à reconnaître des privilèges génériques. Le droit ne reconnaît que « très peu » de privilèges génériques (*National Post*, paragraphe 42). La Cour suprême est allée jusqu’à dire que, lorsque l’intérêt public est invoqué pour ne pas communiquer un document du fait de son appartenance à une catégorie, « les chances [de succès] sont minces » (*Carey*, page 655). Les privilèges génériques ne peuvent être reconnus que s’il existe [TRADUCTION] « une preuve claire et convaincante [qu’ils sont] nécessaire[s] » ou « réellement nécessaire[s] » (*R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley*, [1994] 3 All E.R. 420, page 446; *Conway* [précité], page 888).

[53] Récemment, la Cour suprême du Canada a établi le critère le plus exigeant qu’on puisse prévoir pour la reconnaissance de nouveaux privilèges génériques : on ne peut reconnaître de nouveaux privilèges génériques que s’ils reposent sur des raisons de principe aussi impérieuses que celles qui sous-tendent le privilège générique en matière de communications entre l’avocat et son client (*National Post*, paragraphe 42; *Gruenke*, page 288). À quel point ces raisons de principe doivent-elles être impérieuses? La raison de principe qui sous-tend le secret professionnel de l’avocat est un droit protégé par notre loi suprême, la Constitution, plus particulièrement le droit à la protection de la vie privée visé à l’article 8 de la Charte (*Lavallee, Rackel & Heintz*, précité).

[54] Sur cette question, Lederman *et al.*, précité, font remarquer que les nouveaux privilèges génériques exigent [TRADUCTION] « que la politique sociale externe en question soit d’une telle importance sans équivoque qu’elle ne puisse être sacrifiée sur l’autel des tribunaux » [note en bas de page omise] (page 919).

[55] La Cour suprême affirme également que le privilège générique — privilège qui « est plus rigide qu’un privilège reconnu au cas par cas » et qu’on ne peut pas « adapter aux circonstances » — ne convient pas

the relationship said to give rise to the need for blanket confidentiality varies in practice and depends upon the circumstances: *National Post*, at paragraphs 44–46; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at pages 97–98, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193, at page 223. Further, the existence of a comparable class privilege in “other common law jurisdictions with whom we have strong affinities” can assist in the determination: *National Post*, at paragraphs 43, 47–48.

[56] The extremely high threshold for the recognition of class privileges means that to date only four have been recognized—legal professional privilege, litigation privilege, informer privilege and settlement privilege: *Lizotte*, above, at paragraphs 33–36.

[57] As well, this extremely high threshold has led the Supreme Court to opine that “in future such ‘class’ privileges will be created, if at all, only by legislative action”: *National Post*, at paragraph 42. For good measure, the Supreme Court repeated this in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33, at paragraph 87.

[58] *Harkat* shows how high the threshold for establishing a class privilege now is. In *Harkat* the provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] concerning security certificates fell before the Supreme Court for consideration.

[59] Broadly speaking, security certificates are issued against those who are reasonably believed to have come to Canada, among other things, for the purpose of engaging in terrorism. Once the certificates are issued, the Federal Court must assess their reasonableness. If the security certificate is found to be reasonable, the certificate becomes the equivalent of an order requiring the person named in the certificate to be removed from Canada.

[60] Often in the Federal Court proceedings to assess reasonableness much sensitive evidence is adduced.

lorsque la relation qui nécessiterait une protection générale de la confidentialité varie en pratique et dépend des circonstances (*National Post*, paragraphes 44 à 46; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, pages 97 et 98). Par ailleurs, l’existence d’un privilège générique comparable dans « d’autres ressorts de common law avec lesquels nous avons de grandes affinités » peut aider le tribunal à tirer sa conclusion (*National Post*, paragraphes 43, 47 et 48).

[56] En raison du critère extrêmement rigoureux applicable à la reconnaissance des privilèges génériques, seuls quatre privilèges ont été reconnus jusqu’à présent : le secret professionnel de l’avocat, le privilège relatif au litige, le privilège de l’indicateur de police et le privilège relatif au règlement (*Lizotte*, précité, paragraphes 33 à 36).

[57] En outre, ce critère extrêmement rigoureux a mené la Cour suprême à affirmer qu’« à l’avenir, tout nouveau “privilège” sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » (*National Post*, paragraphe 42). Pour faire bonne mesure, la Cour suprême l’a répété dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33, au paragraphe 87.

[58] L’arrêt *Harkat* montre à quel point le critère pour établir un privilège générique est désormais rigoureux. Dans l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême devait se pencher sur les dispositions de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] concernant les certificats de sécurité.

[59] De façon générale, les certificats de sécurité sont délivrés contre les personnes dont on a des motifs raisonnables de croire qu’elles sont venues au Canada notamment dans le but de se livrer à des actes terroristes. Une fois que les certificats sont délivrés, la Cour fédérale doit évaluer leur caractère raisonnable. Si elle juge que le certificat de sécurité est raisonnable, le certificat devient l’équivalent d’une ordonnance exigeant que la personne qui y est nommée soit renvoyée du Canada.

[60] Souvent, de nombreux éléments de preuve très sensibles sont présentés dans le cadre d’instances de

This can include evidence from human intelligence sources—evidence of the highest level of sensitivity. Improper disclosure of that sort of evidence can have the highest of consequences: the lives of sources whose identities are revealed can be put at grave risk. It is notorious in international intelligence circles that improper disclosure has sometimes killed human intelligence sources.

[61] A stronger policy rationale for a class privilege imposing blanket confidentiality over a class of evidence can scarcely be imagined. But in *Harkat*, the Supreme Court—citing its reluctance to recognize new class privileges in *National Post*—declined to recognize a class privilege covering evidence from human intelligence sources. As in *National Post*, it held that if a class privilege is warranted, Parliament, not the courts, should enact one (at paragraph 87):

Nor, in my view, should this Court create a new privilege for [Canadian Security Intelligence Service] human sources. This Court has stated that “[t]he law recognizes very few ‘class privileges’” and that “[i]t is likely that in future such ‘class’ privileges will be created, if at all, only by legislative action”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 42. The wisdom of this applies to the proposal that privilege be extended to [Canadian Security Intelligence Service] human sources: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, at paras. 29-30, *per* Létourneau J.A. If Parliament deems it desirable that [Canadian Security Intelligence Service] human sources’ identities and related information be privileged, whether to facilitate coordination between police forces and [Canadian Security Intelligence Service] or to encourage sources to come forward to [Canadian Security Intelligence Service] (see [dissenting] reasons of Abella and Cromwell JJ. [in *Harkat*]), it can enact the appropriate protections.

[62] In light of these authorities, it is perhaps not far from the truth to say that it is now practically

la Cour fédérale sur la raisonnable du certificat. Il peut s’agir d’éléments de preuve provenant de sources humaines, dont le niveau de sensibilité est particulièrement élevé. La divulgation inappropriée de ce genre d’éléments de preuve peut avoir des conséquences extrêmement graves : la vie des sources dont l’identité est révélée peut être mise en péril. Il est notoire dans les cercles du renseignement international que des divulgations inappropriées ont déjà coûté la vie à des sources.

[61] On peut difficilement imaginer de raison de principe plus importante pour justifier un privilège générique prévoyant la confidentialité générale d’une catégorie d’éléments de preuve. Toutefois, dans l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême, après avoir cité le passage de l’arrêt *National Post* faisant état de sa réticence à reconnaître de nouveaux privilèges génériques, a refusé de reconnaître un privilège générique visant les éléments de preuve provenant de sources humaines. Comme dans l’arrêt *National Post*, elle a conclu que, si un privilège générique est justifié, le législateur, et non les tribunaux, devrait le formuler (paragraphe 87) :

À mon avis, la Cour ne devrait pas non plus créer un nouveau privilège pour les sources humaines du [Service canadien du renseignement de sécurité]. En effet, elle a mentionné que « [l]e droit reconnaît très peu de “privilèges génériques” » et qu’« [i]l est probable qu’à l’avenir, tout nouveau privilège “générique” sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 42. La sagesse de ces remarques vaut pour la proposition d’étendre un privilège aux sources humaines du [Service canadien du renseignement de sécurité] : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, par. 29-30, le juge Létourneau. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d’un privilège l’identité des sources humaines du [Service canadien du renseignement de sécurité] et les renseignements connexes, que ce soit pour faciliter la coordination du travail entre les forces policières et le [Service canadien du renseignement de sécurité] ou pour inciter les sources humaines à fournir des renseignements à ce dernier (voir les motifs [dissidents] des juges Abella et Cromwell [dans *Harkat*]), il peut adopter les mesures de protection voulues.

[62] À la lumière de ces précédents, on ne s’éloigne sans doute pas beaucoup de la vérité en affirmant qu’il

impossible for a court, acting on its own, to recognize a new class privilege.

#### E. Analysis

[63] Based on the foregoing principles, the Commissioner's claim to a public interest privilege over the roughly 1 200 documents he has refused to disclose must be rejected. I offer several reasons in support of this conclusion.

– I –

[64] The Commissioner stresses that he is not asking this Court to recognize a new class privilege. He says that this Court has already recognized a class privilege covering all documents and information supplied to the Commissioner from third party sources during the Commissioner's investigation: *Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1994), 58 C.P.R. (3d) 353, 176 N.R. 62 (F.C.A.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsgate Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] F.C.J. No. 1021 (Q.L.) (C.A.).

[65] The Commissioner adds that in cases like *National Post*, the Supreme Court has not cast doubt on already recognized class public interest privileges, such as the one recognized in *D & B Companies* and *Hillsgate*.

[66] Thus, to the Commissioner, this case is a simple one: we need only apply the class privilege recognized in *D & B Companies* and *Hillsgate*.

[67] The Competition Tribunal stated, properly, that it is bound by decisions of our Court. Accordingly, it considered itself bound by this Court's recognition of the class privilege in *D & B Companies* and *Hillsgate*. It applied the class privilege to the 1 200 documents and refused to order that they be disclosed.

est désormais pratiquement impossible pour une cour de reconnaître de son propre chef un nouveau privilège générique.

#### E. Analyse

[63] Sur le fondement des principes susmentionnés, la revendication du commissaire visant la reconnaissance d'un privilège d'intérêt public à l'égard de quelque 1 200 documents qu'il a refusé de divulguer doit être rejetée, et ce, pour plusieurs motifs.

– I –

[64] Le commissaire insiste sur le fait qu'il ne demande pas à notre Cour de reconnaître un nouveau privilège générique. Il affirme que notre Cour a déjà reconnu le privilège générique visant l'ensemble des documents et renseignements fournis au commissaire par des tiers pendant ses enquêtes (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd.*, [1994] A.C.F. n° 1643 (Q.L.) (C.A.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Hillsgate Holdings (Canada) Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 1021 (Q.L.) (C.A.)).

[65] Le commissaire ajoute que, dans des affaires comme *National Post*, la Cour suprême n'a pas mis en doute les privilèges génériques d'intérêt public déjà reconnus, comme celui reconnu dans les arrêts *D & B Companies* et *Hillsgate*.

[66] En conséquence, le commissaire estime que l'affaire est simple : nous n'avons qu'à appliquer le privilège générique reconnu dans les arrêts *D & B Companies* et *Hillsgate*.

[67] Le Tribunal de la concurrence a déclaré à juste titre qu'il était lié par les décisions de notre Cour. Par conséquent, il se considérait lié par les arrêts de notre Cour *D & B Companies* et *Hillsgate*, dans lesquels le privilège générique était reconnu. Il a donc appliqué ce privilège aux 1 200 documents et a refusé d'ordonner leur divulgation.

[68] The Airport Authority disagrees with both the Commissioner and the Competition Tribunal. It submits that this Court's decisions in *D & B Companies* and *Hillsdown* do not recognize the class privilege the Commissioner seeks to assert in this case. In those cases, this Court applied a deferential standard of review and decided only that the Competition Tribunal had made, in today's terms, a reasonable decision. Whether the Competition Tribunal was *correct* in recognizing the class privilege was not before this Court. After *D & B Companies* and *Hillsdown*, the standard of review changed to correctness as a result of *Superior Propane* and *Tervita*, both above. Thus, according to the Airport Authority, the case at bar is the first time this Court has been called upon to assess on the standard of correctness whether the Commissioner has the class privilege it asserts.

[69] In the alternative, the Airport Authority says that if those cases do recognize the class privilege, *D & B Companies* and *Hillsdown* can no longer be seen as good authority because they have been overborne by later Supreme Court jurisprudence: *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (circumstances where this Court may depart from earlier authorities); *National Post*.

[70] I agree with the Airport Authority. First, I shall examine *D & B Companies*.

[71] *D & B Companies* must be seen in light of the standard of review this Court applied in that case. In *D & B Companies*, this Court applied a deferential standard of review. It stated that "a certain curial deference is due to tribunals even on statutory appeals when the issue in question, whether factual or legal, is within the particular expertise of the Tribunal" (at page 357 of C.P.R., paragraph 5 of N.R.). In this Court's view, the necessary balancing of the interests between disclosure and confidentiality drew upon "special expertise in the problems of protecting competition in the market place" and, thus, was within the preserve of the Competition Tribunal (at page 357 of C.P.R., paragraph 5 of N.R.). Accordingly, the Court "should not lightly substitute

[68] L'Administration est en désaccord avec le commissaire et le Tribunal de la concurrence. Elle soutient que les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* de notre Cour ne reconnaissent pas le privilège générique que le commissaire revendique en l'espèce. Dans ces affaires, notre Cour a appliqué une norme de contrôle déférente et a uniquement conclu que le Tribunal de la concurrence avait rendu, pour utiliser les termes employés de nos jours, une décision raisonnable. La Cour n'avait pas à juger si le Tribunal de la concurrence avait rendu la décision *correcte* en reconnaissant le privilège générique. Après les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown*, la norme de contrôle a changé et est devenue la norme de la décision correcte à la suite des arrêts *Supérieur Propane* et *Tervita*, précités. Selon l'Administration, dans la présente affaire, notre Cour est appelée pour la première fois à examiner, selon la norme de la décision correcte, la question de savoir si le commissaire jouit du privilège générique qu'il revendique.

[69] À titre subsidiaire, l'Administration affirme que, si ces affaires reconnaissent le privilège générique, *D & B Companies* et *Hillsdown* ne peuvent plus être considérés comme des arrêts de principe, car ils ont été contredits par la jurisprudence ultérieure de la Cour suprême (*Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (circonstances justifiant que notre Cour s'écarte de la jurisprudence); *National Post*).

[70] Je suis d'accord avec l'Administration. J'examinerai pour commencer l'arrêt *D & B Companies*.

[71] L'arrêt *D & B Companies* doit être examiné à la lumière de la norme de contrôle que notre Cour a appliquée dans cette affaire, à savoir une norme de contrôle déférente. La Cour a déclaré qu'« il y a lieu de s'en remettre, dans une certaine mesure, à l'expertise des tribunaux administratifs à chaque fois que la question en cause, qu'il s'agisse d'une question de fait ou d'une question de droit, relève de l'expertise du Tribunal en question » (paragraphe 5). Elle était d'avis que l'équilibre nécessaire entre les intérêts de la divulgation et ceux de la confidentialité reposait sur « sa connaissance particulière des problèmes que soulève la protection de la concurrence au sein du marché » et, par conséquent, était la chasse gardée du Tribunal de la concurrence

its own views of the proper balance in these circumstances” (at page 357 of C.P.R., paragraph 5 of N.R.).

[72] This Court also observed that class privileges “are created as a matter of policy” and the assessment of policy was “within the competence” of the Competition Tribunal, not the Court (at page 358 of C.P.R., paragraph 7 of N.R.). In its view, the Supreme Court decision in *Gruenke*, above, on the recognition of class privileges generally, was not inconsistent with what the Tribunal had done (at page 358 of C.P.R., paragraph 7 of N.R.).

[73] In my view, this Court decided in *D & B Companies* that the Tribunal’s recognition of a public interest privilege was owed deference and could not be interfered with. This Court did not affirm for itself, nor did it need to affirm for itself given the deferential standard of review, that a class privilege exists.

[74] *Hillsdown* is similar to *D & B Companies*. There, the Competition Tribunal did not allow disclosure of certain interview notes. It relied on an earlier Tribunal decision that acknowledged the need to keep certain notes confidential in the public interest so that those making a complaint would not suffer reprisal. This Court applied a deferential standard in its review of the Tribunal’s decision, finding “no reviewable error” because the conclusion was “reasonably open” to the Tribunal (at paragraphs 1–2). In *Hillsdown*, this Court did not affirm for itself that a class privilege exists.

[75] I would add that had this Court in *D & B Companies* or *Hillsdown* affirmed that the public interest class privilege actually exists, these holdings can no longer stand in light of later Supreme Court cases such as *National Post* and *Harkat*. To some extent this point has been made during the discussion of these cases earlier in these reasons at paragraphs 46–62. And this point will be developed further below when I measure

(paragraphe 5). Par conséquent, la Cour « ne devrait pas à la légère substituer sa propre appréciation de l’équilibre qui convient dans de pareilles circonstances » (paragraphe 5).

[72] Notre Cour a également déclaré que des privilèges génériques « ont été créés pour des motifs d’ordre public » et que l’appréciation de ces motifs d’intérêt public relevait de la compétence du Tribunal de la concurrence, et non de celle de la Cour (paragraphe 7). Selon elle, la conclusion de la Cour suprême dans l’arrêt *Gruenke*, précité, sur la reconnaissance des privilèges génériques en général n’était pas incompatible avec ce que le Tribunal avait fait (paragraphe 7).

[73] À mon avis, notre Cour a conclu dans l’arrêt *D & B Companies* qu’il fallait faire preuve de retenue à l’égard de la décision du Tribunal de reconnaître un privilège d’intérêt public et que cette décision ne pouvait être modifiée. La Cour n’a pas elle-même affirmé qu’il existait un privilège générique, et elle n’avait pas à le faire vu la norme de contrôle déférente.

[74] L’arrêt *Hillsdown* est similaire à l’arrêt *D & B Companies*. Dans cette affaire, le Tribunal de la concurrence n’a pas autorisé la divulgation de certaines notes d’entrevue. Il s’appuyait sur une décision antérieure du Tribunal dans laquelle on avait reconnu la nécessité de préserver, dans l’intérêt du public, la confidentialité de certaines notes pour protéger les personnes qui portent plainte contre les représailles. Notre Cour a appliqué une norme de contrôle déférente pour son examen de la décision du Tribunal, n’a relevé aucune « erreur donnant lieu à révision », car la conclusion « s’offrait raisonnablement » au Tribunal (paragraphes 1 et 2). Dans l’arrêt *Hillsdown*, notre Cour n’a pas elle-même affirmé l’existence d’un privilège générique.

[75] J’ajouterais que, si notre Cour avait affirmé dans les arrêts *D & B Companies* ou *Hillsdown* qu’il existe un privilège générique d’intérêt public, cette conclusion ne tiendrait plus à cause d’arrêts ultérieurs de la Cour suprême comme *National Post* et *Harkat*. L’analyse de ces arrêts aux paragraphes 46 à 62 des présents motifs le démontre dans une certaine mesure. Je reviendrai sur cette question lorsque j’examinerai la revendication du

the Commissioner's claim for a class privilege against these cases.

[76] The Commissioner cites other cases that support the existence of the public interest class privilege it asserts: *Canada (Commissioner of Competition) v. Chats Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922, at paragraph 15; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883, at paragraphs 11 and 25; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535, at paragraph 27; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21, at paragraphs 3–6; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140, at paragraph 59. None of these bind this Court. All of these rely directly or indirectly upon *D & B Companies*, *Hillsdown*, or both.

[77] In dismissing the Airport Authority's motion for disclosure, the Competition Tribunal described *D & B Companies*, *Hillsdown* and its own case law as "long-standing and unanimous" on the existence of the class privilege, considered it binding, and relied upon it in dismissing the Airport Authority's motion (at paragraph 5). This was an error in law.

– II –

[78] It is not possible on the jurisprudence for this Court or the Competition Tribunal to recognize a new class privilege in these circumstances. See the discussion at paragraphs 46–62, above. The blunt, sweeping nature of a class privilege, even over the public interest in the truth-finding function of the Competition Tribunal, is not supportable in these circumstances. Further, as both *National Post* and *Harkat* suggest, these days the sort of class privilege the Commissioner seeks should only be granted by Parliament.

commissaire relativement à un privilège générique au regard de ces affaires.

[76] Le commissaire cite d'autres affaires qui étayent l'existence du privilège générique d'intérêt public qu'il revendique : (*Canada (Commissioner of Competition) v. Chats Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922, paragraphe 15; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883, paragraphes 11 et 25; *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535, paragraphe 27; *The Commissioner of Competition v. Air Canada*, 2012 Comp. Trib. 21, paragraphes 3 à 6; *Commissioner of Competition v. United Grain Growers Ltd.*, 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140, paragraphe 59). Aucune de ces décisions, qui s'appuient toutes directement ou indirectement sur les arrêts *D & B Companies* ou *Hillsdown*, ne lie la Cour.

[77] Pour rejeter la requête en divulgation de l'Administration, le Tribunal de la concurrence a décrit les arrêts *D & B Companies* et *Hillsdown* ainsi que sa propre jurisprudence sur l'existence du privilège générique comme étant de la jurisprudence « unanime de longue date », a considéré qu'elle le liait et s'est appuyé sur elle pour rejeter la requête de l'Administration (paragraphe 5). Ce faisant, il a commis une erreur de droit.

– II –

[78] Il n'est pas possible, en se fondant sur la jurisprudence de notre Cour ou du Tribunal de la concurrence, de reconnaître un nouveau privilège générique dans les présentes circonstances (voir l'analyse aux paragraphes 46 à 62 des présents motifs). La nature sans nuance et large du privilège générique, qui l'emporte même sur l'intérêt du public à ce que le Tribunal de la concurrence exerce sa fonction de rechercher la vérité, n'est pas justifiable dans les circonstances. En outre, comme l'indiquent les arrêts *National Post* et *Harkat*, de nos jours, le genre de privilège générique revendiqué par le commissaire ne devrait être accordé que par le législateur.

[79] Parliament has already spoken to confidentiality and privilege concerns in the Act. Its failure to enact the class privilege the Commissioner seeks is noteworthy. This provides another reason why this Court should not construct one itself.

[80] The *Competition Act* and *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, provide a scheme to address the Commissioner's concerns about confidentiality and privilege. For example, the Act requires inquiries to be private (subsection 10(3)), allows third parties to claim solicitor-client privilege (section 19), demands that the Bureau keep a wide range of information obtained confidential (subsection 29(1)) and provides protection for whistleblowing employees against employer reprisals (sections 66.1–66.2). The Rules explain that the public is entitled to access all documents filed or received in evidence subject only to a confidentiality order (sections 22, 66).

[81] These avenues to protect confidentiality under the Act and Rules also show that lesser measures are available, short of the extreme step of recognizing a public interest class privilege over all materials gathered by the Commissioner from third parties during his investigation: see also the discussion in *Commissioner of Competition v. Canada Pipe Company*, 2003 Comp. Trib. 15, 28 C.P.R. (4th) 335, at paragraph 69.

– III –

[82] Even if the threshold for judicial recognition of a class privilege were not as high as the Supreme Court has set it, a class privilege could not be recognized on the basis of the evidentiary record in this case.

[83] In order to establish a class privilege covering all documents and information received from third parties during his investigations, the Commissioner must prove that the relationship between him and third party sources warrants blanket confidentiality protection. In

[79] Le législateur a déjà prévu des mesures relatives à la confidentialité et au privilège dans la Loi. Il convient de noter qu'il n'a pas établi le privilège générique revendiqué par le commissaire. C'est là une raison de plus pour notre Cour de ne pas elle-même instituer un tel privilège.

[80] La *Loi sur la concurrence* et les *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, prévoient des mécanismes pour répondre aux préoccupations du commissaire en matière de confidentialité et de privilège. Par d'exemple, la Loi exige que les enquêtes soient conduites en privé (paragraphe 10(3)), autorise les tiers à invoquer le secret professionnel liant l'avocat à son client (article 19), exige que le Bureau préserve la confidentialité d'une vaste gamme de renseignements obtenus (paragraphe 29(1)) et prévoit pour les employés dénonciateurs une protection contre les représailles de l'employeur (articles 66.1 et 66.2). Les Règles prévoient que, sous réserve de toute ordonnance de confidentialité, le public peut consulter tous les documents déposés ou reçus en preuve (articles 22 et 66).

[81] Ces moyens de protéger la confidentialité en vertu de la Loi et des Règles montrent également qu'il existe des mesures de moindre envergure que la mesure extrême de reconnaître un privilège générique d'intérêt public à l'égard de l'ensemble des documents recueillis par le commissaire auprès de tiers pendant son enquête (voir aussi l'analyse effectuée dans *Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2003 Trib. conc. 15, au paragraphe 69).

– III –

[82] Même si le critère pour la reconnaissance par les tribunaux d'un privilège générique n'était pas aussi rigoureux que le critère établi par la Cour suprême, un privilège générique ne pourrait pas être reconnu sur le fondement de la preuve en l'espèce.

[83] Pour établir l'existence d'un privilège générique protégeant l'ensemble des documents et des renseignements reçus de tiers pendant ses enquêtes, le commissaire doit prouver que la relation entre les tiers et lui-même justifie une protection générale de la

practical terms, like the example of the legal professional and client discussed at paragraph 48 above, the Commissioner must prove that anything less than blanket confidentiality protection would substantially impair the relationship, thereby frustrating the Commissioner's ability to discharge his legislative responsibilities.

[84] The Commissioner says just that. He says that if anything less than blanket confidentiality protection were afforded to documents and information supplied by third party sources, there might be reprisals or the threat of reprisals against them. Thus, third party sources might be less inclined to act. And the Commissioner would be less able to discharge the important responsibilities Parliament has assigned to him in the *Competition Act*. The public interest would suffer.

[85] The Commissioner did not file any evidence before the Competition Tribunal establishing these matters. Thus, in this case, there is no evidentiary basis to support the existence of a class privilege. On this evidentiary record, a class privilege cannot be recognized. Given the consequences of recognizing a class privilege and the high threshold that must be met, the unsworn say-so of the Commissioner in submissions cannot suffice.

[86] In upholding the existence of the class privilege, the Competition Tribunal appeared to assume that the prerequisites for it were met (at paragraph 62). Is this permissible?

[87] In the abstract, I accept that, provided procedural fairness obligations are respected, some administrative decision makers in some circumstances can make assessments without evidence, relying on facts gleaned from their own experience and expertise in their field. As discussed earlier, the rigorous evidentiary requirements in court proceedings do not necessarily apply in certain administrative proceedings: it depends on the text, context and purpose of the legislation that governs the administrative decision maker.

confidentialité. En pratique, comme dans l'exemple de l'avocat et de son client dont il a été question au paragraphe 48, le commissaire doit prouver qu'une protection de moindre envergure compromettrait sensiblement la relation, faisant ainsi obstacle à la capacité du commissaire de s'acquitter de ses responsabilités légales.

[84] C'est exactement ce qu'affirme le commissaire. Il soutient que, si une protection de moindre envergure qu'une protection générale était accordée aux documents et aux renseignements obtenus de tiers, ces derniers pourraient être la cible de représailles ou de menaces de représailles. Par conséquent, ils pourraient se montrer moins enclins à agir. Ce faisant, le commissaire verrait réduite sa capacité de s'acquitter des responsabilités importantes que le législateur lui a confiées dans la Loi, et l'intérêt public en souffrirait.

[85] Le commissaire n'a produit aucune preuve devant le Tribunal de la concurrence étayant ces affirmations. Par conséquent, aucune preuve en l'espèce ne justifie l'existence d'un privilège générique. En se fondant sur la preuve au dossier, on ne saurait reconnaître un privilège générique. Vu les conséquences liées à la reconnaissance d'un privilège générique et le critère rigoureux auquel il faut satisfaire, les affirmations du commissaire dans ses observations, lesquelles affirmations n'ont pas été faites sous serment, ne sauraient suffire.

[86] Pour confirmer l'existence du privilège générique, le Tribunal de la concurrence semblait supposer qu'il avait été satisfait aux préalables d'un tel privilège (paragraphe 62). Avait-il raison?

[87] En théorie, dans la mesure où les obligations en matière d'équité procédurale sont respectées, je reconnais que certains décideurs administratifs puissent procéder dans certaines circonstances à des appréciations en l'absence d'éléments de preuve, en s'appuyant sur les faits tirés de leur propre expérience et expertise dans le domaine. Comme nous l'avons vu précédemment, les exigences rigoureuses en matière de preuve ne s'appliquent pas nécessairement dans certaines procédures administratives; leur application dépend du texte,

du contexte et de l'objet de la loi qui régit le décideur administratif.

[88] In another case, I put this point as follows:

The investigator [of the Public Service Commission] did not need specific evidence [that if a vacant public service position were advertised, candidates would apply]. Parliament did not vest decision-making authority over this subject-matter in a body of generalist judges sitting in court who will need evidence of every last thing. Rather, Parliament chose to vest decision-making authority in the Public Service Commission, including investigators employed by it—a body acting within a specialized area of employment, armed with expert appreciation of the nature and functioning of this area.

The Commission knows the skills and capabilities of people who apply for various types of public service positions and the operational needs and pressures bearing upon a staffing decision. From this, the Commission can determine whether an advertising process likely would have found qualified candidates for the position in a timely way.

To insist that the Commission have the sort of evidence a court would require on every element of this determination is to ossify and over-judicialize a process that Parliament intended to be fair and more informal, one enriched by knowledge and insights built from years of administrative specialization and expertise. We should not depart from the decades-old principle of administrative law that “[t]he purposes of beneficent legislation must not be stultified by unnecessary judicialization”: *Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355 at p. 373, 21 O.R. (2d) 292 at p. 310 (C.A.).

(*Canada (Attorney General) v. Shakov*, 2017 FCA 250, at paragraphs 94–96 (dissenting, but the majority not disagreeing with the legal principle).)

[89] Even accepting for argument’s sake that the Competition Tribunal can sometimes draw on its own experience and expertise to make certain assessments

[88] Dans une autre affaire, je formule la question de la façon suivante :

Point n’était besoin pour l’enquêtrice [de la Commission de la fonction publique] de disposer d’une preuve [montrant que, si un poste vacant dans la fonction publique était annoncé, des personnes poseraient leur candidature]. Le législateur n’a pas conféré le pouvoir décisionnel en la matière à un corps de juges généralistes exigeant, du prétoire, des preuves de chaque élément. Le législateur a choisi de conférer ce pouvoir à la Commission de la fonction publique — et, par extension, aux enquêteurs qu’elle emploie —, un organe compétent dans le domaine spécialisé de l’emploi, disposant de connaissances expertes de la nature et des rouages de ce domaine.

La Commission connaît les aptitudes des personnes qui postulent à des emplois variés au sein de la fonction publique et les exigences et tensions opérationnelles qui interviennent dans une décision de dotation. Ainsi, la Commission est à même de décider si un concours annoncé aurait généré des candidats qualifiés à bref délai.

En insistant que la Commission dispose d’une preuve de la nature de celle qu’une cour de justice exigerait relativement à chaque élément d’une telle conclusion, on ossifie et on judiciaire à outrance une procédure que le législateur voulait au contraire équitable et souple, une procédure qui bénéficie de connaissances et perspectives découlant d’années de spécialisation administrative et d’expertise. Nous ne devrions pas nous écarter du principe de droit administratif, vieux de nombreuses décennies, selon lequel [TRADUCTION] « [l]es objets d’une loi conférant des avantages ne doivent pas être compromis par une judiciarisation excessive » (*Re Downing and Graydon* (1978), 92 D.L.R. (3d) 355, p. 373, 21 O.R. (2d) 292, p. 310 (C.A.)).

(*Canada (Procureur général) c. Shakov*, 2017 CAF 250, paragraphes 94 à 96 (motifs dissidents, mais la majorité n’est pas en désaccord avec le principe juridique).)

[89] Même si on accepte pour les besoins de la discussion que le Tribunal de la concurrence puisse parfois s’inspirer de sa propre expérience et expertise pour

in certain circumstances, I am not persuaded that the Competition Tribunal could do so here on its own or by adopting its earlier decisions on this issue.

[90] I accept that the Competition Tribunal might be in a position to accept in a general way that third party sources *might* have a fear of reprisal if they assist the Commissioner in an investigation. But the Competition Tribunal is in no position to make definitive conclusions without evidence about the Commissioner's relationship with third party sources if the class privilege is not recognized. In particular, without evidence it cannot conclude that the fear of reprisal *actually* exists, third party sources *will* be less inclined to assist, and the Commissioner *will* be prevented from carrying out his investigation and enforcement mandate under the *Competition Act*.

[91] The knowledge about third parties' possible fear of reprisal if they cooperate lies with the Commissioner that deals with third party sources, not the Competition Tribunal. From its legislative mandate and the cases it hears, the Competition Tribunal is not well placed to know whether third party sources are reluctant to complain to the Commissioner. But the Commissioner is. It was incumbent on the Commissioner to adduce evidence on this point and allow the Airport Authority to test it.

[92] The Competition Tribunal's decision in this case and the Tribunal decisions it relies upon all assume that a public interest class privilege is necessary in order to cause third party sources to come forward and be candid. But in another public interest privilege context, the Supreme Court has cast doubt on the validity of assumptions about the need for candour, particularly where a blanket privilege over a broad class of documents is sought: *Carey*, above, at page 659 of S.C.R., page 178 of D.L.R. In *Carey*, Justice La Forest put it this way (at page 657 of S.C.R., page 176 of D.L.R.):

procéder à certaines appréciations dans certaines circonstances, je ne suis pas convaincu en l'espèce qu'il pouvait le faire de son propre chef ou en suivant ses décisions antérieures sur cette question.

[90] J'admets qu'il se peut que le Tribunal de la concurrence accepte, de façon générale, que des tiers *puissent* craindre des représailles s'ils aident le commissaire dans une enquête. Toutefois, le Tribunal de la concurrence ne peut pas tirer des conclusions définitives en l'absence d'éléments de preuve concernant la relation entre le commissaire et les tiers si le privilège générique n'est pas reconnu. Plus particulièrement, en l'absence d'éléments de preuve, il ne peut pas conclure qu'il existe *réellement* une crainte de représailles, que les tiers *seront* moins enclins à offrir leur aide et que le commissaire *sera* empêché de mener son enquête et de remplir son mandat d'application de la loi en vertu de la *Loi sur la concurrence*.

[91] C'est le commissaire, étant donné qu'il traite avec les tiers, qui est le mieux placé pour juger des craintes de représailles que ceux-ci peuvent éprouver s'ils collaborent avec lui, et non du Tribunal de la concurrence. Compte tenu de son mandat légal et des affaires qu'il entend, le Tribunal de la concurrence n'est pas bien placé pour savoir si les tiers sont réticents à formuler des plaintes auprès du commissaire, mais ce dernier l'est. Il incombait au commissaire de présenter une preuve à cet égard et de permettre à l'Administration de la vérifier.

[92] La décision du Tribunal de la concurrence dans la présente affaire et les décisions du Tribunal sur lesquelles il s'appuie tiennent toutes pour acquis qu'un privilège générique d'intérêt public est nécessaire pour faire en sorte que les tiers se manifestent et soient francs. Toutefois, dans un autre contexte d'intérêt public, la Cour suprême a mis en doute la validité des suppositions concernant la nécessité de franchise, notamment lorsqu'un privilège générique à l'égard d'une catégorie de documents est demandé (*Carey*, précité, page 659). Dans l'arrêt *Carey*, le juge La Forest s'est exprimé ainsi (page 657) :

I am prepared to attach some weight to the candour argument but it is very easy to exaggerate its importance. Basically, we all know that some business is better conducted in private, but generally I doubt if the candour of confidential communications would be measurably affected by the off-chance that some communication might be required to be produced for the purposes of litigation. Certainly the notion has received heavy battering in the courts.

[93] In these circumstances, I conclude that it was incumbent on the Commissioner to adduce evidence before the Competition Tribunal establishing the prerequisites of the public interest class privilege. It did not.

[94] The Competition Tribunal found that the class privilege asserted by the Commissioner had “sound policy rationales” (at paragraph 20) based on previously decided jurisprudence. An examination of that jurisprudence, particularly Competition Tribunal jurisprudence, shows only the most general, and often cursory, consideration of the matter, with the possible exception of *Commissioner of Competition v. Sears Canada Inc.*, 2003 Comp. Trib. 19, [2003] C.C.T.D. No. 16 (QL), 28 C.P.R. (4th) 385. Rather, in these cases, the Competition Tribunal should have examined in a rigorous way whether the blanket confidentiality protection afforded by a class privilege—one that protects from disclosure all documents gathered from third party sources in the course of the Commissioner’s investigation—was needed in order to ensure a sufficiently uninhibited sharing of information by third party sources with the Commissioner: see Kent Thomson, Charles Tingley and Anita Banicevic, “Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe: An Experiment Gone Wrong” (2006), 31 *The Advocates’ Quarterly* 67, at page 104.

[95] And “sound policy rationales” are not enough to recognize the class privilege. It will be recalled that the policy rationales supporting a class privilege must be as compelling as those supporting the class privilege over solicitor-client communications and these are extremely compelling, at the level of constitutionally protected interests: see discussion at paragraphs 53–54, above.

Je suis prêt à reconnaître un certain poids à l’argument relatif à la franchise, mais il est bien facile d’en exagérer l’importance. Nous savons tous, au fond, qu’il vaut mieux traiter certaines affaires en privé, mais, en général, je doute que la faible possibilité qu’une communication quelconque puisse avoir à être produite aux fins d’un procès ait un effet appréciable sur la franchise de communications confidentielles. Indubitablement, cette notion a été mise à rude épreuve par les tribunaux.

[93] Dans ces circonstances, je conclus qu’il incombe au commissaire de présenter une preuve au Tribunal de la concurrence établissant les préalables du privilège générique d’intérêt public, ce qu’il n’a pas fait.

[94] Le Tribunal de la concurrence a conclu, sur le fondement de la jurisprudence, que le privilège générique revendiqué par le commissaire avait de « solides raisons de principe » (paragraphe 20). Toutefois, l’examen de cette jurisprudence, particulièrement celle du Tribunal de la concurrence — à l’exception peut-être de la décision *Commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.*, 2003 Trib. conc. 19 —, montre uniquement qu’on a procédé à l’examen le plus général, et souvent superficiel, de la question. Dans ces affaires, le Tribunal de la concurrence aurait plutôt dû examiner d’une façon rigoureuse la question de savoir si la protection générale conférée par un privilège générique — privilège qui protège contre la divulgation de l’ensemble des documents obtenus de tiers dans le cadre des enquêtes du commissaire — était nécessaire pour assurer une communication de renseignements suffisamment libre par les tiers au commissaire (voir Kent Thomson, Charles Tingley et Anita Banicevic, « Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe : An Experiment Gone Wrong » (2006), 31 *The Advocates’ Quarterly* 67, page 104).

[95] En outre, de « solides raisons de principe » ne suffisent pas à la reconnaissance d’un privilège générique. Il convient de rappeler que les raisons de principe justifiant un privilège générique doivent être aussi sérieuses que celles qui sous-tendent le privilège générique protégeant les communications entre l’avocat et son client, et ces raisons sont extrêmement

[96] The gist of the Competition Tribunal's finding on the alleged public interest class privilege appears in paragraph 62 of its reasons:

By its very nature, the Commissioner's mandate and statutory functions require the collection of commercially sensitive information from businesses and actors in various sectors of the economy. In undertaking his investigations of alleged anti-competitive conduct, the Commissioner requires the input from the industry and from various players in the marketplace, including customers, suppliers and competitors of persons under investigation. The Commissioner thus relies on the cooperation of these third parties and on information provided by them, either voluntarily or through compulsion. Disputed matters coming before the Tribunal, such as applications challenging an alleged abuse of dominance, mergers alleged to be anti-competitive or civil arrangements between competitors, involve situations where customers, suppliers and competitors in the marketplace may be at a commercial disadvantage *vis-à-vis* the respondents targeted by the Commissioner. Protecting their identities and information through public interest privilege claims reduces the risk of witness intimidation or reluctance to provide information, and thus preserves the effectiveness of the Competition Bureau's investigations. To gain and secure this cooperation, sources of information must not be concerned about fear of reprisal in the marketplace or other potential adverse consequences, and must be satisfied that their information will be kept in confidence and their identities will not be exposed, unless they are called as witnesses. This is true whether the information is provided voluntarily or pursuant to a Section 11 order.

[97] In my view, this is nothing more than an expression that a class privilege would be desirable in increasing the flow of useful information to the Commissioner. Nowhere does the Competition Tribunal find that blanket confidentiality protection is necessary for the preservation of the relationship or the continuance of the information flow. As we shall see in the next section of

impérieuses puisqu'elles tiennent de droits protégés par la Constitution (voir l'analyse aux paragraphes 53 et 54).

[96] L'essentiel de la conclusion du Tribunal de la concurrence sur le privilège générique d'intérêt public revendiqué figure au paragraphe 62 des motifs de sa décision :

Par sa nature même, le mandat du commissaire et ses fonctions de nature législative nécessitent l'obtention de renseignements commercialement délicats auprès d'entreprises et d'intervenants dans divers secteurs de l'économie. Lorsqu'il ouvre une enquête sur le fondement d'allégations d'agissements anticoncurrentiels, le commissaire doit obtenir la participation de l'industrie et des divers intervenants sur le marché, dont les clients, les fournisseurs et les concurrents des personnes visées par l'enquête. Le commissaire se fonde donc sur la coopération de ces tierces parties et sur les informations qu'elles fournissent, volontairement ou sous contrainte. Les affaires contestées dont le Tribunal est saisi, comme les demandes contestant une allégation d'abus de position dominante, les fusions que l'on allègue être anticoncurrentielles ou des ententes civiles conclues entre concurrents, mettent en cause des situations où les clients, les fournisseurs et les concurrents dans le marché peuvent être en position de désavantage commercial à l'égard des parties intimées qui sont ciblées par le commissaire. La protection de leur identité et de leurs informations par la voie de revendications d'un privilège de l'intérêt public réduit le risque que les témoins soient intimidés ou qu'ils répugnent à fournir des informations, et préserve donc l'efficacité des enquêtes menées par le Bureau de la concurrence. Pour que celui-ci obtienne et assure cette coopération, les sources d'information ne doivent pas éprouver une crainte de représailles dans le marché ni songer à d'autres conséquences préjudiciables potentielles, et doivent être convaincues que leurs informations seront tenues confidentielles et que leur identité ne sera pas exposée, à moins qu'elles ne soient appelées à témoigner. Tel est le cas, peu importe que les renseignements soient fournis volontairement ou en conformité avec une ordonnance fondée sur l'article 11.

[97] À mon avis, le Tribunal indiquait uniquement qu'un privilège générique serait souhaitable en vue d'accroître la quantité de renseignements utiles que reçoit le commissaire. Il ne conclut aucunement que la protection générale de la confidentialité est nécessaire à la préservation de la relation ou au maintien de la quantité de renseignements reçus. Comme nous le verrons dans

these reasons, even if the Competition Tribunal could have acted without evidence I doubt that it could have made such a finding.

– IV –

[98] Even putting aside the absence of a satisfactory evidentiary record and taking the Commissioner's submissions at face value, the Commissioner has not established that blanket confidentiality protection is absolutely necessary for the preservation of the relationship. The Commissioner falls short in a number of respects.

[99] The relationship between the Commissioner and third party sources very much depends upon the circumstances, the type of assistance sought and the nature of the particular investigation. For example, sometimes cooperation from a third party source is voluntary; other times it is not. In such circumstances, a rigid class privilege is inapt; a case-by-case or document-by-document privilege may be more appropriate: see *National Post*, at paragraphs 43 and 47–49 and *Bisaillon*, above, at pages 97–98; and see the discussion in these reasons at paragraph 55, above. Perhaps due to the fact that a determination of public interest privilege often depends on the specific circumstances and particular documents in issue, some opine that while public interest privilege is possible on a case-by-case basis, a public interest class privilege is not: Hubbard, Magotiaux and Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (looseleaf Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated December 2017), at §3.20; of interest is that these commentators are aware that the Commissioner asserts a public interest class privilege (see Hubbard, Magotiaux and Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (looseleaf Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 (loose-leaf updated December 2017), at §3.50.50).

[100] The class privilege the Commissioner asserts applies even in the case of evidence it compels from third parties under section 11 of the *Competition Act*. When a witness is compelled to cooperate fully with an investigation, there is far less need to motivate a party to come forward or be any more forthcoming in providing

la prochaine section des présents motifs, même si le Tribunal de la concurrence avait pu agir en l'absence de preuve, je doute qu'il aurait pu tirer une telle conclusion.

– IV –

[98] Même s'il était fait abstraction de l'absence de dossier de preuve convaincant et que les observations du commissaire étaient acceptées d'emblée, celui-ci n'a pas établi qu'une protection générale de la confidentialité est absolument nécessaire à la préservation de la relation. Les arguments présentés par le commissaire sont contestables à plusieurs égards.

[99] La relation entre le commissaire et les tiers dépend en grande partie des circonstances, du type d'aide recherché et de la nature de l'enquête particulière. Par exemple, la collaboration d'un tiers peut être volontaire comme involontaire. Dans de telles circonstances, un privilège générique strict est inadéquat, et un privilège au cas par cas ou document par document pourrait s'avérer plus approprié (voir *National Post*, paragraphes 43 et 47 à 49, et *Bisaillon*, précité, pages 97 et 98; voir également l'analyse au paragraphe 55 des présents motifs). Peut-être parce qu'une décision relative à un privilège d'intérêt public dépend souvent des circonstances particulières et des documents particuliers en cause, d'aucuns sont d'avis que, bien qu'un privilège d'intérêt public soit possible au cas par cas, un privilège générique d'intérêt public ne l'est pas (Hubbard, Magotiaux et Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), Aurora (Ont.): Canada Law Book, 2006 (feuilles mobiles mises à jour en décembre 2017), § 3.20; il est intéressant de souligner que ces auteurs savent que le commissaire revendique un privilège générique d'intérêt public (voir Hubbard, Magotiaux et Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (feuilles mobiles), Aurora (Ont.): Canada Law Book, 2006 (feuilles mobiles mises à jour en décembre 2017), § 3.50.50).

[100] Le privilège générique que revendique le commissaire s'applique même dans le cas d'éléments de preuve qu'il obtient de tiers par suite d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Lorsque l'on ordonne à un témoin de collaborer pleinement à une enquête, il est loin d'être

evidence: the candour rationale for protection is markedly reduced or, in some situations, even eliminated. In the words of one commentator, “if [an] agency can obtain ... information by compulsion of statute then the sources cannot be said to ‘dry up’ if the confidentiality is breached”: T.G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora, Ont: Canada Law Book, 1990, at page 56.

[101] Similarly, the class privilege is said to apply regardless of whether any promise or undertaking of confidentiality was made to persons with information and documents and whether they relied upon any such promise or undertaking in providing documents and information. This makes no sense:

Where the information is provided to government agencies by outsiders, there is a greater prospect that the providers of that information may be less frank or will not provide the information at all if there is a prospect of disclosure. Of course, where no expectation of confidentiality exists, the candour argument is without merit. [Emphasis added; footnote omitted.]

(Lederman, above, at page 1079; see also *Gruenke*, at pages 291–292 of S.C.R., page 691 of W.W.R.)

[102] Indeed, there is material suggesting that those providing information to the Commissioner can never have any assurance or expectation of confidentiality. In proceedings before the Competition Tribunal, the Commissioner has consistently taken the view that “anyone providing information to the [Commissioner] either voluntarily or pursuant to an order under section 11 [of the Act] must expect that such information may be used by the [Commissioner] in the administration of the Act including the bringing of applications before this Tribunal under the Act”: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, at page 316 (Comp. Trib.).

aussi nécessaire de l’encourager à se manifester ou à faire preuve de plus franchise dans son témoignage : la raison d’être de la protection — la franchise — est considérablement réduite, voire éliminée, dans certaines situations. Pour reprendre les termes d’un auteur, [TRADUCTION] « si [un] organisme peut obtenir [...] des renseignements par l’effet contraignant d’un texte législatif, on ne saurait dire que les sources “s’assèchent” en cas de manquement à la confidentialité » (T.G. Cooper, *Crown Privilege*, Aurora (Ont.) : Canada Law Book, 1990, page 56).

[101] De manière semblable, le privilège générique est censé s’appliquer sans égard au fait qu’on ait promis aux personnes en possession des renseignements et des documents de protéger la confidentialité ou qu’on ait pris un engagement en ce sens et sans égard à la question de savoir si ces personnes se sont fondées sur de telles promesses ou de tels engagements pour fournir les documents et les renseignements, ce qui n’a aucun sens :

[TRADUCTION] Lorsque les renseignements sont fournis à des organismes gouvernementaux par des tiers, il y a de plus grandes chances que les personnes qui fournissent ces renseignements puissent être moins franches ou qu’elles ne fournissent pas les renseignements s’il y a une possibilité de divulgation. Bien entendu, lorsqu’il n’y a aucune attente en matière de confidentialité, l’argument relatif à la franchise est sans fondement. [Non souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

(Lederman, précité, page 1079; voir aussi *Gruenke*, pages 291 et 292.)

[102] En fait, selon certains documents, les personnes qui fournissent des renseignements au commissaire ne peuvent jamais avoir de garanties ou d’attentes en matière de confidentialité. Dans les procédures devant le Tribunal de la concurrence, le commissaire a toujours adopté le point de vue selon lequel quiconque lui fournit des renseignements, volontairement ou en application d’une ordonnance rendue en vertu de l’article 11 de la Loi, doit s’attendre à ce que ces renseignements puissent être utilisés par lui pour appliquer la Loi, y compris pour présenter une demande devant le Tribunal en vertu de la Loi (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada* (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, page 316 (Trib. conc.)).

[103] Further, as the facts of this case demonstrate, the alleged public interest class privilege, if asserted by the Commissioner, is waivable by the Commissioner and only the Commissioner at any time. Thus, there is no assurance of confidentiality. This differs from the informer class privilege, which the law recognizes. Informer class privilege belongs jointly to the Crown and to the informer and cannot be waived without the informer's consent: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, at paragraph 15.

[104] Further, the purported scope of the privilege—"records created or obtained by the Commissioner, [his] employees, servants, agents or solicitors or obtained from third parties during the Commissioner's investigations"—is unnecessarily broad and detached from the compelling public interest asserted by the Commissioner. At the very least, there must be some nexus between these documents and the identity of a third party source and/or information provided by those third party sources to be captured by any public interest privilege. If a document emanates from outside of the purportedly essential relationship between the Commissioner and third party sources, there is no need for the privilege to attach.

[105] In these circumstances, measures falling short of a blanket class privilege might suffice to protect the confidentiality interests and preserve the relationship between the Commissioner and third party sources who can assist his investigation. For example, it may be possible for confidentiality to be protected by redactions of documents, undertakings of confidentiality, sealed volumes of documents, or *in camera* sessions.

[106] At the hearing of this appeal, we asked the parties whether any other regulator, competition or otherwise, domestic or foreign, has found it necessary to assert the sort of class privilege the Commissioner seeks here. The parties were unable to identify even one. Nor is this Court aware of any.

[107] In particular, American, European, Australian and New Zealand competition authorities have not

[103] En outre, comme les faits de la présente espèce le démontrent, si le commissaire avait le pouvoir d'exercer le privilège générique d'intérêt public qu'il revendique, il pourrait aussi y renoncer à tout moment — à sa seule discrétion. Il n'y aurait donc aucune garantie de confidentialité, contrairement au privilège générique de l'indicateur de police. Ce privilège, reconnu par le droit, appartient conjointement à la Couronne et à l'indicateur, et la première ne peut y renoncer sans le consentement du second (*R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, paragraphe 15).

[104] De plus, la portée alléguée du privilège, soit les « documents créés ou obtenus par le commissaire, ses employés, préposés, mandataires ou procureurs, ou obtenus auprès de tierces parties dans le cadre d'enquêtes [qu'il a] menées », est inutilement générale et éloignée de l'intérêt public impérieux revendiqué par le commissaire. Il doit y avoir à tout le moins un certain lien entre les documents et l'identité des tiers ou les renseignements fournis par eux pour que ces documents soient visés par un privilège d'intérêt public. Si le document ne provient pas d'une relation censément essentielle entre le commissaire et des tiers, il n'y a pas lieu d'y rattacher un privilège.

[105] Dans ces circonstances, des mesures de moindre envergure que le privilège générique général pourraient suffire à protéger les droits à la confidentialité et à préserver la relation entre le commissaire et les tiers qui peuvent l'aider dans ses enquêtes. Par exemple, il est possible de protéger la confidentialité en caviardant des documents, en s'engageant à la confidentialité, en scellant des volumes de documents ou en tenant des séances à huis clos.

[106] À l'audience sur le présent appel, nous avons demandé aux parties si d'autres organismes de réglementation, en matière de concurrence ou autre, nationaux ou étrangers, avaient jugé qu'il était nécessaire de reconnaître le genre de privilège générique que le commissaire revendique en l'espèce. Les parties n'ont pu en nommer un seul. Notre Cour n'en connaît pas non plus.

[107] En particulier, les autorités états-uniennes, européennes, australiennes et néo-zélandaises en matière

found it necessary to recognize a class privilege over information and documents supplied by third parties. Like the Commissioner here, these authorities gather sensitive information from customers, suppliers and competitors of the party under investigation, with every possibility of retaliation against them for supplying the information. The same is true for domestic agencies which regulate fields such as securities, tax, the environment, human rights and occupational health and safety. All these competition authorities and domestic regulators are able to conduct investigations and make orders without the benefit of a class privilege over information and documents supplied by third parties.

[108] In my view, this is a salient legal consideration to be taken into account when assessing whether a class privilege should be recognized. The Supreme Court has suggested that the experience of foreign jurisdictions and whether they have recognized a class privilege in other circumstances should be examined when considering whether to recognize a class privilege: see discussion earlier in these reasons at paragraph 55 and *National Post*, at paragraphs 43, 47–48. These considerations go directly to the issue whether blanket confidentiality protection is necessary or warranted for the preservation of the relationship between the Commissioner and third party sources.

[109] Contrary to this, the Competition Tribunal considered that the experience of foreign competition authorities and domestic regulators was of “no moment” (paragraph 20). This was a legal error.

– V –

[110] The Commissioner attempts to support the existence of the alleged class privilege by suggesting that he does not cause any procedural unfairness. The Commissioner reviews the documents covered by the class privilege and exercises his discretion to provide the documents necessary to fulfil his procedural fairness

de concurrence n’ont pas jugé nécessaire de reconnaître un privilège générique à l’égard des renseignements et des documents fournis par des tiers. Comme le commissaire, ces autorités recueillent des renseignements sensibles auprès de clients, de fournisseurs et de concurrents de la partie visée par l’enquête, chacun s’exposant à des représailles pour avoir fourni ces renseignements. Il en va de même des organismes nationaux qui réglementent des domaines comme les valeurs mobilières, l’impôt, l’environnement, les droits de la personne ou la santé et la sécurité au travail. Toutes ces autorités en matière de concurrence et tous ces organismes de réglementation nationaux sont en mesure de mener des enquêtes et de rendre des ordonnances sans jouir d’un privilège générique protégeant les renseignements et les documents fournis par des tiers.

[108] À mon avis, il s’agit d’une considération juridique prépondérante dans l’appréciation de la question de savoir si un privilège générique devrait être reconnu. Selon la Cour suprême, lorsqu’ils sont appelés à décider s’il convient de reconnaître un privilège générique, les tribunaux devraient tenir compte de l’expérience des ressorts étrangers et chercher à savoir si on a reconnu dans ces ressorts un privilège générique dans d’autres circonstances (voir l’analyse au paragraphe 55 des présents motifs et *National Post*, paragraphes 43, 47 et 48). Ces considérations visent directement la question de savoir si une protection générale en matière de confidentialité est nécessaire ou justifiée pour la préservation de la relation entre le commissaire et des tiers.

[109] Le Tribunal de la concurrence a jugé à l’inverse que l’expérience des autorités étrangères en matière de concurrence et des organismes de réglementation nationaux était « sans importance » (paragraphe 20). Il s’agit d’une erreur de droit.

– V –

[110] Pour étayer l’existence du privilège générique revendiqué, le commissaire fait valoir que celui-ci n’est source d’aucun manquement à l’équité procédurale. Le commissaire examine les documents visés par le privilège générique et exerce son pouvoir discrétionnaire de fournir les documents nécessaires pour s’acquitter

obligations. Respondents to competition proceedings brought by the Commissioner receive summaries of the information supplied by third party sources and, later, witness statements if any third party sources are called to testify. Concerns about the adequacy of the summaries can be brought before the Competition Tribunal. Further, if the Commissioner intends to rely on a privileged document at a hearing, it must disclose the document: subsection 68(1) of the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141.

[111] As an illustration of fairness, the Commissioner points to what it did in this case. While some 9 500 documents were covered by the public interest privilege, the Commissioner exercised his discretion to waive the privilege over roughly 8 300 of these documents and disclose them to the respondent. Summaries of undisclosed documents were vetted and provided to the Airport Authority.

[112] As the discussion of case law above shows, the recognition of a class privilege does not depend on whether the beneficiary of the privilege is prepared to act fairly. And the Commissioner cannot defend a class privilege on the basis that it does not create procedural unfairness if there is no sufficient, proven reason for the class privilege to exist in the first place. In any event, fairness is in the eye of the beholder: the Airport Authority believes that the withholding of the 1 200 documents is working unfairness.

[113] There is something to this. If the class privilege urged by the Commissioner is recognized, something incongruous emerges: Competition Tribunal proceedings are subject to procedural fairness obligations at the highest level, akin to court proceedings, yet the Commissioner can unilaterally assert a class privilege and withhold all documents obtained from third parties in his investigation—here, the entire case against the Airport Authority—unless the Commissioner unilaterally decides to waive the privilege over some of the documents. Thus, as far as disclosure of the case

de ses obligations d'équité procédurale. Les défendeurs dans des procédures en matière de concurrence intentées par le commissaire reçoivent des résumés des renseignements fournis par les tiers et, ultérieurement, les déclarations des témoins si des tiers sont appelés à témoigner. Si des questions sont soulevées quant au caractère adéquat des résumés, elles peuvent être portées à l'attention du Tribunal de la concurrence. De plus, si le commissaire a l'intention de se fonder sur un document protégé à l'audience, il doit divulguer le document (paragraphe 68(1) des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141).

[111] Pour illustrer l'équité du processus, le commissaire a souligné ce qu'il a fait en l'espèce. Quelque 9 500 documents étaient visés par le privilège d'intérêt public, mais le Commissaire a exercé son pouvoir discrétionnaire pour renoncer au privilège sur environ 8 300 de ces documents et les divulguer à la partie défenderesse. Les résumés des documents non divulgués ont été vérifiés et fournis à l'Administration.

[112] Comme le montre l'analyse de la jurisprudence effectuée précédemment, la reconnaissance d'un privilège générique ne dépend pas de la bonne volonté du bénéficiaire du privilège d'agir équitablement. Le commissaire, par ailleurs, ne peut pas défendre un privilège générique au motif qu'il n'est pas source de manquements à l'équité procédurale s'il n'existe aucun motif suffisant et établi justifiant l'existence du privilège générique en premier lieu. Quoi qu'il en soit, l'équité est affaire de point de vue : l'Administration estime que la non-divulgence des 1 200 documents est un exemple flagrant de manquement à l'équité.

[113] L'Administration n'a peut-être pas totalement tort. Si le privilège générique auquel prétend le commissaire était reconnu, il en ressortirait quelque chose d'incongru : les instances du Tribunal de la concurrence seraient assujetties à des obligations d'équité procédurale des plus élevées, analogues à celles des instances judiciaires; or, le commissaire pourrait revendiquer unilatéralement un privilège générique et retenir tous les documents obtenus de tiers dans son enquête — en l'espèce, l'intégralité de la preuve contre l'Administration —, à moins qu'il ne décide unilatéralement de renoncer

against the party whose conduct is impugned is concerned, that party gets only what the Commissioner deigns to give it. And requests for more disclosure may well be dismissed by the Competition Tribunal because, on the authority of a decision by this Court upholding the class privilege, the interests in confidentiality supporting the class privilege will be seen to be very high. Perhaps summaries of withheld documents might be provided. But by definition, summaries leave information out. What may seem innocuous or irrelevant to the preparers of the summaries may be critical to the party whose conduct is impugned. And the actual documents authored by participants in the matters under investigation are often more useful for cross-examination than summaries prepared by non-participants. This entire scenario is fraught with the potential of interference with procedural fairness rights and the truth-finding function of the proceedings: see discussion earlier in these reasons at paragraphs 28–33.

[114] The Commissioner's submission that he has acted fairly by disclosing so many documents and by providing summaries is also telling in a related way. After conducting a document-by-document review of the documents covered by the alleged class privilege in this case, the Commissioner found that confidentiality was unnecessary for 86 percent of them and so it disclosed these documents. As for the others, it says that some information can be disclosed by summaries. This tends to show a number of things:

- the blanket 100 percent confidentiality coverage of a class privilege is unnecessary for maintaining the relationship between the Commissioner and third party sources;
- a case-by-case public interest privilege—one that the Supreme Court says gives “the necessary flexibility to weigh up and balance competing public interests in a context-specific manner”,

au privilège sur certains des documents. Il s'ensuivrait que, en ce qui concerne la divulgation de la preuve contre la partie dont la conduite est attaquée, cette partie obtiendrait uniquement ce que le commissaire daignerait lui donner. De plus, les demandes de divulgation d'autres documents pourraient très bien être rejetées par le Tribunal de la concurrence, car, en vertu d'une décision de notre Cour confirmant le privilège générique, les droits à la confidentialité donnant lieu au privilège générique seraient perçus comme étant très importants. Des résumés des documents non divulgués pourraient être fournis. Cependant, par définition, les résumés omettent des renseignements. Ce qui peut sembler anodin ou non pertinent aux personnes qui préparent les résumés peut s'avérer essentiel pour la partie dont la conduite est attaquée. Les documents originaux rédigés par les acteurs de l'affaire faisant l'objet de l'enquête sont souvent plus utiles pour les contre-interrogatoires que les résumés préparés par des personnes qui y sont étrangères. Tout ce scénario foisonne en manquements potentiels au droit à l'équité procédurale et à la fonction de recherche de la vérité de l'instance (voir l'analyse aux paragraphes 28 à 33 des présents motifs).

[114] L'argument du commissaire selon lequel il a agi équitablement en divulguant un si grand nombre de documents et en fournissant des résumés est également révélateur à sa manière. Après avoir examiné un par un les documents visés par le privilège générique revendiqué en l'espèce, le commissaire a conclu que la confidentialité était inutile pour 86 p. 100 d'entre eux et il les a donc divulgués. Pour ce qui est des autres documents, il affirme que certains renseignements peuvent être divulgués par des résumés. Cela tend à démontrer un certain nombre de choses :

- il est inutile que le commissaire bénéficie d'un privilège générique assurant la confidentialité de la totalité des documents pour maintenir sa relation avec les tiers;
- un privilège d'intérêt public au cas par cas — privilège qui, selon la Cour suprême, donne « un mécanisme suffisamment flexible pour soupeser et mettre en balance les intérêts publics

where established on the evidence, may be more appropriate: *National Post*, at paragraph 51; in any event, a class privilege that is so significantly whittled down through waiver after a document-by-document review is no more effective in maintaining the relationship between the Commissioner and third party sources than a case-by-case, document-by-document public interest privilege;

- other lesser measures to protect confidentiality and the relationship between the Commissioner and third party sources, even short of asserting a public interest privilege, may be more appropriate for many of the documents, such as redactions, non-disclosure undertakings, sealed volumes or in camera portions of proceedings.

[115] For the foregoing reasons, I conclude that the Commissioner has not established that there is a class privilege preventing disclosure of the 1 200 remaining documents. If, as a policy matter, the Commissioner considers that there ought to be a class privilege over information and documents supplied by third party sources during his investigations, he can ask Parliament for it.

[116] It follows that the Competition Tribunal erred in law in finding a class privilege and, thus, erred in dismissing the Airport Authority's motion on that basis.

F. Where does this leave the parties?

[117] Because the Competition Tribunal found the presence of a public interest class privilege over the 1 200 remaining documents, it did not assess whether any of them are covered by a case-by-case or document-by-document public interest privilege. Under the disposition of this appeal I propose below, the motion will be remitted to the Competition Tribunal for redetermination. The Airport Authority agrees that in the redetermination the Commissioner should have

contradictaires, selon le contexte » —, lorsqu'il est établi par la preuve, peut s'avérer plus approprié (*National Post*, paragraphe 51); d'ailleurs, un privilège générique affaibli à ce point par une renonciation après un examen document par document n'est pas plus efficace pour le maintien de la relation entre le commissaire et les tiers qu'un privilège d'intérêt public au cas par cas, document par document;

- d'autres mesures de moindre envergure visant à protéger la confidentialité et la relation entre le commissaire et des tiers, même si elles sont loin de s'apparenter à un privilège d'intérêt public, peuvent s'avérer plus appropriées pour de nombreux des documents; mentionnons, par exemple, le caviardage, les engagements à la non-divulgateion, les volumes scellés ou le huis clos pour certaines parties de l'instance.

[115] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le commissaire n'a pas établi qu'il existe un privilège générique qui empêche la divulgation des derniers 1 200 documents. Si le commissaire estime que, par principe, il devrait exister un privilège générique à l'égard des renseignements et des documents fournis par des tiers pendant ses enquêtes, il peut s'adresser au législateur.

[116] Il s'ensuit que le Tribunal de la concurrence a commis une erreur de droit en reconnaissant un privilège générique et, par conséquent, qu'il a erronément rejeté la requête de l'Administration pour ce motif.

F. Où cela mène-t-il les parties?

[117] Étant donné que le Tribunal de la concurrence a conclu à l'existence d'un privilège générique d'intérêt public à l'égard des 1 200 documents restants, il n'a pas examiné si l'un ou l'autre de ces documents était visé par un privilège d'intérêt public au cas par cas ou document par document. Selon le dispositif du présent appel que je propose ci-dessous, la requête sera renvoyée au Tribunal de la concurrence pour nouvelle décision. L'Administration convient que, dans le réexamen de

an opportunity to argue for privilege over individual documents.

[118] In considering whether a particular document should be covered by a case-by-case or document-by-document public interest privilege, the Competition Tribunal will wish to follow the legal test discussed earlier in these reasons. In assessing the interests of confidentiality and the extent to which they are sufficiently compelling, the Competition Tribunal should consider whether alternative, lesser means of protecting the relevant confidentiality interests are available, such as redacting portions of individual documents, undertakings of confidentiality, protective orders, sealed volumes of documents, *in camera* sessions, and other effective measures that might be devised: see, e.g., the creative and detailed sealing order made in *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281.

#### G. Proposed disposition

[119] I would allow the appeal, and set aside the order of the Competition Tribunal, including its award of costs. I would award the Airport Authority its costs of the appeal. I would remit the motion to the Competition Tribunal for redetermination in accordance with these reasons.

BOIVIN J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

l'affaire, le commissaire devrait avoir la possibilité de débattre de la question du privilège à l'égard de documents individuels.

[118] Pour déterminer si un document particulier devrait être visé par un privilège d'intérêt public au cas par cas ou document par document, le Tribunal de la concurrence cherchera à suivre le critère juridique dont il a été question dans les présents motifs. Pour évaluer les droits à la confidentialité et la mesure dans laquelle ils sont suffisamment sérieux, le Tribunal de la concurrence devrait examiner s'il est possible d'avoir recours à des moyens de moindre envergure protégeant les droits pertinents à la confidentialité, comme le caviardage de passages de certains documents, des engagements en matière de confidentialité, des ordonnances conservatoires, la mise de volumes de documents sous scellés, la tenue de séances à huis clos ou d'autres mesures efficaces qui pourraient être élaborées (voir, par exemple, l'ordonnance de mise sous scellés créative et détaillée rendue dans *Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia*, 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281).

#### G. Dispositif proposé

[119] J'accueillerais l'appel et j'annulerais l'ordonnance du Tribunal de la concurrence, y compris l'adjudication des dépens. J'accorderais à l'Administration les dépens de l'appel. Je renverrais la requête au Tribunal de la concurrence pour qu'il rende une nouvelle décision conformément aux présents motifs.

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

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

A-444-16  
2018 FCA 22

A-444-16  
2018 CAF 22

**Jacob Damiany Lunyamila** (*Appellant*)

**Jacob Damiany Lunyamila** (*appelant*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*intimé*)

**INDEXED AS: LUNYAMILA v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : LUNYAMILA c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court of Appeal, Stratas, Woods and Laskin J.J.A.—Toronto, October 30, 2017; Ottawa, January 19, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Woods et Laskin, J.C.A.—Toronto, 30 octobre 2017; Ottawa, 19 janvier 2018.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Detention and Release — Appeal from Federal Court decision granting consolidated applications for judicial review, setting aside corresponding orders issued by Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) releasing appellant on conditions, remitting question of release or continued detention to ID — Appellant, citizen of Rwanda, found inadmissible for criminality, arrested, detained — Appellant's identity not established — Canada Border Services Agency seeking to deport appellant to Rwanda — Appellant refusing to sign declaration affirming willingness to return to Rwanda — ID ordering appellant's release from detention, subject to, inter alia, appellant signing declaration — Federal Court concluding conditions of release unreasonable — Proposing, certifying question — Parties maintaining question not suitable for certification — Whether certified question meeting criteria for certification — Certified question not sufficient to give Court jurisdiction to decide appeal — Question as certified did not meet criteria for certification and could not be reformulated to address deficiencies — Fundamental problem being that question not arising from facts of case as it developed — Neither party taking issue with pre-release condition of cooperation — Not necessary to decide reformulated question given terms of ID's order, positions of parties — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Détention et mise en liberté — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli des demandes réunies présentées aux fins d'un contrôle judiciaire et a annulé les ordonnances correspondantes prononcées par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié libérant l'appelant sous conditions, et renvoyant la question de la mise en liberté ou de la détention continue à la SI — L'appelant, un citoyen rwandais, a été déclaré interdit de territoire pour criminalité, arrêté et détenu — Son identité n'a pas été établie — L'Agence des services frontaliers du Canada a pris des mesures pour expulser l'appelant au Rwanda — L'appelant a refusé de signer une déclaration confirmant sa volonté de retourner au Rwanda — La SI a rendu une ordonnance libérant l'appelant, à condition notamment qu'il signe la déclaration — La Cour fédérale a conclu que les conditions de mise en liberté étaient déraisonnables — Elle a proposé et certifié une question — Les parties ont maintenu que la question ne se prêtait pas à la certification — Il s'agissait de savoir si la question certifiée répondait aux critères de certification — La question certifiée n'était pas suffisante pour donner à la Cour compétence pour instruire l'appel — La question, telle qu'elle a été certifiée, ne répondait pas aux critères de certification et la question ne pouvait être reformulée de façon à combler ses lacunes — Le problème fondamental était que la question ne découlait pas des faits de l'affaire au fil de son déroulement — Aucune des parties n'a contesté la condition prélibératoire de collaboration — Il n'était pas nécessaire de répondre à la question reformulée compte tenu du libellé de l'ordonnance de la SI et des thèses des parties — Appel rejeté.*

This was an appeal from a decision by the Federal Court granting five consolidated applications by the respondent for

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli cinq demandes réunies

judicial review, setting aside the five corresponding orders issued by the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board releasing the appellant from immigration detention on conditions, and remitting the question of release or continued detention to the ID.

The appellant, a citizen of Rwanda, was found inadmissible for criminality under paragraph 36(2)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. His identity has not been established, having no Rwandan identity documents. He was arrested and detained under section 55 of the Act in 2013. Until 2016, successive 30-day reviews resulted in orders for continued detention. Beginning in 2016, the ID issued a series of orders for the applicant's release. The Canada Border Services Agency (CBSA) took steps to deport the appellant to Rwanda. The Rwandan High Commission informed the CBSA that the appellant needed to provide certified copies of Rwandan identity documents in order to obtain a passport, and to sign a statutory declaration affirming a willingness to return to Rwanda. The appellant stated that that he would never sign and would never cooperate with his deportation. In September 2016, the ID made an order for the appellant's release from detention, subject to certain conditions, including that prior to his release the appellant must sign the declaration requested by Rwanda. The Federal Court concluded that the conditions of release were unreasonable and set aside the ID's order. It also saw that the differences of view in the Federal Court's case law gave rise to a question of general importance warranting the Federal Court of Appeal's consideration. The parties maintained that a question was not suitable for certification, because the appropriate balancing of the factors in section 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* will vary depending on the circumstances of each case. The Federal Court nonetheless certified a question.

At issue was whether the certified question met the criteria for certification.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The certified question was not sufficient to give the Court jurisdiction to decide the appeal. The question as certified did not meet the criteria for certification, and the question could not be reformulated so as to address its deficiencies. The fundamental problem was that the question did not arise from the facts of this case as it developed. The question asked, in essence, whether an immigration detainee can avoid continued detention by failing to cooperate with removal. But the ID's order did not permit the appellant to do so. Rather, the ID's order expressly imposed as a pre-release condition the requirement that the appellant sign a statutory declaration

présentées par l'intimé aux fins d'un contrôle judiciaire et a annulé cinq ordonnances correspondantes prononcées par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié libérant l'appelant de sa mise en détention sous conditions, et renvoyant la question de la mise en liberté ou de la détention continue à la SI.

L'appelant, un citoyen rwandais, a été déclaré interdit de territoire pour criminalité en vertu de l'alinéa 36(2)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Son identité n'a pas été établie, puisqu'il n'avait pas de documents d'identité rwandais. En 2013, il a été arrêté et détenu en vertu de l'article 55 de la Loi. Jusqu'en 2016, des contrôles successifs des motifs des 30 jours ont donné lieu à des ordonnances de maintien en détention. À partir de 2016, la SI a prononcé une série d'ordonnances en vue de la mise en liberté de l'appelant. L'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a pris des mesures pour expulser l'appelant au Rwanda. Le Haut-Commissariat du Rwanda a informé l'ASFC que l'appelant devait fournir des copies certifiées des documents d'identité rwandaise afin d'obtenir un passeport, et signer une déclaration solennelle confirmant sa volonté de retourner au Rwanda. L'appelant a déclaré qu'il ne signerait jamais et qu'il ne collaborerait jamais à son expulsion. En septembre 2016, la SI a rendu une ordonnance libérant l'appelant sous conditions, notamment qu'avant d'être mis en liberté, l'appelant devait signer la déclaration demandée par le Rwanda. La Cour fédérale a conclu que les conditions de mise en liberté étaient déraisonnables et a annulé l'ordonnance de la SI. Elle a aussi considéré que les divergences d'opinions dans la jurisprudence de la Cour fédérale donnaient lieu à une question de portée générale justifiant l'examen par la Cour d'appel fédérale. Les parties ont maintenu que la question proposée ne se prêtait pas à la certification, parce que la mise en balance adéquate des facteurs énoncés à l'article 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* variera selon les circonstances de chaque affaire. La Cour fédérale a néanmoins certifié une question.

Il s'agissait de savoir si la question certifiée répondait aux critères de certification.

*Jugement* : l'appel doit être rejeté.

La question certifiée n'était pas suffisante pour donner à la Cour compétence pour instruire l'appel. La question, telle qu'elle a été certifiée, ne répondait pas aux critères de certification, et la question ne pouvait être reformulée de façon à combler ses lacunes. Le problème fondamental était que la question ne découlait pas des faits de la présente cause au fil de son déroulement. La question était essentiellement de savoir si un détenu aux fins de l'immigration peut éviter le maintien d'une détention en faisant défaut de collaborer aux efforts pour l'expulser. Mais l'ordonnance de la SI n'a pas permis à l'appelant d'y arriver. L'ordonnance de la SI

affirming a willingness to return to Rwanda, which he has refused to do. Before the Federal Court, neither party took issue with the pre-release condition of cooperation. While an attempt was made at reformulating the certified question herein, given the terms of the ID's order and the positions of the parties, it was not necessary to decide this question in order to decide the appeal. Also, that reformulation could be regarded as deficient on the basis that it was a question whose answer would turn on the unique facts of each case—for example, on the nature and extent of the non-cooperation—or that it would transform the appeal into a reference.

imposait plutôt expressément comme condition prélibératoire que l'appelant fasse ce qu'il a refusé de faire, soit signer une déclaration solennelle confirmant sa volonté de retourner au Rwanda. Devant la Cour fédérale, aucune des parties n'a contesté la condition prélibératoire de collaboration. Bien que l'on ait tenté de reformuler la question certifiée dans la présente affaire, compte tenu du libellé de l'ordonnance de la SI et des thèses des parties, il n'était pas nécessaire de répondre à cette question pour trancher l'appel. La reformulation pourrait également être considérée comme incomplète au motif qu'il s'agissait d'une question dont la réponse dépendrait des faits qui sont uniques à l'affaire, par exemple, quant à la nature et l'étendue de la non-collaboration, ou qu'elle transformerait le présent appel en un renvoi.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, r. 22.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1), 16(3), 34, 35, 36(1)(a),(2)(a), 37, 48, 55, 57(1),(2), 58(1),(3), 72, 74(d), 115(2)(a).

*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 245(b), 247(1), 248.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229.

##### CONSIDERED:

*Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129.

##### REFERRED TO:

*Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214, (1994), 85 F.T.R. 99 (T.D.); *Tursunbayev v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FC 5, 21 Imm. L.R. (4th) 302; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila*, 2016 FC 289; *Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186; *Tretsetsang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 175, [2017] 3 F.C.R. 399, 398 D.L.R. (4th) 685; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, rev'd on other grounds 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1), 16(3), 34, 35, 36(1)a),(2)a), 37, 48, 55, 57(1),(2), 58(1),(3), 72, 74d), 115(2)a).

*Règlement sur l'immigration et la Protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 245b), 247(1), 248.

*Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, règle 22.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229.

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214, [1994] A.C.F. n° 1534 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Tursunbayev c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CF 5; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lunyamila*, 2016 CF 289; *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178; *Tretsetsang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 175, [2017] 3 R.C.F. 399; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, inf. par 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428), granting consolidated applications by the respondent for judicial review, setting aside the corresponding orders issued by the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board releasing the appellant on conditions, and remitting the question of release or continued detention to the ID. Appeal dismissed.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428), qui a accueilli des demandes réunies présentées par l'intimé aux fins d'un contrôle judiciaire et a annulé les ordonnances correspondantes prononcées par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié libérant l'appelant sous conditions, et renvoyant la question de la mise en liberté ou de la détention continue à la SI. Appel rejeté.

#### APPEARANCES

*Anthony Navaneelan* for appellant.  
*John Provart and Susan Gans* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Anthony Navaneelan* pour l'appelant.  
*John Provart et Susan Gans* pour l'intimé.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Legal Aid Ontario Refugee Law Office*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Aide juridique Ontario – Bureau du droit des réfugiés*, Toronto, pour l'appelant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

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

LASKIN J.A.:

LE JUGE LASKIN, J.C.A. :

#### I. Overview

#### I. Résumé

[1] This appeal is from the judgment of Crampton C.J. of the Federal Court (2016 FC 1199, [2017] 3 F.C.R. 428), granting five consolidated applications by the Minister for judicial review, setting aside the five corresponding orders issued by members of the Immigration Division [ID] of the Immigration and Refugee Board releasing the appellant from immigration detention on conditions, and remitting the question of release or continued detention to Member Cook of the ID, who made the most recent of the five orders.

[1] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2016 CF 1199, [2017] 3 R.C.F. 428), par laquelle le juge en chef Crampton a accueilli cinq demandes réunies présentées par le ministre aux fins d'un contrôle judiciaire et a annulé cinq ordonnances correspondantes prononcées par des commissaires de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié libérant l'appelant de sa mise en détention sous conditions, et renvoyant la question de la mise en liberté ou de la détention continue au commissaire Cook de la Section de l'immigration, qui a rendu la dernière des cinq ordonnances.

[2] In both their written and their oral submissions the parties focused on the application Judge's decision with respect to the order of Member Cook, which

[2] Dans leurs observations écrites et orales, les parties se sont concentrées sur la décision du juge de première instance en ce qui a trait à l'ordonnance du

superseded the four earlier orders. It is appropriate to do the same in these reasons.

[3] However, my doing so leads me reluctantly but inescapably to the conclusion that this Court lacks jurisdiction to decide the appeal. The question as certified by the application Judge, on which this Court's jurisdiction depends, does not in my respectful view meet the well-established criteria for certification, and reformulation of the question would not render it compliant. I say "reluctantly" because the appeal was well and fully argued on the merits, and because underlying the certified question may well be a serious legal question of general importance that, as the application judge suggested, calls for further judicial consideration. But the question as framed is not dispositive of the appeal as it was argued, so that deciding the appeal would take the Court outside the role that Parliament envisaged for it in immigration matters. I see no alternative therefore but to dismiss the appeal.

[4] In explaining why I reach this conclusion, I will first briefly outline the scheme of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 [IRPA or the Act], as it relates to removal orders, detention and release. Next, I will set out the relevant background, addressing the circumstances relating to the appellant's detention, Member Cook's decision, and the decision on judicial review. I will then consider in more detail the requirements that a certified question must meet and how in my view those requirements are not met in this case. I appreciate that all of this is a rather lengthy prelude to a decision that ultimately does not address the merits of the appeal, but the context may nonetheless prove helpful in grounding the disposition that I propose.

## II. Removal, detention and release under the IRPA

[5] The *Immigration and Refugee Protection Act* establishes a framework for immigration to Canada

commissaire Cook, qui l'emportait sur les quatre ordonnances antérieures. Il convient de faire de même dans les présents motifs.

[3] Cependant, cette décision de ma part m'amène à contrecœur, mais inévitablement, à la conclusion que la Cour n'a pas compétence pour instruire l'appel. La question certifiée par le juge de première instance, dont dépend la compétence de la Cour, ne répond pas, à mon humble avis, aux critères bien établis pour la certification, et la reformulation de la question ne la rendrait pas conforme. Je dis « à contrecœur » car l'appel a été débattu de bonne façon et de manière complète sur le fond, et parce qu'à la base de la question certifiée pourrait bien se trouver une question juridique grave de portée générale qui, comme le juge de première instance l'a suggéré, nécessite un examen judiciaire plus approfondi. Mais la question, tel qu'elle est libellée, n'est pas déterminante quant à l'issue de l'appel, de sorte que la Cour cesserait d'exercer les fonctions que le législateur avait envisagées pour elle dans les questions relevant de l'immigration. Je ne vois donc pas d'autre solution que de rejeter l'appel.

[4] En expliquant pourquoi j'en viens à cette conclusion, je vais d'abord décrire brièvement le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), en ce qui a trait aux ordonnances de renvoi, à la détention et à la mise en liberté. Ensuite, j'établirai le contexte pertinent, en abordant les circonstances relatives à la détention de l'appelant, à la décision du commissaire Cook, et à la décision visée par le contrôle judiciaire. J'examinerai ensuite plus en détail les exigences auxquelles une question certifiée doit répondre et comment, à mon avis, ces exigences ne sont pas respectées en l'espèce. Je comprends que tout cela est un assez long prélude à une décision qui, en définitive, ne porte pas sur le bien-fondé de l'appel, mais le contexte peut néanmoins s'avérer utile pour justifier la manière de trancher la décision que je propose.

## II. Renvoi, détention et mise en liberté en vertu de la LIPR

[5] La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* définit le cadre de l'immigration au Canada et

and the grant of refugee protection. The objectives of the IRPA are set out in subsection 3(1). By paragraphs 3(1)(h) and 3(1)(i), they include the protection of public health and safety and the security of Canadian society and the promotion of international justice and security by fostering respect for human rights and denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks.

[6] By sections 34 to 37 of the IRPA, a foreign national may be inadmissible and liable to removal on grounds of security, violation of human or international rights, serious criminality, criminality or organized criminality. A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed (subsection 48(1)). If a removal order is enforceable, the foreign national against whom it is made “must leave Canada immediately and the order must be enforced as soon as possible” (subsection 48(2)).

[7] The Act authorizes the arrest and detention of a permanent resident or foreign national who there are reasonable grounds to believe is inadmissible and a danger to the public or unlikely to appear for removal from Canada or at a proceeding that could lead to removal (subsection 55(1)).

[8] Within 48 hours of arrest, the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board is required to review the reasons for detention (subsection 57(1)). Following this initial review, the ID must conduct additional reviews within 7 days and at least once every 30 days thereafter (subsection 57(2)).

[9] In a detention review, the ID must assess whether there are grounds for detention: whether, among other things, the detainee is a danger to the public, a flight risk, or a foreign national whose identity has not been established. Unless it is satisfied that one or more of the specified grounds is made out, it must order the detainee’s release (subsection 58(1)). By paragraph 245(b) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*,

l’octroi de l’asile. Les objets de la LIPR sont énoncés au paragraphe 3(1) : selon les alinéas 3(1)h) et 3(1)i), la LIPR a pour objet de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne et de promouvoir, à l’échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l’interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou qui constituent un danger pour la sécurité.

[6] En vertu des articles 34 à 37 de la LIPR, un étranger peut être interdit de territoire et passible de renvoi pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, pour grande criminalité et pour criminalité organisée. La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d’effet dès lors qu’elle ne fait pas l’objet d’un sursis (paragraphe 48(1)). Lorsqu’un renvoi est exécutoire, l’étranger visé par la mesure de renvoi « doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être exécutée dès que possible » (paragraphe 48(2)).

[7] La LIPR autorise l’arrestation et la détention du résident permanent ou de l’étranger lorsqu’il y a des motifs raisonnables de croire qu’il est interdit de territoire et qu’il constitue un danger pour la sécurité publique ou qu’il se soustraira vraisemblablement au renvoi du Canada, ou à la procédure pouvant mener à la prise par le ministre d’une mesure de renvoi (paragraphe 55(1)).

[8] La Section de l’immigration (la SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié contrôle les motifs justifiant le maintien en détention dans les 48 heures suivant l’arrestation (paragraphe 57(1)). Suivant ce contrôle initial, la SI procède à de nouveaux contrôles dans les 7 jours suivants, puis au moins tous les 30 jours par la suite (paragraphe 57(2)).

[9] Lors d’un contrôle des motifs de détention, la SI doit évaluer s’il existe des motifs de détention : si, entre autres, le détenu constitue un danger pour la sécurité publique ou un risque de fuite, ou si l’identité d’un étranger n’a pas été établie. Elle prononce la mise en liberté du détenu, sauf sur preuve de la présence de l’un ou l’autre des motifs précisés (paragraphe 58(1)). Selon l’alinéa 245b) du *Règlement sur l’immigration*

SOR/2002-227 [Regulations], the assessment whether there is a flight risk includes consideration of the detainee's voluntary compliance with any previous departure order and, therefore, compliance with subsection 48(1) of the IRPA, which as set out above requires a foreign national to leave Canada immediately as soon as a removal order becomes enforceable.

[10] By subsection 247(1) of the Regulations, in assessing whether the identity ground is established, the ID must consider among other things the detainee's cooperation, including whether the detainee provided or assisted the Department of Citizenship and Immigration in obtaining evidence of identity, or provided his or her date and place of birth and parents' names. Subsection 16(3) of the Act authorizes an immigration officer to require or obtain from a detainee any evidence that may be used to establish identity.

[11] If any of the specified grounds of detention are established, the ID is obliged to consider the factors set out in section 248 of the Regulations before a decision is made on detention or release: (a) the reason for detention; (b) the length of time in detention; (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time; (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department or the person concerned; and (e) the existence of alternatives to detention. These factors, which originated in the decision in *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214, at page 231, (1994), 85 F.T.R. 99 (T.D.), at paragraph 31, were incorporated into the Regulations in 2002.

[12] If the ID orders release, it may impose any conditions that it considers necessary (IRPA, subsection 58(3)). The person concerned may apply to vary these conditions on the basis that they are no longer necessary to ensure compliance with the Act (*Tursunbayev v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FC 5, 21 Imm. L.R. (4th) 302, at paragraph 31).

*et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 [Règlement], l'évaluation de la question de savoir s'il y a un risque de fuite comprend l'examen du fait que le détenu se soit conformé librement ou non à une mesure d'interdiction de séjour; et, par conséquent, la conformité au paragraphe 48(1) de la LIPR, qui, tel qu'il est mentionné ci-dessus, exige que, dès qu'une mesure de renvoi devient exécutoire, l'étranger doit quitter le Canada immédiatement.

[10] En vertu du paragraphe 247(1) du Règlement, pour déterminer si le motif visant l'identité a été établi, la SI doit examiner entre autres la collaboration du détenu, y compris la question de savoir si le détenu a justifié de son identité auprès du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration ou s'il l'a aidé à obtenir une telle justification, ou s'il a fourni ses date et lieu de naissance et le nom de ses parents. Le paragraphe 16(3) de la LIPR autorise un agent d'immigration à exiger ou à obtenir du détenu toute preuve qui peut être utilisée en vue d'établir son identité.

[11] Si l'un ou l'autre des motifs de détention est établi, la SI est tenue d'examiner les facteurs énoncés à l'article 248 du Règlement avant que la décision ne soit rendue quant à la détention ou la mise en liberté : a) le motif de la détention; b) la durée de la détention; c) l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, cette période de temps; d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère ou de l'intéressé; e) l'existence de solutions de rechange à la détention. Ces facteurs, qui trouvent leur origine dans la décision *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 231 (au paragraphe 31 sur QL), ont été incorporés dans le Règlement en 2002.

[12] Si la SI ordonne la mise en liberté, elle peut imposer les conditions qu'elle estime nécessaires (LIPR, paragraphe 58(3)). La personne concernée peut demander de modifier ces conditions au motif qu'elles ne sont plus nécessaires pour garantir le respect de la Loi (décision *Tursunbayev c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CF 5, au paragraphe 31).

### III. The appellant

[13] The appellant came to Canada in 1994, and was granted refugee status in 1996. He asserts that he is Jacob Damiany Lunyamila, a citizen of Rwanda, born there in September 1976. However, his identity has not been established. Among other things, he has no Rwandan identity documents, and the file associated with his refugee claim was destroyed years ago in accordance with standard Immigration and Refugee Board document retention policies.

### IV. Criminality and danger to the public

[14] In the period from January 1999 to June 2013, Mr. Lunyamila was charged with 94 criminal offences and convicted of 54. It appears that a number of the convictions were connected to alcohol addiction and mental health issues. In July 2012, Mr. Lunyamila was found inadmissible for criminality under paragraph 36(2)(a) of the IRPA. A deportation order was issued against him in August 2012. After a conviction for sexual assault, he was also found inadmissible for serious criminality under paragraph 36(1)(a) of the IRPA. In May 2014, a danger opinion was issued under paragraph 115(2)(a) of the IRPA, declaring that he was a danger to the public and that the risk to the Canadian public outweighed any risk he would face on return to Rwanda and any humanitarian and compassionate considerations. Leave to seek judicial review was denied.

### V. Detention history

[15] Mr. Lunyamila was arrested and detained under section 55 of the IRPA in June 2013. His detention was initially continued on the grounds that he was both a flight risk and a danger to the public. On the second 30-day review, he was ordered released on conditions. The conditions included a requirement that he live at a specified addiction rehabilitation facility, complete its three-month program and abide by its rules and regulations. However, he left the facility after two days

### III. L'appelant

[13] L'appelant est arrivé au Canada en 1994 et a reçu le statut de réfugié en 1996. Il affirme qu'il est Jacob Damiany Lunyamila, un citoyen rwandais, né en septembre 1976 au Rwanda. Cependant, son identité n'a pas été établie. Entre autres, il n'a pas de documents d'identité rwandais, et le dossier associé à sa demande d'asile a été détruit il y a des années, conformément aux politiques de conservation des documents courantes de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

### IV. Criminalité et danger pour la sécurité publique

[14] Durant la période de janvier 1999 à juin 2013, M. Lunyamila a été accusé de 94 infractions criminelles et a été déclaré coupable pour 54 d'entre elles. Il semble qu'un certain nombre de ces condamnations étaient liées à sa dépendance à l'alcool et des problèmes de santé mentale. En juillet 2012, M. Lunyamila a de nouveau été déclaré interdit de territoire pour criminalité en vertu de l'alinéa 36(2)a) de la LIPR. Une ordonnance d'expulsion a été émise contre lui en août 2012. Par suite d'une condamnation pour agression sexuelle, le demandeur a également été jugé interdit de territoire pour grande criminalité en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR. En mai 2014, un avis selon lequel l'appelant constituait un danger pour la sécurité publique au Canada et que le risque pour le public canadien était plus important que le risque auquel le défendeur serait exposé s'il retournait au Rwanda ainsi que toute considération d'ordre humanitaire a été rendu, en application de l'alinéa 115(2)a) de la LIPR. L'autorisation de demander le contrôle judiciaire a été refusée.

### V. L'historique de la détention

[15] En juin 2013, M. Lunyamila a été arrêté et détenu en vertu de l'article 55 de la LIPR. Sa détention a été initialement maintenue aux motifs qu'il présentait un risque de fuite et un danger pour la sécurité publique. Lors du deuxième contrôle des motifs des 30 jours, on a ordonné sa mise en liberté sous conditions. Ces conditions exigeaient entre autres qu'il vive dans un établissement de réadaptation en toxicomanie précisés, qu'il y termine un programme de trois mois et qu'il respecte les règles et

and was rearrested. He has remained in detention since September 2013.

[16] Until January 2016, successive 30-day reviews resulted in orders for continued detention, at first on flight risk and danger grounds, and then on identity grounds as well. However, beginning in January 2016 ID members issued a series of orders for Mr. Lunyamila's release. Each of these orders was stayed, and two of them—those issued in January and February 2016—were set aside by the Federal Court on judicial review (2016 FC 289). A further five release orders, including the order made by Member Cook, were the subject of the consolidated applications that led to this appeal.

#### VI. Failure to cooperate in removal

[17] Following the issuance of the danger opinion in May 2014, the Canada Border Services Agency (CBSA) took steps to deport Mr. Lunyamila to Rwanda. Since Mr. Lunyamila did not have a Rwandan passport or other travel document, the CBSA contacted the Rwandan High Commission to ascertain the requirements for him to obtain one. The CBSA was informed that the requirements included providing certified copies of Rwandan identity documents and a statutory declaration affirming a willingness to return to Rwanda.

[18] Mr. Lunyamila had stated that he did not have the required identity documents. Despite ten separate requests by CBSA officers—in June, July, November and December 2014, and February, May, July, August, November and December 2015—he also refused to sign the required statutory declaration. In response to several of these requests, he stated, in effect, that he would never sign and would never cooperate with his deportation.

les règlements de l'établissement. Toutefois, il a quitté l'établissement après deux jours et a été de nouveau arrêté. Il demeure en détention depuis septembre 2013.

[16] Jusqu'en janvier 2016, des contrôles successifs des motifs des 30 jours ont donné lieu à des ordonnances de maintien en détention, d'abord pour risque de fuite pour des motifs de danger, puis pour des raisons tenant à l'identification. Cependant, à partir de janvier 2016, les commissaires de la SI ont prononcé une série d'ordonnances en vue de la mise en liberté de M. Lunyamila. Chacune de ces ordonnances a fait l'objet d'un sursis, et deux d'entre elles, celles prononcées en janvier et en février 2016, ont été annulées par la Cour fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire (2016 CF 289). Cinq autres ordonnances de mise en liberté, y compris l'ordonnance rendue par le commissaire Cook, ont fait l'objet des demandes réunies qui ont conduit au présent appel.

#### VI. Défaut de collaborer au renvoi

[17] Suivant le prononcé de l'avis selon lequel l'appelant constituait un danger en mai 2014, l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a pris des mesures pour expulser M. Lunyamila au Rwanda. Puisque M. Lunyamila n'était pas titulaire d'un passeport rwandais ou d'un autre document de voyage, l'ASFC a communiqué avec le Haut-Commissariat du Rwanda afin de déterminer les exigences lui permettant d'en obtenir un. L'ASFC a été informée qu'il fallait, entre autres exigences, fournir des copies certifiées des documents d'identité rwandaise et une déclaration solennelle confirmant sa volonté de retourner au Rwanda.

[18] M. Lunyamila avait déclaré qu'il ne disposait pas des documents d'identité requis. Malgré dix demandes faites séparément par des agents de l'ASFC, en juin, juillet, novembre et décembre 2014, et en février, mai, juillet, août, novembre et décembre 2015, il a également refusé de signer la déclaration solennelle. En réponse à plusieurs de ces demandes, il a déclaré, en fait, qu'il ne signerait jamais et qu'il ne collaborerait jamais à son expulsion.

[19] In November 2013 and in 2014, the CBSA received information suggesting that Mr. Lunyamila was actually a person with a different name and birth date who was a citizen of Tanzania. However, the CBSA's investigation of this information led to a different individual, and the possibility that Mr. Lunyamila was Tanzanian was not pursued further at that time.

[20] The CBSA recommenced its investigation in February 2015 when it received further information linking Mr. Lunyamila to Tanzania. It explored retaining a private investigator, made inquiries of the Tanzanian police, and arranged for a linguistic analysis, which was conducted in May 2016. The analysis concluded that it was "very likely" that Mr. Lunyamila's linguistic background was Tanzanian, and "very unlikely" that it was Rwandan. The CBSA also sent fingerprints for analysis by Tanzanian authorities, and arranged an interview of Mr. Lunyamila by Tanzanian consular officials in September 2016.

[21] Mr. Lunyamila has cooperated to some degree with this investigation, including by participating in the linguistic analysis, but he has also provided contradictory and nonsensical information in response to inquiries about his connection to Tanzania.

#### VII. Member Cook's decision

[22] In September 2016, Member Cook made an order for Mr. Lunyamila's release from detention, subject to conditions. Although the member was satisfied that all three grounds for continued detention asserted by the Minister—danger, flight risk and identity—were made out, he found that the risks could be sufficiently mitigated by the conditions that he imposed.

[23] In concluding that Mr. Lunyamila remained "very much a flight risk", and that it was very unlikely that he would appear voluntarily for removal if released, the member observed that Mr. Lunyamila had done

[19] En novembre 2013 et en 2014, l'ASFC a reçu des renseignements indiquant que M. Lunyamila était en fait une personne ayant un nom et une date de naissance différents et qu'il était un citoyen de la Tanzanie. Cependant, l'enquête de l'ASFC sur ces renseignements a mené à une autre personne, et la possibilité que M. Lunyamila soit tanzanien n'a pas fait l'objet, à partir de ce moment-là, d'une enquête plus poussée.

[20] L'ASFC a repris son enquête en février 2015 lorsqu'elle a reçu de nouveaux renseignements reliant M. Lunyamila à la Tanzanie. L'ASFC a envisagé de retenir les services d'un détective privé, elle a fait des demandes de renseignements auprès de la police tanzanienne, et elle a pris des dispositions en vue d'une analyse linguistique, qui a été effectuée en mai 2016. L'analyse a révélé qu'il était « très probable » que les compétences linguistiques de M. Lunyamila correspondent à celles de la Tanzanie et « très peu probable » quant à celles du Rwanda. L'ASFC a également envoyé des empreintes digitales en vue d'une analyse par les autorités tanzaniennes, et a organisé une entrevue avec M. Lunyamila par des agents consulaires tanzaniens en septembre 2016.

[21] M. Lunyamila a coopéré dans une certaine mesure dans le cadre de cette enquête, y compris en participant à l'analyse linguistique, mais il a également fourni des renseignements contradictoires et illogiques en réponse aux demandes de renseignements sur ses liens avec la Tanzanie.

#### VII. Décision du commissaire Cook

[22] En septembre 2016, le commissaire Cook a rendu une ordonnance libérant M. Lunyamila, sous conditions. Bien que le commissaire ait été convaincu que les trois motifs de détention invoqués par le ministre — le danger, le risque de fuite et l'identité — ont été établis, il a conclu que les risques pourraient être suffisamment atténués par les conditions qu'il avait imposées.

[23] En concluant que M. Lunyamila présentait [TRADUCTION] « un risque élevé de fuite », et qu'il était très peu probable qu'il se présente de son propre gré pour son renvoi, s'il était libéré, le commissaire a fait remarquer

everything in his power to prevent removal to Rwanda, including refusing to sign the declaration required for a Rwandan-issued travel document. Mr. Lunyamila seemed to have figured out, the member stated, that without his cooperation in signing the declaration the CBSA could not remove him.

[24] With respect to identity, the member stated that “the Minister was making reasonable efforts to establish [Mr. Lunyamila’s] identity”. He noted that the Minister was “undertaking a legitimate investigation ... that [was] capable of uncovering significant evidence”, and stated that it would be improper for him to speculate on what the investigation might uncover. He found the Minister’s efforts to confirm whether Mr. Lunyamila was Tanzanian, while “not perfect”, were reasonable.

[25] Having concluded that the three grounds for continued detention were established, Member Cook then turned to the factors set out in section 248 of the Regulations. He found that the first factor, the grounds for detention, weighed in favour of continuing detention. Mr. Lunyamila had been detained because he was a danger to the public, he was a flight risk, and his identity could not be established. The member stated that he had given this factor significant weight, since the danger factor alone was justification for a lengthy detention.

[26] The member analyzed the second and third factors—the length of time in detention and whether the length of time that detention is likely to continue can be ascertained—together. He found that detention for three years amounted to lengthy detention, and that the length of Mr. Lunyamila’s further detention could not reasonably be anticipated. He concluded that these factors favoured release.

[27] Member Cook noted that the reason for both the lengthy detention and the inability to ascertain the duration of continued detention was the same: the Minister did not have a valid travel document that would permit

que M. Lunyamila avait tout fait en son pouvoir pour empêcher son expulsion au Rwanda, notamment en refusant de signer la déclaration requise pour obtenir un document de voyage émis par les autorités rwandaises. M. Lunyamila semblait avoir compris, a indiqué le commissaire, que, sans sa collaboration à signer la déclaration, l’ASFC ne pouvait pas l’expulser.

[24] En ce qui concerne l’identité, le commissaire a déclaré que [TRADUCTION] « le ministre a fait des efforts raisonnables pour établir l’identité de [M. Lunyamila] ». Il a noté que le ministre [TRADUCTION] « menait une enquête légitime qui [était] susceptible de fournir des éléments de preuve importants » et a déclaré qu’il serait inapproprié pour lui de présumer de ce que l’enquête pourrait révéler. Il a conclu que les efforts déployés par le ministre pour confirmer si M. Lunyamila était tanzanien, bien qu’[TRADUCTION] « imparfaits » étaient raisonnables.

[25] Ayant conclu que les trois motifs de détention ont été établis, le commissaire Cook a ensuite examiné les facteurs énoncés à l’article 248 du Règlement. Il a conclu que le premier facteur, les motifs de détention, plaidait en faveur du maintien en détention. M. Lunyamila avait été détenu parce qu’il constituait un danger pour la sécurité publique, qu’il présentait un risque de fuite et que son identité ne pouvait être établie. Le commissaire a indiqué qu’il avait accordé beaucoup de poids à ce facteur, puisque le facteur lié au danger justifiait à lui seul une détention prolongée.

[26] Le commissaire a analysé ensemble les deuxième et troisième facteurs — la durée de la détention et la question de savoir si la durée probable du maintien en détention peut être confirmée. Il a conclu qu’une détention de trois ans correspondait à une détention prolongée, et qu’on ne pouvait pas raisonnablement prévoir la durée du maintien en détention de M. Lunyamila. Il a conclu que ces facteurs militaient en faveur d’une mise en liberté.

[27] Le commissaire Cook a noté que la raison de la détention prolongée et de l’incapacité de déterminer la durée de la détention était la même : le ministre ne disposait pas d’un document de voyage valide qui aurait

Mr. Lunyamila's removal. His case was now "at a stalemate": the Minister required Mr. Lunyamila's cooperation to have any prospect of obtaining a Rwandan travel document, but he had refused to cooperate and had stated that he would never cooperate. Although the member acknowledged that Mr. Lunyamila's cooperation in signing a declaration could lead to a valid travel document, he also noted that cooperation would not guarantee removal because Mr. Lunyamila also lacked the identity documents that Rwanda appeared to require. The Minister was unable to state whether Rwandan authorities would waive this requirement. As for the potential removal to Tanzania, the member found there was no way to reasonably anticipate whether Mr. Lunyamila was actually Tanzanian and how long a removal to Tanzania might take. There was therefore no timeline for the anticipated conclusion of the immigration process: Mr. Lunyamila's "detention moving forward [was] indefinite" (2016 FC 1199, at paragraph 102).

[28] The member determined that responsibility for the lengthy detention and uncertainty as to the length of future detention should be apportioned equally to both parties. He assigned a large portion of responsibility for the delay to Mr. Lunyamila. He stated that Mr. Lunyamila's consistent refusal to cooperate in signing the declaration had stalled his removal at the travel document acquisition stage since 2014, and suggested that the detention might have already ended had he cooperated.

[29] However, the member also found that the Minister must share the responsibility. Despite the "stalemate" and knowledge that Mr. Lunyamila was not prepared to sign the declaration, the Minister had not undertaken alternative measures to remove him. The member acknowledged that there might not in fact be any alternatives. He also acknowledged that the Minister was now focused on Tanzania as a possible alternate destination for removal. However, he was critical of the Minister's delay in pursuing the possibility of Tanzanian identity when information to this effect first came to light in 2013. The member accordingly found that the factor

permitted d'expulser M. Lunyamila. Son dossier se trouvait désormais « dans une impasse » : le ministre exigeait la collaboration de M. Lunyamila pour avoir la moindre chance d'obtenir un document de voyage rwandais, mais celui-ci avait refusé de collaborer et avait déclaré qu'il ne collaborerait jamais. Bien que le commissaire ait reconnu qu'en collaborant et en signant une déclaration, cette signature de M. Lunyamila pouvait mener à la production d'un document de voyage valide, il a également noté que ladite collaboration ne garantirait pas l'expulsion de M. Lunyamila puisqu'il ne disposait pas des documents d'identification que le Rwanda semblait exiger. Le ministre n'a pas pu indiquer si les autorités rwandaises renonceraient à cette exigence. Quant au renvoi éventuel vers la Tanzanie, le commissaire a conclu qu'il n'y avait aucun moyen de prévoir raisonnablement si M. Lunyamila était en réalité tanzanien et combien de temps pouvait durer la procédure de renvoi vers la Tanzanie. Il n'y a donc pas d'échéancier pour l'issue du processus d'immigration : « la détention de M. Lunyamila dans le futur semblait indéterminée » (2016 CF 1199, au paragraphe 102).

[28] Le commissaire a jugé que la responsabilité de la détention prolongée et de l'incertitude quant à la durée de la détention future devrait être imputée à parts égales aux deux parties. Le commissaire a attribué à M. Lunyamila une bonne partie de la responsabilité liée au retard. Il a déclaré que le refus constant de M. Lunyamila de collaborer en signant la déclaration avait freiné son renvoi à l'étape de l'acquisition de documents de voyage depuis 2014, et a laissé entendre que la détention serait peut-être déjà terminée s'il avait coopéré.

[29] Toutefois, le commissaire a également conclu qu'une part de cette responsabilité est attribuable au ministre. Malgré l'« impasse » et le fait de savoir que M. Lunyamila n'était pas disposé à signer la déclaration, le ministre n'avait pas pris d'autres mesures pour l'expulser. Le commissaire a reconnu qu'en réalité, il n'y aurait peut-être pas d'autres solutions de rechange. Il a également reconnu que le ministre concentrait désormais ses efforts sur la Tanzanie comme destination possible pour le renvoi. Cependant, il n'a pas vu d'un bon œil le retard du ministre à étudier la possibilité d'une identité tanzanienne lorsque de l'information à cet effet a

of delay and lack of diligence was neutral and favoured neither continued detention nor release.

[30] The member then turned to the last factor, alternatives to detention. He stated that any alternatives must “on balance [...] have a likelihood of mitigating the grounds for detention that have been established”. He expressed his belief that if Mr. Lunyamila agreed to comply with all of the conditions he set out, “the grounds for detention [could] be mitigated to a degree whereby [his] release pending removal can be manageable” (2016 FC 1199, at paragraph 104).

[31] Member Cook set out a total of nine conditions. Condition 1 was that prior to release Mr. Lunyamila sign the declaration requested by Rwanda. Member Cook rejected the suggestion made by another ID member in an earlier review that this condition would amount to “disguised detention” given Mr. Lunyamila’s past refusals to sign. Member Cook reasoned that because Mr. Lunyamila was a criminal and a danger to the public, this condition and Mr. Lunyamila’s deportation were consistent with the immigration objectives, set out in paragraphs 3(1)(h) and (i) of the IRPA, of protecting public health and safety, maintaining the security of Canadian society, and denying criminals access to Canadian society. The condition was also consistent with the obligation imposed by subsection 48(2) of the Act on Mr. Lunyamila to leave Canada immediately, and the obligation on the CBSA to enforce the removal order as soon as possible. The member described Mr. Lunyamila’s non-cooperation as “completely contrary to what is required by Canadian law” (2016 FC 1199, at paragraph 109).

[32] The other conditions that Member Cook imposed included cooperation with an interview with Tanzanian officials and with any additional CBSA investigation into his identity, acceptance prior to release in a

été dévoilée en 2013. Le commissaire a par conséquent conclu que le facteur du retard et du manque de diligence était neutre et n’a favorisé ni le maintien en détention ni la mise en liberté.

[30] Le commissaire s’est ensuite penché sur le dernier facteur, soit l’existence de solutions de rechange à la détention. Il a déclaré que toute solution de rechange doit [TRADUCTION] « tout bien pesé [...] avoir une probabilité d’atténuer les motifs de détention qui ont été établis ». Il s’est dit convaincu que, si M. Lunyamila acceptait de se conformer à toutes les conditions qu’il avait établies, « [TRADUCTION] “les motifs de la détention pourraient être atténués à un degré tel que [sa] libération en attente de [son] renvoi pourrait être gérée” » (2016 CF 1199, au paragraphe 104).

[31] Le commissaire Cook a établi un total de neuf conditions. La première condition était qu’avant d’être mis en liberté, M. Lunyamila devait signer la déclaration demandée par le Rwanda. Le commissaire Cook a rejeté la proposition faite par un autre commissaire de la SI lors d’un contrôle antérieur voulant que cette condition soit une « détention déguisée » compte tenu des refus précédents de M. Lunyamila de signer. Le commissaire Cook a fait valoir que, comme M. Lunyamila était un criminel et constituait un danger pour la sécurité publique, cette condition et l’expulsion de M. Lunyamila étaient compatibles avec les objectifs en matière d’immigration énoncés aux alinéas 3(1)(h) et i) de la LIPR, soit de protéger la santé et la sécurité publiques, de garantir la sécurité de la société canadienne et de promouvoir l’interdiction du territoire aux criminels. La condition est aussi conforme à l’obligation imposée par le paragraphe 48(2) de la LIPR sur M. Lunyamila de quitter le Canada immédiatement, et l’obligation pour l’ASFC d’exécuter l’ordonnance de renvoi dès que possible. Le commissaire a décrit le défaut de collaborer de M. Lunyamila comme « [TRADUCTION] [...] entièrement contraire à ce qui est exigé par le droit canadien » (2016 CF 1199, au paragraphe 109).

[32] Les autres conditions que le commissaire Cook a imposées sont de collaborer à une entrevue avec des fonctionnaires tanzaniens et, dans le cadre d’une enquête de l’ASFC sur son identité, d’accepter, avant sa mise en

residential drug and alcohol treatment facility and completion of its program, on completion of that program making efforts to enrol in a community-based violence prevention and anger management program and completing the program once enrolled, mandatory reporting to the CBSA, abstention from alcohol, and compliance with any physician-prescribed treatment program.

#### VIII. The decision on judicial review

[33] In his decision on judicial review, the application Judge accepted the parties' agreement that the appropriate standard of review was reasonableness. He considered the order made by Member Cook after having concluded that he would set aside as unreasonable the other four orders that were the subject of the consolidated applications. He determined that Member Cook's order was also unreasonable.

[34] The application Judge framed the fundamental issue raised by the applications as "how to resolve the tension between ... an immigration detainee's refusal to cooperate with a validly issued order for removal from Canada, and ... the length of detention and uncertainty regarding the duration of future detention that result, in whole or in part, from that refusal" (2016 FC 1199, at paragraph 1).

[35] He expressed his resolution of this tension as follows [at paragraph 2]:

... where such a refusal has the result of impeding any steps that may realistically contribute in a meaningful way to effecting the removal of a detainee who has been designated to be a danger to the public, the tension must be resolved in favour of continued detention. The same is true where it has been determined that a detainee is unlikely to appear for removal from Canada.

[36] The application Judge reasoned that if it were otherwise, a detainee who was a danger or a flight risk could by the refusal to cooperate produce or contribute to producing a "stalemate", resulting in release and the infliction on the public of the associated risk. This

liberté, de vivre dans un centre de traitement en établissement pour alcooliques et toxicomanes et de terminer le programme qui y est offert; à l'issue de ce programme, de déployer des efforts pour s'inscrire à un programme communautaire de prévention de la violence et de gestion de la colère et de terminer le programme une fois inscrit, de se rapporter obligatoirement à l'ASFC, de s'abstenir de consommer de l'alcool, et de respecter tout programme de traitement prescrit par un médecin.

#### VIII. La décision visée par le contrôle judiciaire

[33] Dans sa décision visée par le contrôle judiciaire, le juge de première instance a accepté l'accord des parties selon lequel la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Il a examiné l'ordonnance rendue par le commissaire Cook après avoir conclu qu'il annulerait les quatre autres ordonnances qui faisaient l'objet des demandes réunies au motif qu'elles étaient déraisonnables. Il a déterminé que l'ordonnance du commissaire Cook était également déraisonnable.

[34] Le juge de première instance a formulé la question fondamentale soulevée par ces demandes, soit celle de savoir « comment résoudre la tension entre [...] un détenu aux fins de l'immigration qui refuse de coopérer à une ordonnance de renvoi du Canada [...] et [...] la durée de la détention et l'incertitude concernant la durée de la détention future découlant, en totalité ou en partie, de ce refus » (2016 CF 1199, au paragraphe 1).

[35] Il a décrit sa façon de résoudre cette tension de la façon suivante (au paragraphe 2) :

[...] lorsque ce refus constitue un obstacle aux mesures qui pourraient contribuer, de façon réaliste, à l'exécution du renvoi d'un détenu qui a été désigné comme un danger pour le public, la tension doit être résolue en faveur du maintien de la détention. Il en va de même lorsqu'on détermine qu'un détenu se soustraira vraisemblablement au renvoi du Canada.

[36] Le juge de première instance a affirmé que, s'il en était autrement, un détenu qui représente un risque de danger ou un risque de fuite pourrait, en refusant de collaborer, provoquer ou contribuer à provoquer une « impasse » entraînant ainsi sa mise en liberté et infligeant au

would allow detainees to “take the law into [their] own hands” (2016 FC 1199, at paragraph 4), in a manner that Parliament could not have intended.

[37] In considering one of the other release orders that was the subject of the consolidated applications, the application Judge addressed the suggestion made by the ID member who had granted the order that there was a conflict between two lines of cases in the Federal Court—one holding that indefinite detention cannot be treated as a determinative factor in a detention review and the other, that length of detention should be given substantial weight in the balancing process under section 248 [of the Regulations]. He characterized these cases as consistent to the extent that they all properly saw it as necessary to consider and reasonably weigh all of the section 248 factors. But, he stated (at paragraph 85), “where the detainee is a danger to the public, the scheme of the IRPA and the Regulations contemplates that substantial weight should be given to maintaining the detainee in detention”.

[38] The application Judge went on in his discussion of the Federal Court case law to address a further tension identified by the member—that between cases in which the Court had set aside ID release decisions as unreasonable where the detainee’s non-cooperation was the sole cause of the indefinite nature of the detention, and those in which the Court had found unreasonableness in the failure of the member to consider factors other than the detainee’s non-cooperation. He stated (at paragraph 95) that, in his view, “the scheme of the IRPA and the Regulations ... requires resolving a stalemate that has been produced by the detainee’s failure to fully cooperate with the Minister’s removal efforts, in favour of continued detention”.

[39] The application Judge found Member Cook’s decision unreasonable in several respects. First, there was an inconsistency between Member Cook’s conclusion that Mr. Lunyamila’s detention had become indefinite

public le risque qui en découle. Cela permettrait d’autoriser les détenus à « “se faire justice [eux]-mêmes” » (2016 CF 1199, au paragraphe 4), d’une manière qui va à l’encontre de l’intention du législateur.

[37] Dans son examen de l’une des autres ordonnances de mise en liberté qui faisaient l’objet des demandes réunies, le juge de première instance a traité de la suggestion faite par un commissaire de la SI qui avait accordé l’ordonnance selon laquelle il y avait un conflit entre deux courants jurisprudentiels en Cour fédérale : l’un qui jugeait que la détention indéterminée ne peut être traitée comme un facteur déterminant, alors que l’autre courant jurisprudentiel accorde un poids substantiel à la durée de la détention dans l’exercice de pondération global requis en vertu de l’article 248 [du Règlement]. Il a qualifié ces causes de cohérentes dans la mesure où tous les deux courants jurisprudentiels ont jugé nécessaire d’examiner et d’apprécier raisonnablement tous les facteurs énoncés à l’article 248. Mais il a affirmé (au paragraphe 85) qu’« il vaut la peine de souligner que lorsque le détenu constitue un danger pour le public, l’esprit de la LIPR et du Règlement prévoit qu’un poids substantiel doit être accordé au maintien de la détention ».

[38] Le juge de première instance a poursuivi son analyse de la jurisprudence de la Cour fédérale en abordant les tensions supplémentaires désignées par le commissaire, soit celles qui existent entre les causes où la Cour a annulé les décisions de mise en liberté rendues par la SI au motif qu’elles étaient déraisonnables et où la non-collaboration du détenu était la seule cause de la nature indéterminée de la détention, et celles où la Cour a conclu au caractère déraisonnable du défaut du commissaire de tenir compte de facteurs autres que la non-collaboration du détenu. Le juge de première instance a déclaré (au paragraphe 95) qu’à son avis « l’esprit de la LIPR et du Règlement [...] exige de régler l’impasse provoquée par le refus du détenu de coopérer pleinement aux efforts du ministre pour le faire expulser, en faveur du maintien de la détention ».

[39] Le juge de première instance a conclu que la décision du commissaire Cook était déraisonnable à plusieurs égards. Premièrement, il a noté une incohérence entre la conclusion du commissaire Cook selon laquelle

and the member's own findings as to the prospects of removing Mr. Lunyamila to Rwanda or Tanzania. The member had also recognized that a large portion of the delay was attributable to Mr. Lunyamila's refusal to cooperate, and that his non-cooperation had, in addition, contributed significantly to the uncertainty of the timing of removal. It was therefore unreasonable for the member to rely on delay and uncertainty to find that the detention had become indefinite, and then to treat these factors as favouring release: this amounted to giving Mr. Lunyamila credit for factors for which he had been largely responsible.

[40] The application Judge also found unreasonable the member's decision to give a neutral weighting to the fourth section 248 factor, relating to delay and lack of diligence. He accepted that the Minister could have been more diligent in making efforts to remove Mr. Lunyamila to Rwanda, but observed that Mr. Lunyamila's non-cooperation had substantially undermined those efforts. This factor should therefore, the application Judge stated, have weighed strongly in favour of continued detention. The application Judge found further unreasonableness in Member Cook's determination that the Minister should have done more sooner to pursue the possibility of removal to Tanzania.

[41] The application Judge went on to consider the conditions of release set out by Member Cook. The application Judge applauded Member Cook for including the pre-release condition that Mr. Lunyamila sign the declaration required by Rwanda. Permitting Mr. Lunyamila to obtain release while continuing to refuse to cooperate would, the application Judge stated (at paragraph 119), be "tantamount to letting him take the law into his own hands, and dictate which laws of Canada he will follow and which ones he will not follow". However, he agreed with the Minister that the conditions taken together were unreasonable because they did not adequately address Mr. Lunyamila's violent tendencies and his flight risk. He stated (at paragraph 45) that to be reasonable in the

la détention de M. Lunyamila est devenue indéterminée et les propres conclusions du commissaire Cook concernant les possibilités de renvoyer M. Lunyamila au Rwanda ou en Tanzanie. Le commissaire a également reconnu que le retard était attribuable en grande partie au refus de M. Lunyamila de collaborer, et que son défaut de collaborer avait, en outre, contribué de manière importante à l'incertitude concernant la date de renvoi. Il était par conséquent déraisonnable pour le commissaire de se fonder sur le retard et l'incertitude pour conclure que la détention était devenue indéterminée, puis de considérer ces facteurs comme contribuant à la mise en liberté : cela revenait à accorder à M. Lunyamila un mérite pour des facteurs à l'égard desquels il était en grande partie responsable.

[40] Le juge de première instance a également conclu que la décision du commissaire qui consistait à accorder un poids neutre au quatrième facteur énoncé à l'article 248 concernant le retard et le manque de diligence était déraisonnable. Il a accepté que le ministre ait pu être plus diligent dans ses efforts pour expulser M. Lunyamila au Rwanda, mais a fait observer que le défaut de collaborer de M. Lunyamila avait considérablement miné ces efforts. Ce facteur, a déclaré le juge de première instance, aurait donc dû militer fortement en faveur du maintien en détention. Le juge de première instance a conclu également au caractère déraisonnable de la décision du commissaire Cook selon laquelle le ministre aurait dû en faire davantage plus tôt pour possiblement renvoyer l'appelant en Tanzanie.

[41] Le juge de première instance a ensuite examiné les conditions de mise en liberté fixées par le commissaire Cook. Il a remercié le commissaire Cook d'avoir inclus la condition prélibératoire que M. Lunyamila signe la déclaration requise par le Rwanda. Le juge de première instance a déclaré que permettre à M. Lunyamila d'obtenir sa mise en liberté tout en continuant de refuser de collaborer « reviendrait à lui permettre de se faire justice lui-même et de déterminer quelles sont les lois canadiennes qu'il est disposé à suivre ou non » (2016 CF 1199, au paragraphe 119). Cependant, il s'est dit d'accord avec le ministre que les conditions prises ensemble étaient déraisonnables puisqu'elles n'abordaient pas adéquatement les tendances à la violence de

circumstances of Mr. Lunyamila's case, the conditions would have to "virtually eliminate" the risks that he presented.

[42] Having concluded that the conditions of release taken as a whole were unreasonable, the application Judge set aside Member Cook's order, along with the other four orders that were subjects of the consolidated applications. Based on Member Cook's recent familiarity with Mr. Lunyamila's situation and his understanding of the statutory scheme and many of the relevant legal principles, the application Judge remitted the matter back to Member Cook for reconsideration in accordance with his reasons.

#### IX. The certified question

[43] Neither party proposed a question for certification under paragraph 74(d) of the IRPA. Both were of the view that the case was grounded in its particular facts and therefore presented no question of general importance. However, the application Judge saw the differences of view in the Federal Court's case law as giving rise to a question of general importance warranting this Court's consideration. He therefore sought the parties' comments on a question that he proposed. The parties maintained their position that the proposed question was not suitable for certification, because the appropriate balancing of the factors in section 248 will vary depending on the circumstances of each case. The application Judge nonetheless certified the following question (at paragraph 137):

Can a person who has been detained for removal from Canada pursuant to a valid removal order and who has been found either to be a danger to the public or unlikely to appear for his removal from Canada, avoid continued detention by (i) refusing to take steps that may realistically contribute in a meaningful way to effecting such removal, and then (ii) relying on the length of his detention to argue that his release from detention is warranted, assuming there has been no significant change in other factors to be considered in the assessment contemplated by

M. Lunyamila et son risque de fuite. Il a déclaré (au paragraphe 45) que, pour qu'elles puissent être considérées comme raisonnables dans les circonstances de l'affaire visant M. Lunyamila, les conditions devraient « éliminer presque totalement » les risques qu'il présentait.

[42] Ayant conclu que les conditions de mise en liberté prises dans leur ensemble étaient déraisonnables, le juge de première instance a annulé l'ordonnance du commissaire Cook, ainsi que les quatre autres ordonnances qui faisaient l'objet des demandes réunies. En tenant compte du fait que le commissaire Cook s'était récemment familiarisé avec la situation de M. Lunyamila et de sa compréhension de l'esprit de la LIPR et d'un grand nombre des principes juridiques pertinents, le juge de première instance a renvoyé l'affaire au commissaire Cook afin qu'il puisse la réexaminer à la lumière de ses motifs.

#### IX. La question certifiée

[43] Ni l'une ni l'autre partie n'a proposé de question à certifier en vertu de l'alinéa 74d) de la LIRP. Les deux étaient d'avis que l'affaire était fondée sur des faits particuliers et, par conséquent, elle ne présentait aucune question de portée générale. Cependant, le juge de première instance a considéré que les divergences d'opinions dans la jurisprudence de la Cour fédérale donnaient lieu à une question de portée générale justifiant l'examen par notre Cour. Il a par conséquent sollicité les commentaires des parties sur une question qu'il a proposée. Les parties ont maintenu leur position selon laquelle la question proposée ne se prêtait pas à la certification, parce que la mise en balance adéquate des facteurs énoncés à l'article 248 variera selon les circonstances de chaque affaire. Le juge de première instance a néanmoins certifié la question suivante (au paragraphe 137) :

Est-ce qu'une personne qui est détenue en vue d'un renvoi du Canada conformément à une ordonnance de renvoi valide et qui a été désignée comme un danger pour le public au Canada, ou qui se soustraira vraisemblablement à son renvoi du Canada, peut éviter le maintien de sa détention i) en refusant de prendre les mesures qui pourraient, de façon réaliste, mener à l'exécution de ce renvoi, puis ii) en se fondant sur la durée de sa détention pour faire valoir que sa libération est justifiée, en supposant qu'aucun changement important n'est survenu dans

section 248 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*?

X. The requirement of a properly certified question

[44] By paragraph 74(d) of the IRPA, this Court has jurisdiction to hear an appeal from the judgment of the Federal Court on an application for judicial review with respect to any matter under the Act only if, in rendering judgment, the Federal Court “certifies that a serious question of general importance is involved and states the question”.

[45] As this Court observed in *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraph 23, this provision “fits within a larger scheme designed to ensure that a claimant’s right to seek the intervention of the courts is not invoked lightly, and that such intervention, when justified, is timely.” Other elements of the scheme include the requirement in section 72 of the IRPA to obtain leave before pursuing an application for judicial review in the Federal Court.

[46] This Court recently reiterated in *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36, the criteria for certification. The question must be a serious question that is dispositive of the appeal, transcends the interests of the parties and raises an issue of broad significance or general importance. This means that the question must have been dealt with by the Federal Court and must arise from the case itself rather than merely from the way in which the Federal Court disposed of the application. An issue that need not be decided cannot ground a properly certified question (*Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211, at paragraph 10). Nor will a question that is in the nature of a reference or whose answer turns on the unique facts of the case be properly certified (*Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186, at paragraphs 15, 35).

les facteurs à prendre en compte dans cette évaluation envisagée à l’article 248 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*?

X. L’exigence d’une question correctement certifiée

[44] Selon l’alinéa 74d) de la LIPR, la Cour a compétence pour entendre un appel d’une décision de la Cour fédérale dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire en ce qui a trait à une question visée par la LIPR seulement si, en rendant son jugement, la Cour fédérale « certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci ».

[45] Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, au paragraphe 23, cette disposition « s’inscrit dans un cadre plus vaste conçu pour faire en sorte que le droit du demandeur d’asile de réclamer l’intervention des tribunaux ne soit pas invoqué à la légère et que cette intervention, lorsqu’elle est justifiée, ait lieu en temps opportun ». D’autres éléments du régime comprennent l’exigence énoncée à l’article 72 de faire une demande d’autorisation avant de présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale.

[46] La Cour a récemment réitéré, dans l’arrêt *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36, les critères de certification. La question doit être déterminante quant à l’issue de l’appel, transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale. Cela signifie que la question doit avoir été examinée par la Cour fédérale et elle doit découler de l’affaire elle-même, et non simplement de la façon dont la Cour fédérale a statué sur la demande. Un point qui n’a pas à être tranché ne peut soulever une question dûment certifiée (arrêt *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21, au paragraphe 10). Il en est de même pour une question qui est de la nature d’un renvoi ou dont la réponse dépend des faits qui sont uniques à l’affaire (arrêt *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, aux paragraphes 15 et 35).

[47] Despite these requirements, this Court has considered that it is not constrained by the precise language of the certified question, and may reformulate the question to capture the real legal issue presented (*Tretsetsang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 175, [2017] 3 F.C.R. 399, 398 D.L.R. (4th) 685, at paragraph 5 *per* Rennie J.A. (dissenting, but not on this point); *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, at paragraphs 40–44, reversed without comment on the point, *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678). Any reformulated question must, of course, also meet the criteria for a properly certified question.

#### XI. Appropriateness of the certified question

[48] At the hearing of the appeal, the Court raised with counsel for both parties concerns about the certified question as framed (reproduced at paragraph 43 above). These included concerns that the question might be in the nature of a “straw person”, in that it would admit of only one reasonable answer. However, the Court also recognized that circumstances like those in this case might give rise to a serious legal issue of general importance, and proposed possible alternative formulations for comment. Counsel were content that the Court try to reformulate the question. The Court decided that it would proceed with the hearing on the merits, leaving the possible reformulation of the certified question to be considered further during the Court’s deliberations.

[49] With the benefit of further consideration, I find myself unable to conclude that the question as certified meets the criteria for certification, or that the question can be reformulated so as to address its deficiencies. The fundamental problem as I see it is that the question does not arise from the facts of this case as it developed. The question asks, in essence, whether an immigration detainee can avoid continued detention by failing to cooperate with removal. But Member Cook’s order did not permit Mr. Lunyamila to do so. Rather, Member Cook’s order expressly imposed as a pre-release condition the

[47] Malgré ces exigences, la Cour a considéré qu’elle n’est pas limitée dans son analyse par le libellé de la question certifiée, et qu’elle peut la reformuler pour capturer la véritable question juridique présentée (arrêt *Tretsetsang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 175, [2017] 3 R.C.F. 399, par le juge Rennie, au paragraphe 5, (motifs dissidents, mais pas sur ce point); arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, aux paragraphes 40 à 44, confirmé sans remarque sur ce point par l’arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678). Il est entendu que toute question reformulée doit également satisfaire aux critères applicables à une question dûment certifiée.

#### XI. Pertinence de la question certifiée

[48] Lors de l’audition de l’appel, la Cour a soulevé avec les avocats des deux parties des préoccupations concernant la question certifiée telle qu’elle est formulée (reproduite au paragraphe 43 des présents motifs). Parmi ces préoccupations, mentionnons le fait que la question pouvait être « bidon » en ce qu’elle n’admettrait qu’une seule réponse raisonnable. Cependant, la Cour a également reconnu que des circonstances semblables à celles qui lui ont été soumises en l’espèce pourraient donner lieu à une question juridique grave de portée générale, et a proposé d’autres formulations possibles aux fins de commentaires. Les avocats étaient satisfaits que la Cour tente de reformuler la question. La Cour a décidé qu’elle procéderait à l’audience sur le fond, laissant l’éventuelle reformulation de la question certifiée faire l’objet d’un examen plus approfondi durant les délibérations de la Cour.

[49] Même en tirant profit d’un examen plus approfondi, je ne suis pas en mesure de conclure que la question, telle qu’elle est certifiée, répond aux critères de certification, ou que la question peut être reformulée de façon à combler ses lacunes. Le problème fondamental, à mon avis, est que la question ne découle pas des faits de la présente cause au fil de son déroulement. La question est essentiellement de savoir si un détenu aux fins de l’immigration peut éviter le maintien d’une détention en faisant défaut de collaborer aux efforts pour l’expulser. Mais l’ordonnance du commissaire Cook n’a

requirement that Mr. Lunyamila do what he has so far refused to do—sign the declaration requested by Rwanda.

[50] Counsel’s arguments before us were directed to the reasonableness of this order, including all of its conditions. Counsel for Mr. Lunyamila argued that the order as a whole struck a careful and factually supported balance, that the application Judge showed insufficient deference in finding it unreasonable, and that it should not have been set aside. Counsel for the Minister submitted that the application Judge was right to find the order unreasonable, but for reasons unrelated to the pre-release condition—a condition which, as noted above, the application Judge said he applauded. In sum, therefore, neither party took issue with the pre-release condition of cooperation.

[51] In light of my appreciation of the issue raised by the application Judge’s formulation and counsel’s comments, I considered proposing that the certified question be reformulated along the following lines:

In a review under section 57 of the *Immigration and Refugee Protection Act* of the detention of a person against whom a removal order has been made, is the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board entitled to rely on the factors set out in paragraphs 248(b) and (c) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (“the length of time in detention” and “whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time”) as factors favouring release where the length of time in detention and the length of time that detention is likely to continue are attributable in whole or in part to the failure of the detainee to cooperate in his or her removal from Canada?

[52] However, given the terms of Member Cook’s order and the positions of the parties, it would not be necessary to decide this question either in order to decide the appeal. The reformulation could also be regarded as

pas permis à M. Lunyamila d’y arriver. L’ordonnance du commissaire Cook imposait plutôt expressément comme condition prélibératoire que M. Lunyamila fasse ce qu’il a refusé jusqu’à maintenant de faire, soit signer la déclaration demandée par le Rwanda.

[50] Les arguments de l’avocat qui nous ont été présentés portaient sur le caractère raisonnable de cette ordonnance, y compris l’ensemble de ses conditions. L’avocat de M. Lunyamila a soutenu que l’ordonnance dans son ensemble a établi un juste équilibre étayé par les faits, que le juge de première instance a fait preuve d’une déférence insuffisante en concluant que l’ordonnance était déraisonnable, et celle-ci n’aurait pas dû être annulée. L’avocat du ministre a soutenu que le juge de première instance a eu raison de conclure que l’ordonnance était déraisonnable, mais pour des raisons non liées à la condition prélibératoire, une condition pour laquelle, comme il a été mentionné ci-dessus, le juge de première instance a remercié le commissaire. Par conséquent, en résumé, aucune des parties n’a contesté la condition prélibératoire de collaboration.

[51] À la lumière de mon appréciation de la question soulevée par la formulation du juge de première instance et des commentaires des avocats, j’ai songé à proposer que la question certifiée soit reformulée comme suit :

Dans le cadre d’un examen en vertu de l’article 57 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* de la détention d’une personne à l’égard de qui une ordonnance de renvoi a été prononcée, la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a-t-elle le droit de se fonder sur les facteurs énoncés aux alinéas 248b) et c) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« la durée de la détention » et « l’existence d’éléments permettant l’évaluation de la durée probable de la détention et, dans l’affirmative, cette période de temps ») à titre de facteurs favorisant la libération lorsque la durée de la détention et la durée probable de la détention sont attribuables, en tout ou en partie, au défaut du détenu de collaborer aux efforts pour l’expulser du Canada?

[52] Cependant, compte tenu du libellé de l’ordonnance du commissaire Cook et des thèses des parties, il ne serait pas nécessaire de répondre à cette question non plus pour trancher l’appel. La reformulation pourrait

deficient on the basis that it is a question whose answer would turn on the unique facts of each case—for example, on the nature and extent of the non-cooperation—or that it would transform this appeal into a reference. I therefore came to the view that reformulation would not be appropriate.

[53] For these reasons, I conclude that the certified question is not sufficient to give this Court jurisdiction to decide the appeal, which must therefore be dismissed. I do not see “special reasons” within the meaning of section 22 of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, that would warrant an award of costs.

## XII. Proposed disposition

[54] I would dismiss the appeal without costs.

STRATAS J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

également être considérée comme incomplète au motif qu’il s’agit d’une question dont la réponse dépend des faits qui sont uniques à l’affaire, par exemple, quant à la nature et l’étendue de la non-collaboration, ou qu’elle transformerait le présent appel en un renvoi. J’ai donc conclu que la reformulation n’est pas appropriée.

[53] Pour ces motifs, je conclus que la question certifiée n’est pas suffisante pour donner à la Cour compétence pour instruire l’appel, qui doit donc être rejeté. Je ne vois aucunes « [raisons spéciales] » au sens de l’article 22 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, qui justifierait l’adjudication de dépens.

## XII. Dispositif proposé

[54] Je rejetterais l’appel, sans dépens.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d’accord.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ACCESS TO INFORMATION

Appeal from Federal Court decision (2016 FC 117) dismissing judicial review of respondent Canada-Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board's decision to disclose names of two of appellant's employees contained in records responsive to access to information request — Request pertaining to previous requests for geophysical and geological information made by companies to the Board — Issues herein pertaining to proper standard of review; whether names, titles of appellant's employees, in the context of the requested records, "personal information" under *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 19(1) (which incorporates meaning of "personal information" under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3); and whether Board erred in finding that "personal information" at issue was publicly available, and could be disclosed — *Per de Montigny J.A.*: In *Blank v. Canada (Justice)*, 2016 FCA 189, Federal Court of Appeal concluding that the applicable standard of appellate review of a Federal Court judge's decision in a judicial review under *Access to Information Act*, s. 41 is the standard generally used in appeals of judicial review proceedings, as set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 — Respondent Information Commissioner's argument *Agraira* not overturning previous decision in *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23 regarding the distinct standard of appellate review to be applied in judicial review cases under the *Access to information Act* rejected herein — No compelling reason to distinguish between the judicial review by a superior court of a decision made by a government official and of that made by an administrative tribunal when determining standard of review to be applied by an appellate court — On the issue of whether the names, titles of the appellant's employees, in the context of the requested records, were "personal information" under *Access to Information Act*, the opening words of the definition of "personal information" reveal that the information that can be considered "personal information" must relate to an "identifiable individual" — It is only when a name can be associated with other personal information that its disclosure will be considered off-limits — While names appearing on documents will always reveal something about an individual, such a broad test cannot be the standard to determine when the name on a document shall not be disclosed — Illustrations found in paragraphs (a) to (h) under the definition of "personal information" in *Privacy Act*, s. 3 can all be said to relate to the intimacy and the core identity of an individual, and refer to the type of information the dissemination of which a person would prefer to control — In the case at bar, the information that would be conveyed about the appellant's employees if their names on the records sought were to be disclosed was of little import, and could hardly be the type of information that is integral to their dignity or identity, over which they would want to retain control — Accordingly, the names and titles of the appellant's personnel, in the context of the requested records, did not meet the definition of "personal information" in the *Privacy Act* — As to whether the "personal information" at issue was publicly available and could be disclosed, the appellant failed to show that the Board erred, either in fact or in law, in finding that the information was not publicly available or in exercising its discretion to allow the disclosure of the information — *Per Gauthier J.A.* (concurring reasons): The appellant did not meet its burden of establishing that the Board's decision to disclose the documents at issue without the deletion requested by the appellant was unreasonable — However, on the issue of whether the names and titles of the appellant's employees are "personal information", one should be particularly careful in cases involving personal information and/or interpretations of the relevant provisions of the *Access to Information Act* and the *Privacy Act*, not to venture into matters that are not strictly necessary to decide an appeal — While there may be circumstances where judicial minimalism is not the best approach, this was not one of them — Context is everything in matters such as this one, and every such case should be dealt with on a case-by-case basis without attempting to define a general approach other than that set out in the relevant legislation — This appeal could be determined on the sole basis of whether or not the appellant established a reviewable error in the decision of the Board pursuant to the *Access to Information Act*, s. 19(2) — There was no need to embark on a discussion

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

of the other matters raised, such as the applicable standard of review — The position of the respondents was that the limited correspondence at issue with the identifiers revealed no more personal information about the employees than what was already publicly available — This was a question of mixed fact and law in respect of which crucial factual elements were missing from the record — This was sufficient to dismiss the appeal — Appeal dismissed.

HUSKY OIL OPERATIONS LIMITED v. CANADA-NEWFOUNDLAND AND LABRADOR OFFSHORE PETROLEUM BOARD (A-75-16, 2018 FCA 10, DE MONTIGNY AND GAUTHIER JJ.A., JUDGMENT DATED JANUARY 12, 2018, 34 PP.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Refugee Appeal Division (RAD) decision upholding Refugee Protection Division (RPD) decision rejecting applicants' refugee claim — Applicants, Albanians, seeking refugee status on basis of abuse — Applicants identifying two interpretation/translation errors apparent in transcript of RPD hearing and in decision — Seeking to admit a statutory declaration of interpreter, translator of Albanian documents, testimony, explaining these errors before RAD — RAD refusing to admit declaration on basis that no explanation provided as to why this information not produced before decision rendered — Issue whether RAD's decision not to admit evidence reasonable — RAD's decision unreasonable — RAD's reasoning making little sense with respect to new evidence of misinterpretation — Impact of interpretation errors not known until RPD rendering its decision — Declaration neither available to applicants prior to release of RPD's decision, nor could applicants reasonably have been expected to have presented it to RPD — RAD's decision on this point lacking transparency, justification, intelligibility — RAD seeming to misunderstand content of declaration — RAD also not accurately transcribing interpretation error said to have been made with respect to mistranslated police report: RAD simply repeating error — RAD's decision set aside, remitted for reconsideration — Application allowed.

BILBILI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2561-17, 2017 FC 1188, DINER J., JUDGMENT DATED DECEMBER 22, 2017, 10 PP.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Motion by respondents to strike applicants Canadian Council for Refugees (CCR), Amnesty International (Amnesty), Canadian Council of Churches (CCC) (Organizations) as parties — Underlying issue application for leave, judicial review of decision by Canada Border Services Agency officer finding that applicants, mother and children (Family), ineligible for referral to Refugee Protection Division (RPD) under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), s. 101(1)(e), *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), s. 159.3 — Application challenging constitutionality of these provisions, ongoing designation of United States (U.S.) as "Safe Third Country" (STC) under Act, Regulations — F.C. order staying return of Family to U.S. pending determination of application herein — Respondents arguing, *inter alia*, that present motion not motion to strike under aegis of *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 221, but rather motion to remove Organizations as parties pursuant to Rules, r. 369, Act, s. 18.1(1) — Also invoking Court's inherent jurisdiction to control its process, as well as Rules, r. 104(1)(a), whereby Court may remove improper or unnecessary party from proceeding — Organizations characterizing respondents' request as "motion to strike" governed by Federal Court of Appeal's case law in *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, *Apotex Inc v. Canada (Governor in Council)*, 2007 FCA 374, following *David Bull Laboratories (Canada) Inc v. Pharmacia Inc*, [1995] 1 F.C. 588(FCA) (*David Bull*) — Main issues whether Organizations should be granted public interest standing — Court not persuaded that Rules, r. 104(1)(a) permitting Court to simply disregard *David Bull* cases addressing preliminary determinations of standing in applications for judicial review — Respondents actually asking Court to exercise its discretion to finally determine question of public interest standing at this preliminary stage of application — Court having all information required to finally determine whether Organizations should be granted public interest standing — Court applying three-part test for determining public interest standing in *Canada (Attorney General) v Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 — Application herein raising substantial, important constitutional issues — Organizations having constituents or stakeholders who are impacted by subject-matter challenged in application — Having real stake, genuine interest in issues raised in application — Motion turning on third part of test, namely whether litigation, with Organizations participating as public interest parties, reasonable, effective

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

way to litigate serious justiciable issues raised in application — Organizations uniquely situated to assist Court in appreciating broader effects of its potential findings — Court benefitting from participation of Organizations — Organizations' participation furthering aims of access to justice — Refugee claimants ordinarily cannot undertake major constitutional challenges alone — Organizations granted public interest standing — Motion denied.

CANADIAN COUNCIL FOR REFUGEES V. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP) (IMM-2977-17, 2017 FC 1131, DINER J., ORDER DATED DECEMBER 11, 2017, 25 PP.)

**PENITENTIARIES**

Judicial review applications challenging regime for payment of inmates in penitentiaries — Specifically, applicants challenging *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, Commissioner's Directive No. 730 "Offender Program Assignments and Inmate Payments", Commissioner's Directive 860 "Offender's Money" — Prior to 1981, pay system in place considered a "reward for good conduct and general participation in programs" — New inmate pay system created in 1981 to pay inmates for their work, but also to pay inmates participating in education and vocational programs — That system most generous, since subsequent revisions never raising pay under that system — Applicants complaining their pay, which had long been decreased, was significantly reduced (i.e. by 30 percent) in October 2013 by measures implemented through modification of *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (Act), Commissioner's Directives — Specifically, Regulations, s. 101.1(2) amended to add telephone system costs to deductions for accommodation, food, and work clothing already permitted under Regulations, s. 104.1; Commissioner's Directive 860 amended to set deduction at 22% of pay for accommodation, food, to add deduction of 8% for telephone service costs; Commissioner's Directive 730 amended to eliminate performance bonuses — Applicants submitting these deductions *ultra vires* enabling statute (Act, s. 78), unconstitutional or in violation of *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 — Whether Regulations, Commissioner's Directives consistent with enabling statute; whether Regulations, Commissioner's Directives contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 12; whether inmates performing their work under employer-employee relationship so as to trigger application of *Canada Labour Code* — Here, action taken by administration permitted by Act, s. 78 — Essentially, applicants submitting that Parliament erred in enacting Act, s. 78 because exercise of power granted inconsistent with purposes of correctional system set out in Act, s. 3 — While enactment such as s. 3 can be useful in interpreting another section that is otherwise ambiguous, not possible to disregard clear, specific enactment such as Act, s. 78 — Act, s. 78 far from vague — Parliament expressly provided that deductions of up to 30 percent could be made — No actual or potential conflict between power conferred by s. 78, objectives of correctional system — Applicants not discharging burden of establishing subordinate legislation *ultra vires* Act, s. 78 — With respect to Charter, s. 12, applicants submitting that payments they receive, including deductions of 30 percent now in place, constituting cruel, unusual treatment — However, applicants ignoring wording of Act, s. 78 — Payment herein not to compensate for work performed, but rather to encourage participation in programs, including work-based programs — Difficult to see how treatment provided for by Act that not constitutionally challenged unconstitutional based on sole fact that Commissioner exercised power granted to reduce payment to level allowed by Parliament — Applicants in fact seeking ruling on wisdom of Commissioner's decision to use discretion granted by Act, on Treasury Board's decision to set payment rate — Applicants failing to discharge burden of showing that payment made so inadequate as to impose positive obligation on government because treatment outrages standards of decency Applicants also failing to discharge burden under Charter, s. 7 — Applicants arguing that their refusal to work because their payment was reduced could lead to further restriction of their freedom of movement in institution — However, when inmates who are not participating in any such activity required to remain in their cells during this period, difficult to see this as significant infringement of liberty — Physical restraint inherent in imprisonment — Applicants' claim that their psychological integrity harmed also dismissed — Evidence on file not supporting serious, profound effect on person's psychological integrity caused by state interference — Finally, total absence of arguments concerning infringement of principles of fundamental justice fatal to applicants' Charter, s. 7 claim — Applicants invoking United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, but power of that instrument very limited, not binding [98-99] — International instruments cited by applicants not rising to level required to establish principles of fundamental justice — Also not having desired precision "to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person" — As to whether *Canada Labour Code* triggered herein, applicants' argument based on Code, s. 167, which provides cases in which Part III of Code can be applied — Code, s.167(1)(d) excluding departments as defined in *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c F-11 — Correctional Service of Canada (CSC) such a department — Code, Part III therefore not applying to CSC — Inmates working in institution also not employees of CSC within meaning of *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 or under Part I of Code — Applicants also alleging employer-employee relationship existing outside federal statutory

**PENITENTIARIES—Concluded**

framework, i.e. relationship proceeding from common law — However, relationship, whatever its nature, having to give way to statute law specifically governing offender’s relationship that allows a form of payment — Unless Act, s. 78 unconstitutional, law governs inmates’ circumstances — Payments herein not for work performed but to encourage participation in institutional programs, social reintegration — Participation in programs not constituting employer–employee relationship under current law — Application dismissed.

GUÉRIN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1892-14, T-756-14, T-2101-14, T-2137-14, T-2222-14, T-144-16, 2018 FC 94, ROY J., JUDGMENT DATED JANUARY 29, 2018, 83 PP.)

**PRACTICE**

Appeal from Federal Court decision (2017 FC 121) striking in their entirety statements of claim in two proposed class actions but granting plaintiffs (respondent herein) leave to amend — Appellant arguing Federal Court erred in granting leave to amend; specifically, arguing, *inter alia*, not possible to cure claims because claims statute barred — Federal Court finding that applicable limitation period six years as set out in *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(2) — Act, s. 39(2) providing that “cause of action arising otherwise than in a province shall be taken within six years after the cause of action arose” — Issue herein determination of when cause of action arising “otherwise than in a province” — Cause of action arising in province when all elements of cause of action present in that province — In case at bar, question as to which facts constituting plaintiffs’ cause of action, where facts arising not canvassed in Federal Court, not debated on appeal herein — That question thus returned to Federal Court — Appeal allowed in part.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. WHALING (A-46-17, 2018 FCA 38, PELLETIER J.A., JUDGMENT DATED FEBRUARY 16, 2018, 9 PP.)

**COSTS**

Appeal, cross-appeal from Federal Court (F.C.) order granting respondent’s motion for security for costs in respect of pending certification motion, granting respondent costs on motion — Underlying case involving proposed reverse class proceeding brought by foreign corporations with no significant assets in Canada against proposed class comprised of individuals resident in Canada — Appellant arguing F.C. erring in making order for security for costs in light of presumptive no-costs regime for class proceedings enshrined in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules) — Respondent submitting that F.C. erring in fixing costs without hearing from him on issue of quantum — F.C. holding that provisions contained in Rules, r. 334.39(1) (which establish a *prima facie* no costs regime for class proceedings) were not engaged because no notice of motion for certification filed at point at which F.C. heard the motion for security for costs — Situation herein markedly different from that in motion to strike statement of claim in proposed class proceeding — Purpose of motion for security for costs is to obtain partial guarantee for payment of costs eventually awarded in proceeding — Here, that guarantee sought in respect of costs anticipated in regard to motion for certification — Wedge would be driven through presumptive no-costs regime enshrined in r. 334.39 if defendant could circumvent bar against award of costs by merely bringing a motion for security for costs as soon as defendant is served with statement of claim in proposed class proceeding — Moreover, timing of motion for security, motion for certification in present case result of dates set by motion judge — Thus, reasons offered by F.C. for finding that it possessed jurisdiction to award security for costs notwithstanding scrutiny — Nonetheless, F.C. order should be upheld as alternate basis for jurisdiction existing — R. 334.39(1)(c) allowing for costs in respect of certification motion, class proceeding or appeal arising from class proceeding if exceptional circumstances making it unjust to deprive successful party of costs — Such circumstances could be found to exist herein — Circumstances in Rules, rr. 416(1)(a),(b) applying; therefore, but for this being a proposed class proceeding, F.C. would be empowered to make order for security for costs — Fact that present case proposed class proceeding not foreclosing F.C. from making such an order herein — Determination under r. 334.39(1)(c) not a condition precedent to exercise by F.C. of its discretion under r. 416 to order security for costs in case such as this — Decisions in *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, *Secure Networx Corp. v. KPMG, LLP*, 2002 BCSC 1001, affd 2003 BCCA 227 not supporting proposition that F.C. lacking jurisdiction to make order for security for costs unless and until it finds that exception in r. 334.39(1)(c) applicable — Determination under r. 334.39(1)(c) cannot be made until determination on merits made — Open to F.C. to make impugned order for security for costs — No basis to interfere with quantum of security set by F.C. — As to cross-appeal, F.C. could not make order for costs on motion unless and until it determined that one of the exceptions in r. 334.39(1) pertained —

**PRACTICE—Concluded**

F.C. declining to make such a finding — Appeal dismissed; cross-appeal allowed; costs award set aside; issue of costs remitted for reconsideration.

VOLTAGE PICTURES, LLC v. SALNA (A-39-17, 2017 FCA 221, GLEASON J.A., JUDGMENT DATED NOVEMBER 15, 2017, 9 PP.)

**RCMP**

Judicial review applications of decision to initiate conduct board hearing against applicant (T-1197-16) and of decision to extend prescribed time for initiating such hearing (T-891-16) — Applicant, civilian member (CM) of Royal Canadian Mounted Police (RCMP) — Conduct measures imposed on applicant by conduct authority for violations of RCMP Code of Conduct relating to sexual assault and harassment — Review authority subsequently determining, in accordance with *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c R-10, s. 41(1), that conduct measures imposed disproportionate to nature, circumstances of contraventions, that conduct board hearing required — However, that decision made after expiry of prescription period set out in Act, s. 41(2), which imposes prescription period of one year during which decision to initiate a conduct board hearing may be made — Delegated decision maker for Commissioner on applications for extensions granting extension of time to initiate inquiry under Act, s. 47.4(1) — Principal issues herein whether application in T-891-16 premature; whether decision to grant extension of time statute-barred ; whether review authority fettering discretion; whether decision to initiate conduct board hearing reasonable — Act, s. 47.4(1) silent on whether extension can be granted after prescribed period — Following careful review of legislative history, Court satisfied that limitation period in Act, s. 41(2) can be extended by Commissioner under Act, s. 47.4(1) after expiry of prescribed year — Thus, as application for extension not time-barred, application in T-891-16 premature — Evidence not establishing that review authority's decision fettered — Rather, evidence demonstrating that decision result of independent analysis — Finally, review authority's decision to initiate conduct board hearing reasonable — Review authority's reasons, while brief, sufficient to understand why tribunal made its decision and to determine whether the decision fell within the range of acceptable outcomes — Applications dismissed.

CALANDRINI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-891-16, T-1197-16, 2018 FC 52, MOSLEY J., JUDGMENT DATED JANUARY 19, 2018, 57 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.

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

Appel de la décision de la Cour fédérale (2016 CF 117) qui a rejeté le contrôle judiciaire de la décision rendue par l'intimé, l'Office Canada-Terre-Neuve-et-Labrador des hydrocarbures extracôtiers, de divulguer le nom de deux employés de l'appelante contenus dans les documents répondant à une demande en matière d'accès à l'information — La demande portait sur des demandes antérieures de renseignements géophysiques et géologiques présentées par des sociétés à l'Office — Les questions en l'espèce se rapportaient à la norme de contrôle applicable; à la question de savoir si les noms et les titres des employés de l'appelante, dans le contexte des documents demandés, constituaient des « renseignements personnels » visés à l'art. 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, (qui incorpore le sens de « renseignements personnels » sous le régime de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21); et à la question de savoir si l'Office a conclu à tort que le public avait accès aux « renseignements personnels » en cause et que ceux-ci pouvaient être donnés en communication — Le juge de Montigny, J.C.A. : Dans l'arrêt *Blank c. Canada (Justice)*, 2016 CAF 189, la Cour d'appel fédérale a conclu que la norme de contrôle applicable à l'examen en appel de la décision rendue par un juge de la Cour fédérale dans le contexte d'un contrôle judiciaire présenté au titre de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* était la norme habituelle appliquée à tout appel interjeté à l'encontre d'un contrôle judiciaire, suivant l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 — L'argument du commissaire à l'information intimé selon lequel l'arrêt *Agraira* n'a pas écarté l'arrêt antérieur dans *Merck Frosst Canada Ltd. c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au sujet de la norme de contrôle distincte en appel à appliquer dans les affaires de contrôle judiciaire relevant de la *Loi sur l'accès à l'information*, a été rejeté dans la présente affaire — Il n'existe aucune raison convaincante de distinguer entre le contrôle judiciaire par une cour supérieure d'une décision rendue par un fonctionnaire et celle d'un tribunal administratif en ce qui concerne la norme de contrôle à appliquer par une cour d'appel — En ce qui concerne la question de savoir si les noms et les titres des employés de l'appelante, dans le contexte des documents demandés, constituaient des « renseignements personnels » visés à la *Loi sur l'accès à l'information*, la disposition liminaire de la définition de « renseignements personnels » révèle que les renseignements qui peuvent être considérés comme des « renseignements personnels » doivent concerner un individu « identifiable » — Ce n'est que lorsqu'un nom peut être associé à d'autres renseignements personnels que sa divulgation sera considérée comme interdite — Les noms qui figurent dans des documents révéleront toujours quelque chose concernant une personne, mais un critère de portée si large ne peut constituer la norme pour décider quand le nom figurant dans un document ne sera pas divulgué — On peut dire que toutes les illustrations figurant aux alinéas a) à h) de la définition de « renseignements personnels » à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ont trait à l'intimité et à l'identité principale d'un individu, et qu'elles renvoient au type de renseignements dont la personne préférerait contrôler la diffusion — En l'espèce, les renseignements qui seraient transmis au sujet des employés de l'appelante si leur nom figurant dans les documents demandés était divulgué importent peu et ne sont guère le type de renseignements qui font partie intégrante de leur dignité ou de leur identité, dont ils souhaiteraient conserver le contrôle — Par conséquent, les noms et titres des membres du personnel de l'appelante, dans le contexte des documents demandés, ne répondaient pas à la définition de « renseignements personnels » de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* — En ce qui concerne la question de savoir si le public avait accès aux « renseignements personnels » en cause et si ceux-ci pouvaient être communiqués, l'appelante n'a pas démontré que l'Office avait commis une erreur, de fait ou de droit, en concluant que le public n'avait pas accès aux renseignements ou en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour permettre la communication des renseignements — Le juge Gauthier, J.C.A. (motifs concordants) : L'appelante ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir que la décision de l'Office de donner communication des documents en cause sans la suppression qu'elle avait demandée était déraisonnable — Toutefois, en ce qui concerne la

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

question de savoir si les noms et les titres des employés de l'appelante constituent des « renseignements personnels », il faut faire particulièrement attention, dans les affaires mettant en cause des renseignements personnels et/ou des interprétations des dispositions applicables de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de ne pas s'aventurer dans des questions qui ne sont pas strictement nécessaires pour trancher un appel — Bien qu'il existe des circonstances dans lesquelles le minimalisme judiciaire ne constitue pas la meilleure approche, le présent appel n'appartenait pas à cette catégorie — Le contexte est capital dans les affaires comme celle en l'espèce, et chacune de ces affaires doit être abordée au cas par cas, sans tenter de définir une approche générale autre que celle établie dans les dispositions législatives applicables — Le présent appel pouvait être tranché en fonction de la seule question de savoir si l'appelante a établi une erreur susceptible de contrôle dans la décision que l'Office a rendue au titre de l'art. 19(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* — Il n'y avait aucune raison de procéder à une analyse des autres sujets mentionnés, comme la norme de contrôle applicable — Selon la thèse des intimés, la correspondance limitée en cause comportant les éléments identificateurs ne révélait aucun autre renseignement personnel concernant les employés que ce à quoi le public avait déjà accès — Il s'agissait d'une question mixte de fait et de droit à l'égard de laquelle il manquait des éléments factuels cruciaux dans le dossier — Cela suffisait pour rejeter l'appel — Appel rejeté.

HUSKY OIL OPERATIONS LIMITED C. OFFICE CANADA-TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR DES HYDROCARBURES EXTRACÔTIERS (A-75-16, 2018 CAF 10, JUGES DE MONTIGNY, GAUTHIER, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 12 JANVIER 2018, 34 P.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de rejeter la demande d'asile des demandeurs — Les demandeurs, des citoyens d'Albanie, ont demandé le statut de réfugié sur le fondement de mauvais traitements — Les demandeurs ont souligné deux erreurs d'interprétation ou de traduction apparentes dans la transcription de l'audience et dans la décision de la SPR — Ils ont demandé d'admettre une déclaration statutaire d'un interprète et traducteur de documents et de témoignage en albanais pour expliquer ces erreurs devant la SAR — La SAR a refusé d'admettre la déclaration au motif qu'aucune explication n'avait été fournie quant à la raison pour laquelle ce renseignement n'avait pas été présenté avant que la décision soit rendue — Il s'agissait de savoir si la décision de la SAR de ne pas admettre la preuve était raisonnable — La décision de la SAR était déraisonnable — Le raisonnement de la SAR était peu logique en ce qui concerne la nouvelle preuve relative à la mauvaise interprétation — L'effet des erreurs d'interprétation n'était pas connu avant que la décision de la SPR soit rendue — Les demandeurs n'avaient pas accès à la déclaration avant la publication de la décision de la SPR et il ne pouvait pas être raisonnablement attendu qu'ils la présentent à la SPR — La décision de la SAR à cet égard manquait de transparence, de justification et d'intelligibilité — La SAR a semblé mal comprendre le contenu de la déclaration — La SAR n'a pas non plus transcrit exactement l'erreur d'interprétation qui aurait été faite en ce qui concerne le rapport de police mal traduit : la SAR a simplement repris l'erreur — La décision de la SAR a été annulée et renvoyée pour un nouvel examen — Demande accueillie.

BILBILI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2561-17, 2017 CF 1188, LE JUGE DINER, JUGEMENT EN DATE DU 22 DÉCEMBRE 2017, 10 P.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger*

Requête des défendeurs en vue de radier les demandeurs, le Conseil canadien pour les réfugiés (CCR), Amnistie Internationale (Amnistie), le Conseil canadien des Églises (CCE) (les organisations), en tant que parties — La demande visait l'autorisation de demander un contrôle judiciaire de la décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada, qui a conclu que la demande d'asile des demandeurs, une mère et ses deux enfants (la famille), était irrecevable aux fins de renvoi à la Section de la protection des réfugiés (SPR), en vertu de l'art. 101(1)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi) et de l'art. 159.3 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) — La demande a attaqué la constitutionnalité de ces dispositions et la désignation continue des États-Unis (É.-U.) en tant que « tiers pays sûr » (TPS), en vertu de la Loi et du Règlement — Par voie d'ordonnance, la C.F. a suspendu le retour de la famille aux É.-U. en attendant l'issue de la présente demande — Les défendeurs ont soutenu notamment que la requête en

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

l'espèce ne constituait pas une requête en radiation sous l'égide de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), mais plutôt une requête en vue de radier les organisations en tant que partie, en vertu de la règle 369 des Règles et de l'art. 18.1(1) de la Loi — Ils ont également invoqué le pouvoir inhérent de la Cour de contrôler sa procédure, ainsi que l'alinéa 104(1)a des Règles, selon lequel la Cour peut mettre hors cause une personne constituée erronément comme partie ou une partie dont la présence n'est pas nécessaire aux fins de la procédure — Les organisations ont décrit la demande des défendeurs comme une « requête en radiation » régie par la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale dans *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557 *Apotex Inc c. Canada (gouverneur en conseil)*, 2007 CAF 374, qui ont suivi *David Bull Laboratories (Canada) Inc c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (CAF) (*David Bull*) — Il s'agissait principalement de savoir si les organisations devaient se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public — La Cour n'était pas convaincue que l'alinéa 104(1)a des Règles permette à la Cour de simplement écarter la jurisprudence fondée sur *David Bull* portant sur les décisions préliminaires en matière de qualité pour agir au cours de demandes de contrôle judiciaire — Les défendeurs demandaient réellement à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher de manière définitive la question concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public à cette étape préliminaire de la demande — La Cour disposait de tous les renseignements dont elle avait besoin pour trancher de manière définitive la question de savoir si les organisations devaient se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public — La Cour a appliqué un critère à trois volets pour trancher les questions concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public dans *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45 — La demande en l'espèce soulevait des questions constitutionnelles importantes — Les organisations ont des mandants ou des intervenants qui sont touchés par la question contestée dans la demande — Elles ont un intérêt réel et véritable dans les questions soulevées dans la demande — L'issue de la requête portait sur le troisième volet du critère, notamment, celui de savoir si le litige – avec la participation des organisations en tant que parties qui défendent l'intérêt public – constituait une « manière raisonnable et efficace » de débattre les questions justiciables sérieuses soulevées dans la demande — Les organisations étaient exceptionnellement bien placées pour aider la Cour à apprécier les conséquences plus générales de ses conclusions éventuelles — La Cour bénéficierait de la participation des organisations — La participation des organisations contribuerait davantage à la réalisation des objectifs de l'accès à la justice — Les demandeurs d'asile ne peuvent pas habituellement entreprendre seuls des contestations constitutionnelles importantes — Les organisations ont obtenu la qualité pour agir dans l'intérêt public — Requête rejetée.

CONSEIL CANADIEN POUR LES RÉFUGIÉS C. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ) (IMM-2977-17, 2017 CF 1131, JUGE DINER, ORDONNANCE EN DATE DU 11 DÉCEMBRE 2017, 25 P.)

**GRC**

Demandes de contrôle judiciaire d'une décision visant à convoquer une audience devant le comité de déontologie contre le demandeur (T-1197-16) et d'une décision de proroger le délai prescrit pour la prise de cette décision (T-891-16) — Le demandeur est un membre civil (m.c.) de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) — Des mesures disciplinaires ont été imposées au demandeur par une autorité disciplinaire pour des manquements au code de déontologie de la GRC se rapportant à des allégations d'agression sexuelle et de harcèlement — Par la suite, une autorité de révision a déterminé, conformément à l'art. 41(1) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, que les mesures disciplinaires étaient disproportionnées par rapport à la nature et aux circonstances des manquements et qu'une audience devant le comité de déontologie était nécessaire — Toutefois, cette décision a été rendue après l'expiration du délai prescrit prévu à l'art. 41(2) de la Loi, qui impose une prescription d'une année au cours de laquelle la décision de convoquer une audience devant le comité de déontologie peut être prise — Le commissaire adjoint autorisé à entendre les demandes de prorogation a accordé une prorogation du délai pour convoquer une audience en vertu de l'art. 47.4(1) de la Loi — Les principales questions en litige étaient celles de savoir si la demande dans T-891-16 était prématurée; si la décision d'accorder la prorogation de délai était frappée de prescription; si l'autorité de révision a limité son pouvoir discrétionnaire; si la décision de convoquer une audience devant le comité de déontologie était raisonnable — L'art. 47.4(1) de la Loi ne fait aucune allusion au fait qu'une prorogation puisse être accordée après le délai prescrit — Après un examen attentif de la question, la Cour était convaincue que le délai prescrit en vertu de l'art. 41(2) de la Loi peut être prorogé par le commissaire conformément à l'art. 47.4(1) de la Loi après l'expiration de l'année prescrite — Donc, la demande de prorogation n'était pas prescrite et la demande dans le dossier T-891-16 était prématurée — La preuve n'a pas établi que la décision de l'autorité de révision était entravée — Elle a plutôt démontré que la décision découlait d'une analyse indépendante — Enfin, la décision de l'autorité de révision de convoquer une audience devant le comité de déontologie était raisonnable — Les motifs de l'autorité de révision, bien qu'ils étaient brefs, suffisaient pour permettre de comprendre la raison

**GRC—Fin**

pour laquelle le tribunal a pris cette décision et pour déterminer si la décision faisait partie de l'éventail de résultats acceptables — Demandes rejetées.

CALANDRINI C. CANADA (PROVOCURER GÉNÉRAL) (T-891-16, T-1197-16, 2018 CF 52, JUGE MOSLEY, JUGEMENT EN DATE DU 19 JANVIER 2018, 57 P.)

**PÉNITENCIERS**

Demandes de contrôle judiciaire attaquant le régime de rétribution des détenus dans les pénitenciers — Plus précisément, les demandeurs ont contesté le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620), la Directive du Commissaire 730 : « Affectation des délinquants aux programmes et rétribution des détenus », et la Directive du Commissaire 860 : « Argent des délinquants » — Avant 1981, le régime de rémunération en place était considéré comme une « récompense pour bonne conduite [...] pour le travail effectué dans le cadre d'un emploi » — Un nouveau régime de rémunération a été créé en 1981 pour rémunérer le travail fait par les détenus, mais aussi pour rémunérer les détenus qui participaient à des programmes d'études et de formation — Ce régime aura été le plus généreux, puisque les révisions subséquentes n'ont jamais bonifié ce régime — Les demandeurs se sont plaints que la rétribution qui était déjà érodée depuis longtemps a été réduite sensiblement (de 30 p. 100) en octobre 2013 par des mesures mises en œuvres par la modification de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (Loi) et des Directives du Commissaire — Plus précisément, l'art. 101.1(2) du Règlement a été modifié pour ajouter des frais relatifs au système téléphonique aux retenues au titre de l'hébergement, de la nourriture et des vêtements de travail faisant déjà l'objet de l'art. 104.1 du Règlement; la Directive du Commissaire 860 a été modifiée pour fixer la retenue à 22 p. 100 de la rétribution payée au titre de l'hébergement et de la nourriture et pour ajouter une retenue de 8 p. 100 au titre des frais afférents au service téléphonique; la Directive du Commissaire 730 a été modifiée pour retenir les primes de rendement — Les demandeurs ont soutenu que ces déductions n'étaient pas conformes à la loi habilitante (Loi, art. 78), et qu'elles étaient inconstitutionnelles ou contraires au *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 — Il s'agissait de savoir si le Règlement et les Directives du Commissaire étaient conformes à la loi habilitante, si le Règlement et les Directives du Commissaire étaient contraires aux art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et si le travail fait par les détenus l'était dans le cadre d'une relation employeur-employé telle que le *Code canadien du travail* trouvait application — Dans la présente affaire, l'action prise par l'administration était permise par l'art. 78 de la Loi — Essentiellement, les demandeurs ont soutenu que le législateur a fait une erreur en adoptant l'art. 78 de la Loi, car l'exercice du pouvoir n'était pas conforme aux buts du système correctionnel énoncés à l'art. 3 de la Loi — Un texte comme l'art. 3 peut être utile pour interpréter un autre article qui serait par ailleurs ambigu, mais l'on ne peut passer outre à un texte clair et spécifique comme l'art. 78 de la Loi — L'art. 78 de la Loi est loin d'être vague — Le législateur a explicitement reconnu que les ponctions pouvaient être à hauteur de 30 p. 100 — Il n'y a aucun conflit réel ou virtuel entre le pouvoir conféré par l'art. 78 et les objectifs du système correctionnel — Les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de démontrer que les textes réglementaires étaient *ultra vires* comme non habilités par l'art. 78 de la Loi — En ce qui concerne l'art. 12 de la Charte, les demandeurs ont prétendu que la rétribution payée, y inclus la ponction de 30 p. 100 maintenant en place, constituait un traitement cruel et inusité — Ce faisant, les demandeurs ont ignoré le texte de l'art. 78 de la Loi — La rétribution en l'espèce n'est pas en paiement du travail fait, mais bien pour encourager la participation aux programmes, dont ceux qui incluent le travail — L'on a mal vu en quoi le traitement prévu par une loi ne faisant pas l'objet d'une attaque en inconstitutionnalité pourrait être inconstitutionnel du seul fait que le Commissaire a exercé le pouvoir donné pour diminuer la rétribution, à la hauteur de ce qui était permis par le Parlement — La véritable invitation de la part des demandeurs a consisté à demander à cette Cour de porter jugement sur la sagesse de la décision du Commissaire d'exercer son pouvoir discrétionnaire comme la Loi le lui permettait et sur la décision du Conseil du Trésor de fixer les rétributions — Les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau d'établir que les rétributions payées étaient insuffisantes au point d'imposer au gouvernement une obligation positive parce que le traitement était incompatible avec la dignité humaine — Les demandeurs ne se sont pas acquittés non plus du fardeau aux termes de l'art. 7 de la Charte — Les demandeurs ont fait valoir que leur refus de travailler parce que les rétributions ont été diminuées pourrait résulter en des limitations supplémentaires à leur liberté de mouvement au sein de l'établissement — Or, les détenus qui ne participaient pas aux activités régulières devaient demeurer dans leur cellule pendant cette période; il n'était donc pas facile de voir une atteinte importante à la liberté — La contrainte physique est inhérente à l'emprisonnement — L'argument des demandeurs selon lequel leur intégrité psychologique a été atteinte a été rejeté également — La preuve au dossier ne permettait pas de conclure que des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique des détenus avaient résulté de l'ingérence de l'État — Enfin, l'absence totale d'argument au sujet d'une atteinte aux principes de justice fondamentale a été fatale à la thèse des demandeurs fondée sur l'art. 7 de la Charte — Les demandeurs ont invoqué un ensemble de règles minimales des Nations-Unies pour le

**PÉNITENCIERS—Fin**

traitement des détenus, mais la puissance de cet instrument est très limitée, et il n'a aucun effet contraignant — Les instruments internationaux cités par les demandeurs ne s'élevaient pas au niveau requis pour être considérés comme des principes de justice fondamentale — Ils n'avaient pas non plus la précision voulue « pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » — En ce qui concerne la question de savoir si le *Code canadien du travail* s'appliquait dans la présente affaire, l'argument des demandeurs était fondé sur l'art. 167 du Code, qui détermine les cas où la Partie III du Code peut être invoquée — L'art. 167(1)d) du Code exclut les ministères au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 — Le Service correctionnel du Canada (SCC) est un tel ministère — Le Code et la Partie III ne s'appliquaient donc pas à lui — Le détenu qui travaille en établissement n'est pas non plus un employé du SCC au sens des art. 12 et 13 de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, ou en vertu de la Partie I du Code — Les demandeurs ont allégué également qu'il existait une relation d'employeur-employé dans le cadre légal fédéral, à savoir une relation qui procéderait de la common law — Mais cette relation, quelle qu'elle soit, devait céder le pas aux textes de loi qui régissaient spécifiquement la relation du détenu donnant ouverture à une forme de paiement — À moins que l'art. 78 de la Loi ne soit inconstitutionnel, c'est lui qui gouvernait la situation des détenus — La rétribution dans la présente affaire n'était pas en paiement du travail fait, mais pour encourager la participation aux programmes en établissement et favoriser la réinsertion sociale — La participation à des programmes ne donnait pas lieu à une relation employeur-employé dans l'état actuel du droit — Demande rejetée.

GUÉRIN C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1892-14, T-756-14, T-2101-14, T-2137-14, T-2222-14, T-144-16, 2018 CF 94, JUGE ROY, JUGEMENT EN DATE DU 29 JANVIER 2018, 83 P.)

**PRATIQUE**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2017 CF 121), qui a radié complètement les déclarations produites dans deux recours collectifs envisagés, mais qui a accordé aux demandeurs (l'intimé en l'espèce) l'autorisation de les modifier — L'appelant a fait valoir que la Cour fédérale a à tort accordé l'autorisation de modifier les déclarations; plus particulièrement, il a fait valoir entre autres choses qu'il n'était pas possible de corriger les déclarations parce qu'elles sont frappées de prescription — La Cour fédérale a conclu que le délai de prescription applicable était de six ans, ainsi que le prévoit l'art. 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 — L'art. 39(2) de la Loi prescrit que « [l]e délai de prescription est de six ans à compter du fait générateur lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province » — Il s'agissait en l'espèce de déterminer dans quel cas le fait générateur « n[e] survient pas » dans une province — Le fait générateur survient dans une province lorsque tous ses éléments sont présents dans cette province — Dans la présente affaire, la question de savoir quels sont les faits qui constituent la cause d'action des demandeurs et à quel endroit les faits sont survenus n'a pas été examinée par la Cour fédérale, ni débattue dans l'appel en l'espèce — La question a donc été renvoyée à la Cour fédérale — Appel accueilli en partie.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. WHALING (A-46-17, 2018 CAF 38, JUGE PELLETIER, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 16 FÉVRIER 2018, 9 P.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Appel et appel incident de l'ordonnance rendue par la Cour fédérale (C.F.), qui a accueilli la requête en cautionnement pour dépens présentée par l'intimé à l'égard d'une requête en autorisation en instance et a adjugé à l'intimé les dépens relatifs à la requête — L'affaire sous-jacente concernait un recours collectif inversé envisagé par des sociétés étrangères qui n'avaient pas d'actifs importants au Canada à l'encontre d'un groupe qui pourrait comprendre des personnes résidant au Canada — L'appelante a soutenu que la C.F. a ordonné à tort le versement d'un cautionnement pour dépens étant donné le régime a priori sans dépens pour les recours collectifs consacré dans les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) — L'intimé a prétendu que la C.F. a commis une erreur en fixant le montant des dépens sans lui donner la possibilité de présenter des observations sur la question — La C.F. a conclu que le paragraphe 334.39(1) des Règles (qui établit un régime a priori sans dépens pour les recours collectifs) ne s'appliquait pas parce qu'il n'y avait pas eu dépôt d'un avis de requête en autorisation au moment où la C.F. a été saisie de la requête en cautionnement pour dépens — La situation en l'espèce était nettement différente de celle d'une requête en radiation d'une déclaration dans un recours collectif envisagé — La requête en cautionnement pour dépens vise à garantir le versement d'au moins une partie des dépens qui pourraient être adjugés — En l'espèce, cette garantie visait les dépens prévus relativement à la requête en autorisation — Permettre à un défendeur de contourner l'interdiction d'adjudication de dépens par le dépôt d'une requête en cautionnement pour dépens dès qu'il reçoit signification d'une déclaration dans le

**PRATIQUE—Fin**

cadre d'un recours collectif envisagé ouvrirait une brèche dans le régime a priori sans dépens prévu par la règle 334.39 — En outre, dans la présente affaire, le moment du dépôt de la requête en cautionnement et de la requête en autorisation était tributaire des dates fixées par le juge des requêtes — Ainsi, les motifs donnés par la C.F. à l'appui de sa conclusion selon laquelle elle avait compétence pour accorder le cautionnement pour dépens ne pouvaient résister à un examen approfondi — Néanmoins, l'ordonnance de la C.F. devrait être confirmée, puisqu'il existait un autre fondement pour conclure à la compétence de la Cour — L'alinéa 334.39(1)c des Règles permet l'adjudication de dépens liés à une requête en autorisation, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif si « des circonstances exceptionnelles font en sorte qu'il serait injuste d'en priver la partie qui a eu gain de cause » — Il était possible que de telles circonstances existent en l'espèce — Les situations visées aux alinéas 416(1)a et b) des Règles s'appliquaient et, par conséquent, s'il ne s'était pas agi d'un recours collectif envisagé, la C.F. aurait pu rendre une ordonnance de cautionnement pour dépens — Le fait qu'il s'agissait d'un recours collectif envisagé n'empêchait pas la C.F. de rendre une telle ordonnance en l'espèce — Le prononcé d'une décision en vertu de l'alinéa 334.39(1)c des Règles n'est pas une condition préalable à l'exercice par la C.F. du pouvoir que lui confère la règle 416 d'ordonner un cautionnement pour dépens dans une affaire comme la présente — Les décisions rendues dans *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442 et *Secure Networx Corp. v. KPMG, LLP*, 2002 BCSC 1001, conf. par 2003 BCCA 227 n'apportent pas la thèse selon laquelle la C.F. n'a pas compétence pour rendre une ordonnance de cautionnement pour dépens à moins qu'elle ne conclue à l'applicabilité de l'exception prévue à l'alinéa 334.39(1)c — Une décision au titre de l'alinéa 334.39(1)c des Règles ne peut être rendue avant le prononcé de la décision sur le fond — Il était loisible à la C.F. de rendre l'ordonnance de cautionnement pour dépens qui était contestée en l'espèce — Il n'y avait pas de raison de modifier le montant du cautionnement fixé par la C.F. — En ce qui concerne l'appel incident, la C.F. ne pouvait adjuger de dépens relativement à la requête avant de statuer sur l'applicabilité de l'une des exceptions prévues à l'alinéa 334.39(1) des Règles — La C.F. a refusé de trancher cette question — Appel rejeté; appel incident accueilli; ordonnance d'adjudication des dépens annulée; question des dépens renvoyée pour un réexamen.

VOLTAGE PICTURES, LLC C. SALNA (A-39-17, 2017 CAF 221, JUGE GLEASON, J.C.A., JUGEMENT EN DATE DU 15 NOVEMBRE 2017, 9 p.)



## 2018 Volume 3

### Federal Courts Reports

### Recueil des décisions des Cours fédérales

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.

#### ARRÊTISTES

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

---

#### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

---

#### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique  
LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

---

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

---

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'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, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.



## **JUDGES OF THE FEDERAL COURTS**

### **FEDERAL COURT OF APPEAL CHIEF JUSTICE**

The Honourable MARC NOËL  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) June 24, 1992;  
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) June 23, 1998;  
Appointed October 9, 2014)*

### **FEDERAL COURT OF APPEAL JUDGES**

The Honourable MARC NADON  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) June 10, 1993;  
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 14, 2001;  
Supernumerary July 25, 2011)*

The Honourable J.D. DENIS PELLETIER  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) February 16, 1999;  
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 14, 2001;  
Supernumerary February 16, 2014)*

The Honourable ELEANOR R. DAWSON  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) December 8, 1999;  
Appointed December 28, 2009; Supernumerary January 14, 2017)*

The Honourable JOHANNE GAUTHIER  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) December 11, 2002;  
Appointed October 20, 2011)*

The Honourable DAVID W. STRATAS  
*(Appointed December 11, 2009)*

The Honourable WYMAN W. WEBB  
*(Appointed October 4, 2012)*

The Honourable DAVID G. NEAR  
*(Appointed Judge of the Federal Court June 19, 2009;  
Appointed February 7, 2013)*

The Honourable RICHARD BOIVIN  
*(Appointed Judge of the Federal Court June 19, 2009;  
Appointed April 10, 2014)*

The Honourable DONALD J. RENNIE  
*(Appointed Judge of the Federal Court September 30, 2010;  
Appointed February 26, 2015)*

The Honourable YVES de MONTIGNY  
*(Appointed Judge of the Federal Court November 19, 2004;  
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable MARY J.L. GLEASON  
*(Appointed Judge of the Federal Court December 15, 2011;  
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable JUDITH M. WOODS  
*(Appointed Judge of the Tax Court of Canada March 20, 2003;  
Appointed June 16, 2016; Supernumerary April 1, 2018)*

The Honourable JOHN B. LASKIN  
*(Appointed June 21, 2017)*

The Honourable MARIANNE RIVOALEN  
*(Appointed September 21, 2018)*

### **FEDERAL COURT CHIEF JUSTICE**

The Honourable PAUL S. CRAMPTON  
*(Appointed Judge of the Federal Court November 26, 2009;  
Appointed December 15, 2011)*

### **ASSOCIATE CHIEF JUSTICE**

The Honourable JOCELYNE GAGNÉ  
*(Appointed Judge of the Federal Court May 31, 2012; Appointed December 12, 2018)*

### **FEDERAL COURT JUDGES**

The Honourable SANDRA J. SIMPSON  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) June 10, 1993;  
Supernumerary June 10, 2012)*

The Honourable DOUGLAS R. CAMPBELL  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) December 8, 1995;  
Supernumerary January 1, 2011)*

The Honourable ELIZABETH HENEGHAN  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) November 15, 1999)*

The Honourable LUC MARTINEAU  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) January 25, 2002;  
Supernumerary September 1, 2018)*

The Honourable SIMON NOËL  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) August 8, 2002;  
Supernumerary September 1, 2017)*

The Honourable JAMES RUSSELL  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) December 11, 2002;  
Supernumerary December 11, 2017)*

The Honourable JAMES O'REILLY  
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,  
Trial Division (now the Federal Court) December 12, 2002)*

The Honourable SEAN J. HARRINGTON  
*(Appointed September 16, 2003; Supernumerary April 24, 2014)*

The Honourable RICHARD G. MOSLEY  
*(Appointed November 4, 2003; Supernumerary November 4, 2018)*

The Honourable MICHEL M.J. SHORE  
*(Appointed November 4, 2003; Supernumerary March 21, 2018)*

The Honourable MICHAEL L. PHELAN  
*(Appointed November 19, 2003; Supernumerary June 16, 2017)*

The Honourable ANNE L. MACTAVISH  
*(Appointed November 19, 2003)*

The Honourable ROBERT L. BARNES  
*(Appointed November 22, 2005)*

The Honourable LEONARD S. MANDAMIN  
*(Appointed April 27, 2007; Supernumerary August 19, 2017)*

The Honourable RUSSEL W. ZINN  
*(Appointed February 20, 2008)*

The Honourable CATHERINE M. KANE  
*(Appointed June 21, 2012)*

The Honourable MICHAEL D. MANSON  
*(Appointed October 4, 2012)*

The Honourable YVAN ROY  
*(Appointed December 13, 2012)*

The Honourable CECILY Y. STRICKLAND  
*(Appointed December 13, 2012)*

The Honourable PETER B. ANNIS  
*(Appointed February 7, 2013)*

The Honourable GLENNYS L. McVEIGH  
*(Appointed April 25, 2013)*

The Honourable RENÉ LEBLANC  
*(Appointed April 10, 2014)*

The Honourable MARTINE ST-LOUIS  
*(Appointed April 10, 2014)*

The Honourable GEORGE R. LOCKE  
*(Appointed April 10, 2014)*

The Honourable HENRY S. BROWN  
*(Appointed June 13, 2014)*

The Honourable ALAN DINER  
*(Appointed June 13, 2014)*

The Honourable KEITH M. BOSWELL  
*(Appointed June 30, 2014)*

The Honourable SIMON FOTHERGILL  
*(Appointed December 12, 2014)*

The Honourable B. RICHARD BELL  
*(Appointed February 5, 2015)*

The Honourable DENIS GASCON  
*(Appointed February 26, 2015)*

The Honourable RICHARD F. SOUTHCOTT  
*(Appointed May 5, 2015)*

The Honourable PATRICK K. GLEESON  
*(Appointed May 29, 2015)*

The Honourable E. SUSAN ELLIOTT  
*(Appointed June 26, 2015)*

The Honourable SYLVIE E. ROUSSEL  
*(Appointed June 26, 2015)*

The Honourable ANN MARIE McDONALD  
*(Appointed September 1, 2015)*

The Honourable ROGER R. LAFRENIÈRE  
*(Appointed June 8, 2017)*

The Honourable WILLIAM F. PENTNEY  
*(Appointed June 21, 2017)*

The Honourable SHIRZAD S. AHMED  
*(Appointed September 14, 2017)*

The Honourable SÉBASTIEN GRAMMOND  
*(Appointed November 9, 2017)*

The Honourable PAUL FAVEL  
*(Appointed December 11, 2017)*

The Honourable ELIZABETH WALKER  
*(Appointed February 26, 2018)*

The Honourable JOHN NORRIS  
*(Appointed February 26, 2018)*

**DEPUTY JUDGES**

*None at present*

**PROTHONOTARIES**

MIREILLE TABIB  
*(Appointed April 22, 2003)*

MARTHA MILCZYNSKI  
*(Appointed September 25, 2003)*

KEVIN R. AALTO  
*(Appointed May 7, 2007)*

MANDY AYLEN  
*(Appointed June 16, 2016)*

KATHLEEN MARIE RING  
*(Appointed December 19, 2017)*

ALEXANDRA STEELE  
*(Appointed May 15, 2018)*

SYLVIE M. MOLGAT  
*(Appointed November 21, 2018)*

ANGELA FURLANETTO  
*(Appointed March 7, 2019)*

## **JUGES DES COURS FÉDÉRALES**

### **LE JUGE EN CHEF COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

L'honorable MARC NOËL  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 24 juin 1992; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)  
le 23 juin 1998; nommé le 9 octobre 2014)*

### **LES JUGES DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

L'honorable MARC NADON  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 10 juin 1993; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)  
le 14 décembre 2001; surnuméraire le 25 juillet 2011)*

L'honorable J.D. DENIS PELLETIER  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 16 février 1999; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)  
le 14 décembre 2001; surnuméraire le 16 février 2014)*

L'honorable ELEANOR R. DAWSON  
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 8 décembre 1999; nommée le 28 décembre 2009;  
surnuméraire le 14 janvier 2017)*

L'honorable JOHANNE GAUTHIER  
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 11 décembre 2002; nommée le 20 octobre 2011)*

L'honorable DAVID W. STRATAS  
*(nommé le 11 décembre 2009)*

L'honorable WYMAN W. WEBB  
*(nommé le 4 octobre 2012)*

L'honorable DAVID G. NEAR  
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 juin 2009;  
nommé le 7 février 2013)*

L'honorable RICHARD BOIVIN  
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 juin 2009;  
nommé le 10 avril 2014)*

L'honorable DONALD J. RENNIE  
*(nommé juge à la Cour fédérale le 30 septembre 2010;  
nommé le 26 février 2015)*

L'honorable YVES de MONTIGNY  
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 novembre 2004;  
nommé le 26 juin 2015)*

L'honorable MARY J.L. GLEASON  
*(nommée juge à la Cour fédérale le 15 décembre 2011;  
nommée le 26 juin 2015)*

L'honorable JUDITH M. WOODS  
*(nommée juge à la Cour canadienne de l'impôt le 20 mars 2003;  
nommée le 16 juin 2016; surnuméraire, le 1 avril 2018)*

L'honorable JOHN B. LASKIN  
*(nommé le 21 juin 2017)*

L'honorable MARIANNE RIVOALEN  
*(nommée le 21 septembre 2018)*

### **LE JUGE EN CHEF COUR FÉDÉRALE**

L'honorable PAUL S. CRAMPTON  
*(nommé juge à la Cour fédérale le 26 novembre 2009;  
nommé le 15 décembre 2011)*

### **LA JUGE EN CHEF ADJOINTE**

L'honorable JOCELYNE GAGNÉ  
*(nommée juge à la Cour fédérale le 31 mai 2012; nommée le 12 décembre 2018)*

### **LES JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE**

L'honorable SANDRA J. SIMPSON  
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 10 juin 1993; surnuméraire le 10 juin 2012)*

L'honorable DOUGLAS R. CAMPBELL  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 8 décembre 1995; surnuméraire le 1<sup>er</sup> janvier 2011)*

L'honorable ELIZABETH HENEGHAN  
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 15 novembre 1999)*

L'honorable LUC MARTINEAU  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 25 janvier 2002; surnuméraire le 1<sup>er</sup> septembre 2018)*

L'honorable SIMON NOËL  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 8 août 2002; surnuméraire le 1<sup>er</sup> septembre 2017)*

L'honorable JAMES RUSSELL  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 11 décembre 2002; surnuméraire le 11 décembre 2017)*

L'honorable JAMES O'REILLY  
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,  
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)  
le 12 décembre 2002)*

L'honorable SEAN J. HARRINGTON  
*(nommé le 16 septembre 2003; surnuméraire le 24 avril 2014)*

L'honorable RICHARD G. MOSLEY  
*(nommé le 4 novembre 2003; surnuméraire le 4 novembre 2018)*

L'honorable MICHEL M.J. SHORE  
*(nommé le 4 novembre 2003; surnuméraire le 21 mars 2018)*

L'honorable MICHAEL L. PHELAN  
*(nommé le 19 novembre 2003; surnuméraire le 16 juin 2017)*

L'honorable ANNE L. MACTAVISH  
*(nommée le 19 novembre 2003)*

L'honorable ROBERT L. BARNES  
*(nommé le 22 novembre 2005)*

L'honorable LEONARD S. MANDAMIN  
*(nommé le 27 avril 2007; surnuméraire le 19 août 2017)*

L'honorable RUSSEL W. ZINN  
*(nommé le 20 février 2008)*

L'honorable CATHERINE M. KANE  
*(nommée le 21 juin 2012)*

L'honorable MICHAEL D. MANSON  
*(nommé le 4 octobre 2012)*

L'honorable YVAN ROY  
*(nommé le 13 décembre 2012)*

L'honorable CECILY Y. STRICKLAND  
*(nommée le 13 décembre 2012)*

L'honorable PETER B. ANNIS  
*(nommé le 7 février 2013)*

L'honorable GLENNYS L. McVEIGH  
*(nommée le 25 avril 2013)*

L'honorable RENÉ LEBLANC  
*(nommé le 10 avril 2014)*

L'honorable MARTINE ST-LOUIS  
*(nommée le 10 avril 2014)*

L'honorable GEORGE R. LOCKE  
*(nommé le 10 avril 2014)*

L'honorable HENRY S. BROWN  
*(nommé le 13 juin 2014)*

L'honorable ALAN DINER  
*(nommé le 13 juin 2014)*

L'honorable KEITH M. BOSWELL  
*(nommé le 30 juin 2014)*

L'honorable SIMON FOTHERGILL  
*(nommé le 12 décembre 2014)*

L'honorable B. RICHARD BELL  
*(nommé le 5 février 2015)*

L'honorable DENIS GASCON  
*(nommé le 26 février 2015)*

L'honorable RICHARD F. SOUTHCOTT  
*(nommé le 5 mai 2015)*

L'honorable PATRICK K. GLEESON  
*(nommé le 29 mai 2015)*

L'honorable E. SUSAN ELLIOTT  
*(nommée le 26 juin 2015)*

L'honorable SYLVIE E. ROUSSEL  
*(nommée le 26 juin 2015)*

L'honorable ANN MARIE McDONALD  
*(nommée le 1 septembre 2015)*

L'honorable ROGER R. LAFRENIÈRE  
*(nommé le 8 juin 2017)*

L'honorable WILLIAM F. PENTNEY  
*(nommé le 21 juin 2017)*

L'honorable SHIRZAD S. AHMED  
*(nommé le 14 septembre 2017)*

L'honorable SÉBASTIEN GRAMMOND  
*(nommé le 9 novembre 2017)*

L'honorable PAUL FAVEL  
*(nommé le 11 décembre 2017)*

L'honorable ELIZABETH WALKER  
*(nommée le 26 février 2018)*

L'honorable JOHN NORRIS  
*(nommé le 26 février 2018)*

**JUGES SUPPLÉANTS**

*Aucun en ce moment*

**PROTONOTAIRES**

MIREILLE TABIB

*(nommée le 22 avril 2003)*

MARTHA MILCZYNSKI

*(nommée le 25 septembre 2003)*

KEVIN R. AALTO

*(nommé le 7 mai 2007)*

MANDY AYLEN

*(nommée le 16 juin 2016)*

KATHLEEN MARIE RING

*(nommée le 19 décembre 2017)*

ALEXANDRA STEELE

*(nommée le 15 mai 2018)*

SYLVIE M. MOLGAT

*(nommée le 21 novembre 2018)*

ANGELA FURLANETTO

*(nommée le 7 mars 2019)*

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Eli Lilly and Company v. Apotex Inc.*, 2014 FC 1254, [2015] 4 F.C.R. 601, has been reversed in part on appeal (A-64-15, 2018 FCA 217), reasons for judgment handed down November 23, 2018.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada v. Callidus Capital Corporation*, 2017 FCA 162, [2018] 3 F.C.R. 460, has been reversed on appeal (2018 SCC 47), reasons for judgment delivered orally November 8, 2018.

*Canada (Governor General in Council) v. Mikisew Cree First Nation*, 2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298, has been affirmed on appeal (2018 SCC 40). The reasons for judgment, handed down October 11, 2018, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. v. Mazraani*, 2017 FCA 80, [2018] 1 F.C.R. 495, has been affirmed on appeal (2018 SCC 50). The reasons for judgment, handed down November 16, 2018, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Voltage Pictures, LLC v. John Doe*, 2017 FCA 97, [2018] 1 F.C.R. 565, has been reversed on appeal (2018 SCC 38). The reasons for judgment, handed down September 14, 2018, will be published in the *Supreme Court Reports (sub nom. Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC)*.

### *Applications for leave to appeal*

*Abi-Mansour v. Canada (Attorney General)*, A-301-16, Gauthier, Stratas and Gleason J.J.A., order dated March 24, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Abi-Mansour v. Canada (Attorney General)*, A-359-15, Stratas, Ryer and Near J.J.A., order dated April 15, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Abi-Mansour v. Canada (Attorney General)*, A-359-15, A-360-15, 2015 FCA 244, Webb J.A., order dated November 4, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Adventurer Owner Ltd. v. Canada*, A-64-17, A-65-17, 2018 FCA 34, Gauthier J.A., judgment dated February 7, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused November 29, 2018.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Eli Lilly and Company c. Apotex Inc.*, 2014 CF 1254, [2015] 4 R.C.F. 601, a été infirmée en partie en appel (A-64-15, 2018 CAF 217), les motifs du jugement ayant été prononcés le 23 novembre 2018.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada c. Callidus Capital Corporation*, 2017 CAF 162, [2018] 0 R.C.F. 000, a été infirmé en appel (2018 CSC 47), les motifs du jugement ayant été prononcés oralement.

L'arrêt *Canada (Gouverneur général en conseil) c. Première nation crie Mikisew*, 2016 CAF 311, [2017] 3 R.C.F. 298, a été confirmé en appel (2018 CSC 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 11 octobre 2018, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Industrielle Alliance, Assurance et services financiers inc. c. Mazraani*, 2017 CAF 80, [2018] 1 R.C.F. 495, a été confirmé en appel (2018 CSC 50). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 16 novembre 2018, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Voltage Pictures, LLC c. M. Untel*, 2017 CAF 97, [2018] 1 R.C.F. 565, a été infirmé en appel (2018 CSC 38). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 14 septembre 2018, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême (sub nom. Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC)*.

### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Abi-Mansour c. Canada (Procureur général)*, A-301-16, les juges Gauthier, Stratas et Gleason, J.C.A., ordonnance en date du 24 mars 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Abi-Mansour c. Canada (Procureur général)*, A-359-15, les juges Stratas, Ryer et Near, J.C.A., ordonnance en date du 15 avril 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Abi-Mansour c. Canada (Procureur général)*, A-359-15, A-360-15, 2015 CAF 244, le juge Webb, J.C.A., ordonnance en date du 4 novembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Adventurer Owner Ltd. c. Canada*, A-64-17, A-65-17, 2018 CAF 34, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 7 février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 novembre 2018.

*Beima v. Canada (National Revenue)*, A-406-15, 2017 FCA 85, Near J.A., judgment dated April 25, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused January 12, 2019.

*Bernard v. Canada (Attorney General)*, A-69-17, A-174-17, 2018 FCA 23, Stratas J.A., judgment dated January 23, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused November 8, 2018 (*sub nom. Bernard v. Canada Revenue Agency*).

*Brassard v. Canada*, A-110-15, 2017 FCA 219, Pelletier J.A., order dated November 14, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused December 20, 2018.

*Canada v. Oxford Properties Group Inc.*, A-399-16, 2018 FCA 30, Noël C.J., judgment dated February 1, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused December 13, 2018.

*Canada (Attorney General) v. Shakov*, A-41-16, 2017 FCA 250, Gleason and Stratas J.J.A., judgment dated December 19, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 23, 2018.

*City of Burnaby v. Trans Mountain Pipeline ULC*, 18-A-9, Noël C.J., Gauthier and Stratas J.J.A., order dated March 23, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused August 23, 2018.

*Conseil des Innus de Pessamit v. St-Onge*, A-42-18, Boivin J.A., judgment dated April 23, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused November 1, 2018.

*Duterville v. Glen*, A-179-16, Nadon, Gauthier and Scott J.J.A., judgment dated September 13, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused October 11, 2018.

*Eli Lilly Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, A-71-17, 2018 FCA 53, Laskin J.A., judgment dated February 22, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused November 8, 2018.

*Entreprises A.B. Rimouski inc. v. Canada*, A-482-14, 2015 FCA 285, Nadon J.A., judgment dated December 14, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused October 11, 2018.

*Farid v. Canada*, A-85-17, 2017 FCA 247, Stratas J.A., judgment dated December 13, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused October 25, 2018.

*Iggillis Holdings Inc. v. Canada (National Revenue)*, A-465-16, 2018 FCA 51, Webb J.A., judgment dated March 6, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 25, 2018

*Beima c. Canada (Revenu national)*, A-406-15, 2017 CAF 85, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 25 avril 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 janvier 2019.

*Bernard c. Canada (Procureur général)*, A-69-17, A-174-17, 2018 CAF 23, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 23 janvier 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 novembre 2018 (*sub nom. Bernard c. Agence du revenu du Canada*).

*Brassard c. Canada*, A-110-15, 2017 CAF 219, le juge Pelletier, J.C.A., ordonnance en date du 14 novembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 décembre 2018.

*Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, A-399-16, 2018 CAF 30, le juge en chef Noël, jugement en date du 1<sup>er</sup> février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 décembre 2018.

*Canada (Procureur général) c. Shakov*, A-41-16, 2017 CAF 250, les juges Gleason et Stratas, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 août 2018.

*City of Burnaby c. Trans Mountain Pipeline ULC*, 18-A-9, le juge en chef Noël, les juges Gauthier et Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 23 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 août 2018.

*Conseil des Innus de Pessamit c. St-Onge*, A-42-18, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 23 avril 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1<sup>er</sup> novembre 2018.

*Duterville c. Glen*, A-179-16, les juges Nadon, Gauthier et Scott, J.C.A., jugement en date du 13 septembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 octobre 2018.

*Eli Lilly Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, A-71-17, 2018 CAF 53, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 22 février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 novembre 2018.

*Entreprises A.B. Rimouski inc. c. Canada*, A-482-14, 2015 CAF 285, les juges Nadon J.C.A., jugement en date du 14 décembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 octobre 2018.

*Farid c. Canada*, A-85-17, 2017 CAF 247, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 13 décembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 octobre 2018.

*Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national)*, A-465-16, 2018 CAF 51, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 6 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 octobre 2018.

*Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, A-244-16, A-274-16, 2018 FCA 33, Dawson J.A., judgment dated January 24, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused November 8, 2018.

*Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, A-174-16, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 000, Nadon and Rennie J.J.A., judgment dated December 1, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 23, 2018.

*Truong v. Canada*, A-92-17, 2018 FCA 6, Woods J.A., judgment dated January 11, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 18, 2018.

*University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) v. Canada*, A-168-16, 2017 FCA 232, Boivin J.A., judgment dated November 24, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 30, 2018.

*University of Alberta v. Canada (Attorney General)*, A-166-17, 2018 FCA 36, Near J.A., judgment dated February 9, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 4, 2018.

*Voltage Pictures, LLC v. Salna*, A-39-17, 2017 FCA 221, Gleason J.A., judgment dated November 15, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Wsáneć School Board v. British Columbia*, A-417-16, 2017 FCA 210, Gleason J.A., judgment dated October 24, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Teva Canada Limited c. Janssen Inc.*, A-244-16, A-274-16, 2018 CAF 33, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 24 janvier 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 novembre 2018.

*Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, A-174-16, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 000, les juges Nadon et Rennie, J.J.A., jugement en date du 1<sup>er</sup> décembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 août 2018.

*Truong c. Canada*, A-92-17, 2018 CAF 6, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 11 janvier 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 octobre 2018.

*University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) c. Canada*, A-168-16, 2017 CAF 232, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 24 novembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 août 2018.

*Université de l'Alberta c. Canada (Procureur général)*, A-166-17, 2018 CAF 36, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 9 février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 octobre 2018.

*Voltage Pictures, LLC c. Salna*, A-39-17, 2017 CAF 221, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 15 novembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Wsáneć School Board c. Colombie-Britannique*, A-417-16, 2017 CAF 210, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 24 octobre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.



**TABLE  
OF CASES REPORTED  
IN THIS VOLUME**

	PAGE
1161396 Ontario Inc. (F.C.), Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. v. . . . .	26
<b>A</b>	
Abbar v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . .	538
Abdi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) . . . . .	328
Access Information Agency Inc. (F.C.A.), Canada (Attorney General) v. . . . .	495
Automatic Princess Holdings, LLC (F.C.A.), McDowell v. . . . .	445
<b>B</b>	
Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Teva Canada Limited (F.C.A.) . . . . .	380
<b>C</b>	
Callidus Capital Corporation (F.C.A.), Canada v. . . . .	460
Canada (Attorney General) (F.C.), Thelwell v. . . . .	3
Canada (Attorney General) v. Access Information Agency Inc. (F.C.A.) . . . . .	495
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Abbar v. . . . .	538
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Revell v. . . . .	255
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.), Vavilov v. . . . .	75
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Yuris v. . . . .	363
Canada (Commissioner of Competition) (F.C.A.), Toronto Real Estate Board v. . . . .	563
Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.), Malikaimu v. . . . .	512
Canada (National Revenue) (F.C.), Connolly v. . . . .	409
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.), Abdi v. . . . .	328
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.), Lunyamila v. . . . .	674
Canada v. Callidus Capital Corporation (F.C.A.) . . . . .	460
Commissioner of Competition (F.C.A.), Vancouver Airport Authority v. . . . .	633
Connolly v. Canada (National Revenue) (F.C.) . . . . .	409
<b>L</b>	
Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. v. 1161396 Ontario Inc. (F.C.) . . . . .	26
Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) . . . . .	674

	PAGE
<b>M</b>	
Malikaimu v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.) . . . . .	512
McDowell v. Automatic Princess Holdings, LLC (F.C.A.) . . . . .	445
<b>R</b>	
(Re) (F.C.), X . . . . .	111
(Re) (F.C.), X . . . . .	212
Revell v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . .	255
<b>T</b>	
Teva Canada Limited (F.C.A.), Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. . . . .	380
Thelwell v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . .	3
Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition) (F.C.A.) . . .	563
<b>V</b>	
Vancouver Airport Authority v. Commissioner of Competition (F.C.A.) . . . . .	633
Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) . . . . .	75
<b>X</b>	
X (Re) (F.C.) . . . . .	111
X (Re) (F.C.) . . . . .	212
<b>Y</b>	
Yuris v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . .	363

**TABLE  
DES DÉCISIONS PUBLIÉES  
DANS CE VOLUME**

	PAGE
1161396 Ontario Inc. (C.F.), Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. c. . . . .	26
<b>A</b>	
Abbar c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . .	538
Abdi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) . . . . .	328
Access Information Agency Inc. (C.A.F.), Canada (Procureur général) c. . . . .	495
Administration de l'aéroport de Vancouver c. Commissaire de la concurrence (C.A.F.) . . . . .	633
Automatic Princess Holdings, LLC (C.A.F.), McDowell c. . . . .	445
<b>B</b>	
Bristol-Myers Squibb Canada c. Teva Canada limitée (C.A.F.) . . . . .	380
<b>C</b>	
Callidus Capital Corporation (C.A.F.), Canada c. . . . .	460
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Revell c. . . . .	255
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.), Vavilov c. . . . .	75
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Yuris c. . . . .	363
Canada (Commissaire de la concurrence) (C.A.F.), Toronto Real Estate Board c. . . . .	563
Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.F.), Malikaimu c. . . . .	512
Canada (Procureur général) (C.F.), Thelwell c. . . . .	3
Canada (procureur général) c. Access Information Agency Inc. (C.A.F.) . . . . .	495
Canada (Revenu national) (C.F.), Connolly c. . . . .	409
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.), Lunyamila c. . . . .	674
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.), Abdi c. . . . .	328
Canada c. Callidus Capital Corporation (C.A.F.) . . . . .	460
Commissaire de la concurrence (C.A.F.), Administration de l'aéroport de Vancouver c. . . . .	633
Connolly c. Canada (Revenu national) (C.F.) . . . . .	409
<b>L</b>	
Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. c. 1161396 Ontario Inc. (C.F.) . . . . .	26
Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) . . . . .	674

	PAGE
<b>M</b>	
Malikaimu c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.F.) . . . . .	512
McDowell c. Automatic Princess Holdings, LLC (C.A.F.) . . . . .	445
<b>R</b>	
(Re) (C.F.), X . . . . .	111
(Re) (C.F.), X . . . . .	212
Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . .	255
<b>T</b>	
Teva Canada limitée (C.A.F.), Bristol-Myers Squibb Canada c. . . . .	380
Thelwell c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . .	3
Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence) (C.A.F.) . . .	563
<b>V</b>	
Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) . . . . .	75
<b>X</b>	
X (Re) (C.F.) . . . . .	111
X (Re) (C.F.) . . . . .	212
<b>Y</b>	
Yuris c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . .	363

## CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
<b>ABORIGINAL PEOPLES</b>	
<b>Elections</b>	
Henry v. Roseau River Anishinabe First Nation Government (T-199-15, 2017 FC 1038) . . . . .	D-1
<b>Lands</b>	
Enge v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) (T-1427-15, 2017 FC 932) . . . . .	D-1
<b>ACCESS TO INFORMATION</b>	
Husky Oil Operations Limited v. Canada-Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board (A-75-16, 2018 FCA 10) . . . . .	D-15
<b>ADMINISTRATIVE LAW</b>	
<b>Judicial Review</b>	
<i>Standard of Review</i>	
Canada (Attorney General) v. Access Information Agency Inc. (A-329-16, 2018 FCA 18) . . . . .	495
Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration) (A-394-15, 2017 FCA 132) . . . . .	75
<b>ARMED FORCES</b>	
Fawcett v. Canada (Attorney General) (T-22187-16, 2017 FC 1071) . . . . .	D-3
<b>CITIZENSHIP AND IMMIGRATION</b>	
<b>Exclusion and Removal</b>	
<i>Inadmissible Persons</i>	
Abdi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (IMM-5238-16, 2017 FC 950) . . . . .	328
Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) . . . . .	674
<i>Removal of Permanent Residents</i>	
Revell v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-3411-16, 2017 FC 905) . . . . .	255

	PAGE
<b>CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded</b>	
<b>Immigration Practice</b>	
Bilbili v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM – 2561-17, 2017 FC 1188) .....	D-16
<b>Status in Canada</b>	
<i>Citizens</i>	
Thelwell v. Canada (Attorney General) (T-232-17, 2017 FC 872) .....	3
Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration) (A-394-15, 2017 FCA 132) .....	75
<i>Convention Refugees and Persons in Need of Protection</i>	
Abbar v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-2359-17, 2017 FC 1101) .....	538
Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)(IMM-2977-17, 2017 FC 1131).....	D-16
<i>Permanent Residents</i>	
Malikaimu v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (IMM-4072-16, 2017 FC 1026) .....	512
Yuris v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-1273-17, 2017 FC 981) .....	363
<b>COMPETITION</b>	
Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition) (A-174-16, 2017 FCA 236) .....	563
Vancouver Airport Authority v. Commissioner of Competition .....	633
<b>CONSTITUTIONAL LAW</b>	
<b>Aboriginal and Treaty Rights</b>	
Onion Lake Cree Nation v. Canada (T-2428-14, 2017 FC 1049) .....	D-3
<b>Charter of Rights</b>	
Revell v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-3411-16, 2017 FC 905) .....	255
<i>Life, Liberty and Security</i>	
Revell v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-3411-16, 2017 FC 905) .....	255
<i>Mobility Rights</i>	
Thelwell v. Canada (Attorney General) (T-232-17, 2017 FC 872) .....	3

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

*Unreasonable Search or Seizure*

X (Re) (TOP SECRET, CONF-2-17)..... 111

**Distribution of Powers**

Innu Matimekush-Lac John Nation Council v. Association of Employees of  
Northern Quebec (CSQ) (A-333-16, 2017 FCA 212)..... D-4

**COPYRIGHT**

Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition) (A-174-  
16, 2017 FCA 236)..... 563

**CRIMINAL JUSTICE**

X (Re) (TOP SECRET, CONF-2-17)..... 111

**CROWN**

**Contracts**

Canada (Attorney General) v. Access Information Agency Inc. (A-329-16,  
2018 FCA 18) ..... 495

**CUSTOMS AND EXCISE**

**Excise Act**

Canada v. Callidus Capital Corporation (A-400-15, 2017 FCA 162) ..... 460

**Excise Tax Act**

Farm Credit Canada v. Canada (A-105-17, 2017 FCA 244) ..... D-11  
North Shore Power Group Inc. v. Canada (A-53-17, 2018 FCA 9)..... D-12

**ENVIRONMENT**

Taseko Mines Limited v. Canada (Environment) (T-744-14, 2017 FC  
1100) ..... D-12

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Boulerice v. Canada (Attorney General) (T-1526-14, T-1539-14, T-1935-14,  
T-304-15, 2017 FC 942) ..... D-4

**INCOME TAX**

**Assessment and Reassessment**

Canada (National Revenue) v. ConocoPhillips Canada Resources Corp.  
(A-66-16, A-73-16, 2017 FCA 243) ..... D-5

	PAGE
<b>INCOME TAX—Concluded</b>	
<b>Penalties and Interest</b>	
Connolly v. Canada (National Revenue) (T-2162-16, 2017 FC 1006) . . . . .	409
<b>JUDGES AND COURTS</b>	
Revell v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-3411-16, 2017 FC 905) . . . . .	255
<b>LABOUR RELATIONS</b>	
Tokmakjian Inc. v. Achorn (T-1110-15, 2017 FC 1057) . . . . .	D-5
<b>MARITIME LAW</b>	
<b>Practice</b>	
Certain underwriters at Lloyd’s v. Mediterranean Shipping Company S.A. (T-1376-14, 2017 FC 893) . . . . .	D-6
<b>PATENTS</b>	
Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. SNF Inc. (A-479-15, 2017 FCA 225) . . . . .	D-7
Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General) (A-51-17, 2017 FCA 241) . . . . .	D-8
<b>Practice</b>	
Alpha Marathon Technologies Inc. v. Dual Spiral Systems Inc. (T-632-05, 2017 FC 1119) . . . . .	D-13
Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Teva Canada Limited (A-191-16, 2017 FCA 76) . . . . .	380
<b>PENITENTIARIES</b>	
Guérin v. Canada (Attorney General) (T-1892-14, T-756-14, T-2101-14, T-2137-14, T-2222-14, T-144-16, 2018 FC 94) . . . . .	D-17
<b>PENSIONS</b>	
Garshowitz v. Canada (Attorney General) (A-429-16, 2017 FCA 251) . . . . .	D-14
<b>PRACTICE</b>	
Canada (Attorney General) v. Whaling (A-46-17, 2018 FCA 38) . . . . .	D-18
<b>Costs</b>	
Voltage Pictures, LLC v. Salna (A-39-17, 2017 FCA 221) . . . . .	D-18
<b>Class Proceedings</b>	
Dennis v. Canada (T-356-12, 2017 FC 1011) . . . . .	D-8

**PRACTICE—Concluded**

**Evidence**

Boily v. Canada (T-541-10, 2017 FC 1021) . . . . . D-9

**PRIVACY**

**Personal Information Protection and Electronic Documents Act**

Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)  
(A-174-16, 2017 FCA 236) . . . . . 563

**RADIOCOMMUNICATIONS**

X (Re) (TOP SECRET, CONF-2-17) . . . . . 111

**RCMP**

Calandrini v. Canada (Attorney General) (T-891-16, T-1197-16, 2018 FC  
52) . . . . . D-19

**SECURITY INTELLIGENCE**

X (Re) (TOP SECRET, CONF-2-17) . . . . . 111  
X (Re) (TOP SECRET, CONF-3-17) . . . . . 212

**TRADE-MARKS**

**Practice**

McDowell v. Automatic Princess Holdings, LLC (EDITOR’S NOTE: This  
document is subject to editorial revision before its reproduction in  
final form in the Federal Courts Reports., A-422-15) . . . . . 445

**Registration**

Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. v. 1161396 Ontario Inc. (T-416-  
16, 2017 FC 806) . . . . . 26



## TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
<b>ACCÈS À L'INFORMATION</b>	
Husky Oil Operations Limited c. Office Canada-Terre-Neuve-et-Labrador des hydroc arbures extracôtiers (A-75-16, 2018 CAF 10) . . . . .	F-19
<b>BREVETS</b>	
Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. SNF Inc. (A-479-15, 2017 CAF 225) . . . . .	F-1
Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général) (A-51-17, 2017 CAF 241) . . . . .	F-2
<b>Pratique</b>	
Alpha Marathon Technologies Inc. c. Dual Spiral Systems Inc. (T-632-05, 2017 CF 1119) . . . . .	F-13
Bristol-Myers Squibb Canada c. Teva Canada limitée (A-191-16, 2017 CAF 76) . . . . .	380
<b>CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION</b>	
<b>Exclusion et renvoi</b>	
<i>Personnes interdites de territoire</i>	
Abdi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (IMM-5238-16, 2017 CF 950) . . . . .	328
Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) . . . . .	674
<i>Renvoi de résidents permanents</i>	
Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-3411-16, 2017 CF 905) . . . . .	255
<b>Pratique en matière d'immigration</b>	
Bilbili c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM – 2561-17, 2017 CF 1188) . . . . .	F-20
<b>Statut au Canada</b>	
<i>Citoyens</i>	
Thelwell c. Canada (Procureur général) (T-232-17, 2017 CF 872) . . . . .	3
Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (A-394-15, 2017 CAF 132) . . . . .	75

	PAGE
<b>CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin</b>	
<i>Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger</i>	
Abbar c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-2359-17, 2017 CF 1101) .....	538
Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (IMM – 2977-17, 2017 CF 1131) .....	F-20
<i>Résidents permanents</i>	
Malikaimu c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (IMM-4072-16, 2017 CF 1026) .....	512
Yuris c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-1273-17, 2017 CF 981) .....	363
<b>COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE</b>	
Boulerice c. Canada (Procureur général) (T-1526-14, T-1539-14, T-1935-14, T-304-15, 2017 CF 942) .....	F-2
<b>CONCURRENCE</b>	
Administration de l'aéroport de Vancouver c. Commissaire de la concurrence .....	633
Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence) (A-174-16, 2017 CAF 236) .....	563
<b>COURONNE</b>	
<b>Contrats</b>	
Canada (procureur eneral) c. Access Information Agency Inc. (A-329-16, 2018 CAF 18) .....	495
<b>DOUANES ET ACCISE</b>	
<b>Loi sur l'accise</b>	
Canada c. Callidus Capital Corporation (A-400-15, 2017 CAF 162) .....	460
<b>Loi sur la taxe d'accise</b>	
Farm Credit Canada c. Canada (A-105-17, 2017 CAF 244) .....	F-15
North Shore Power Group Inc. c. Canada (A-53-17, 2018 CAF 9) .....	F-14
<b>DROIT ADMINISTRATIF</b>	
<b>Contrôle judiciaire</b>	
<i>Norme de contrôle judiciaire</i>	
Canada (procureur eneral) c. Access Information Agency Inc. (A-329-16, 2018 CAF 18) .....	495
Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (A-394-15, 2017 CAF 132) .....	75

**DROIT CONSTITUTIONNEL****Droits ancestraux ou issus de traités**

Onion Lake Cree Nation c. Canada (T-2428-14, 2017 CF 1049) . . . . .	F-3
--	-----

**Charte des droits**

Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-3411-16, 2017 CF 905) . . . . .	255
--	-----

***Fouilles, perquisitions ou saisies abusives***

X (Re) (TRÈS SECRET, CONF-2-17) . . . . .	111
---	-----

***Liberté de circulation et d'établissement***

Thelwell c. Canada (Procureur général) (T-232-17, 2017 CF 872) . . . . .	3
--	---

***Vie, liberté et sécurité***

Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-3411-16, 2017 CF 905) . . . . .	255
--	-----

**Partage des pouvoirs**

Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du nord québécois (CSQ) (A-333-16, 2017 CAF 212) . . . . .	F-4
--	-----

**DROIT D'AUTEUR**

Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence) (A-174-16, 2017 CAF 236) . . . . .	563
--	-----

**DROIT MARITIME****Pratique**

Certains souscripteurs de la Lloyd's c. Mediterranean Shipping Company S.A. . . . .	F-4
---	-----

**ENVIRONNEMENT**

Taseko Mines Limited c. Canada (Environnement) (T-744-14, 2017 CF 1100) . . . . .	F-16
---	------

**FORCES ARMÉES**

Fawcett c. Canada (Procureur général) . . . . .	F-5
---	-----

**GRC**

Calandrini c. Canada (Procureur général) (T-891-16, T-1197-16, 2018 CF 52) . . . . .	F-21
--	------

	PAGE
<b>IMPÔT SUR LE REVENU</b>	
<b>Cotisation et nouvelle cotisation</b>	
Canada (National Revenue) v. ConocoPhillips Canada Resources Corp. (A-66-16, A-73-16, 2017 CAF 243) . . . . .	F-6
<b>Pénalités et intérêts</b>	
Connolly c. Canada (Revenu national) (T-2162-16, 2017 CF 1006) . . . . .	409
<b>JUGES ET TRIBUNAUX</b>	
Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-3411-16, 2017 CF 905) . . . . .	255
<b>JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE</b>	
X (Re) (TRÈS SECRET, CONF-2-17) . . . . .	111
<b>MARQUES DE COMMERCE</b>	
<b>Enregistrement</b>	
Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. c. 1161396 Ontario Inc. (T-416- 16, 2017 CF 806) . . . . .	26
<b>Pratique</b>	
McDowell c. Automatic Princess Holdings, LLC (A-422-15, 2017 CAF 126) . . . . .	445
<b>PÉNITENCIERS</b>	
Guérin c. Canada (Procureur général) (T-1892-14, T-756-14, T-2101-14, T-2137-14, T-2222-14, T-144-16, 2018 CF 94) . . . . .	F-22
<b>PENSIONS</b>	
Garshowitz c. Canada (Procureur général) (A-429-16, 2017 CAF 251) . . . . .	F-17
<b>PEUPLES AUTOCHTONES</b>	
<b>Élections</b>	
Henry c. Première nation Anishinabe de Roseau River (T-199-15, 2017 CF 1038) . . . . .	F-6
<b>Terres</b>	
Enge c. Canada (Affaires indiennes et Développement du Nord) (T-1427-15, 2017 CF 932) . . . . .	F-7

**PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS****Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques**

Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence) (A-174-16, 2017 CAF 236) .....	563
---	-----

**PRATIQUE**

Canada (Procureur général) c. Whaling (A-46-17, 2018 CAF 38) .....	F-23
--	------

**Frais et Dépens**

Voltage Pictures, LLC c. Salna (A-39-17, 2017 CAF 221) .....	F-23
--	------

**Recours Collectifs**

Dennis c. Canada (T-356-12, 2017 CF 1011) .....	F-9
---	-----

**Preuve**

Boily c. Canada (T-541-10, 2017 CF 1021) .....	F-10
--	------

**RADIOCOMMUNICATIONS**

X (Re) (TRÈS SECRET, CONF-2-17) .....	111
---------------------------------------	-----

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Tokmakjian Inc. c. Achorn .....	F-10
---------------------------------	------

**RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ**

X (Re) (TRÈS SECRET, CONF-2-17) .....	111
X (Re) (TRÈS SECRET, CONF-3-17) .....	212



**TABLE  
OF CASES DIGESTED  
IN THIS VOLUME**

	PAGE
<b>A</b>	
Achorn (F.C.), Tokmakjian Inc. v. ....	D-5
Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . .	D-8
Alpha Marathon Technologies Inc. v. Dual Spiral Systems Inc. (F.C.) . . . . .	D-13
Association of Employees of Northern Quebec (CSQ) (F.C.A.), Innu Matimekush- Lac John Nation Council v. ....	D-4
<b>B</b>	
Bilbili v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) . . . . .	D-16
Boily v. Canada (F.C.) . . . . .	D-9
Boulerice v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . .	D-4
<b>C</b>	
Calandrini v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . .	D-19
Canada (F.C.), Boily v. . . . .	D-9
Canada (F.C.), Dennis v. . . . .	D-8
Canada (F.C.A.), Farm Credit Canada v. . . . .	D-11
Canada (F.C.A.), North Shore Power Group Inc. v. . . . .	D-12
Canada (F.C.), Onion Lake Cree Nation v. . . . .	D-3
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Alexion Pharmaceuticals Inc. v. . . . .	D-8
Canada (Attorney General) (F.C.), Boulerice v. . . . .	D-4
Canada (Attorney General) (F.C.), Calandrini v. . . . .	D-19
Canada (Attorney General) (F.C.), Fawcett v. . . . .	D-3
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Garshowitz v. . . . .	D-14
Canada (Attorney General) (F.C.), Gu�erin v. . . . .	D-17
Canada (Attorney General) (F.C.A.) v. Whaling . . . . .	D-18
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Bilbili v. . . . .	D-16
Canada (Environment) (F.C.), Taseko Mines Limited v. . . . .	D-12
Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.), Canadian Council for Refugees v. . . . .	D-16
Canada (Indian Affairs and Northern Development) (F.C.), Enge v. . . . .	D-1
Canada (National Revenue) v. ConocoPhillips Canada Resources Corp.(F.C.A.) . . .	D-5
Canada-Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board (F.C.A.), Husky Oil Operations Limited v. . . . .	D-15
Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.) . . . . .	D-16
Certain Underwriters at Lloyd’s v. Mediterranean Shipping Company S.A. (F.C.) . . .	D-6

	PAGE
Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. SNF Inc. (F.C.A.) . . . . .	D-7
ConocoPhillips Canada Resources Corp. (F.C.A.), Canada (National Revenue) v. . . . .	D-5
<b>D</b>	
Dennis v. Canada (F.C.) . . . . .	D-8
Dual Spiral Systems Inc. (F.C.), Alpha Marathon Technologies Inc. v. . . . .	D-13
<b>E</b>	
Enge v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) (F.C.) . . . . .	D-1
<b>F</b>	
Farm Credit Canada v. Canada (F.C.A.) . . . . .	D-11
Fawcett v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . .	D-3
<b>G</b>	
Garshowitz v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . .	D-14
Guérin v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . .	D-17
<b>H</b>	
Henry v. Roseau River Anishinabe First Nation Government (F.C.) . . . . .	D-1
Husky Oil Operations Limited v. Canada-Newfoundland and Labrador Offshore Petroleum Board (F.C.A.) . . . . .	D-15
<b>I</b>	
Innu Matimekush-Lac John Nation Council v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ) (F.C.A.) . . . . .	D-4
<b>M</b>	
Mediterranean Shipping Company S.A. (F.C.), Certain Underwriters at Lloyd's v. . . . .	D-6
<b>N</b>	
North Shore Power Group Inc. v. Canada (F.C.A.) . . . . .	D-12
<b>O</b>	
Onion Lake Cree Nation v. Canada (F.C.) . . . . .	D-3
<b>R</b>	
Roseau River Anishinabe First Nation Government (F.C.), Henry v. . . . .	D-1
<b>S</b>	
Salna (F.C.A.), Voltage Pictures, LLC v. . . . .	D-18
SNF Inc. (F.C.A.), Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. . . . .	D-7

TABLE OF CASES DIGESTED IN THIS VOLUME

xxxvii

PAGE

**T**

Taseko Mines Limited v. Canada (Environment) (F.C.) . . . . .	D-12
Tokmakjian Inc. v. Achorn (F.C.) . . . . .	D-5

**V**

Voltage Pictures, LLC v. Salna (F.C.A.) . . . . .	D-18
---	------

**W**

Whaling, Canada (Attorney General) (F.C.A.) v. . . . .	D-18
--	------



**TABLE**  
**DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES**  
**DANS CE VOLUME**

	PAGE
<b>A</b>	
Achorn (C.F.) Tokmakjian Inc. c. . . . .	F-10
Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . . .	F-4
Alpha Marathon Technologies Inc. c. Dual Spiral Systems Inc. . . . .	F-13
Association des employés du nord québécois (CSQ) (C.A.F.), Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. . . . .	F-2
<b>B</b>	
Bilbili c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) . . . . .	F-20
Boily c. Canada (C.F.) . . . . .	F-9
Boulerice c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . .	F-2
<b>C</b>	
Calandrini c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . .	F-21
Canada (C.F.), Boily c. . . . .	F-9
Canada (C.F.), Dennis c. . . . .	F-9
Canada (C.A.F.), Financement Agricole Canada c. . . . .	F-15
Canada (C.A.F.), North Shore Power Group Inc. c. . . . .	F-14
Canada (C.F.), Onion Lake Cree Nation c. . . . .	F-3
Canada (Affaires indiennes et Développement du Nord) (C.F.), Enge c. . . . .	F-7
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Bilbili c. . . . .	F-20
Canada (Environnement) (C.F.), Taseko Mines Limited c. . . . .	F-16
Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.F.), Conseil canadien pour les réfugiés c. . . . .	F-20
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Alexion Pharmaceuticals Inc. c. . . . .	F-2
Canada (Procureur général) (C.F.), Boulerice c. . . . .	F-2
Canada (Procureur général) (C.F.), Calandrini c. . . . .	F-21
Canada (Procureur general) (C.F.), Fawcett c. . . . .	F-5
Canada (Procureur général) (C.F.), Garshowitz c. . . . .	F-17
Canada (Procureur général) (C.F.), Guérin c. . . . .	F-22
Canada (Procureur général) (C.A.F.) c. Whaling . . . . .	F-23
Canada (Revenu national) c. ConocoPhillips Canada Resources Corp. (C.A.F.) . . . . .	F-6
Certains souscripteurs de la Lloyd's c. Mediterranean Shipping Company S.A. (C.F.) . . . . .	F-4
Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. SNF Inc. (C.A.F.) . . . . .	F-1
ConocoPhillips Canada Resources Corp. (C.A.F.), Canada (Revenu national) c. . . . .	F-6

	PAGE
Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.F.) .....	F-20
Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du nord québécois (CSQ) (F.C.A.) .....	F-4
<b>D</b>	
Dennis c. Canada (C.F.) .....	F-9
Dual Spiral Systems Inc. (C.F.), Alpha Marathon Technologies Inc. c. ....	F-13
<b>E</b>	
Enge c. Canada (Affaires indiennes et Développement du Nord), (C.F.) .....	F-7
<b>F</b>	
Fawcett c. Canada (Procureur general) (C.F.) .....	F-5
Financement Agricole Canada c. Canada (C.A.F.) .....	F-15
<b>G</b>	
Garshowitz c. Canada (Procureur général) (C.F.) .....	F-17
Guérin c. Canada (Procureur général) (C.F.) .....	F-22
<b>H</b>	
Henry c. Première nation Anishinabe de Roseau River (C.F.) .....	F-6
Husky Oil Operations Limited c. Office Canada-Terre-Neuve-et-Labrador des hydrocarbures extracôtiers (C.A.F.) .....	F-19
<b>M</b>	
Mediterranean Shipping Company S.A. (C.F.), Certains souscripteurs de la Lloyd's c. ....	F-4
<b>N</b>	
North Shore Power Group Inc. c. Canada (C.A.F.) .....	F-14
<b>O</b>	
Office Canada-Terre-Neuve-et-Labrador des hydrocarbures extracôtiers (C.A.F.), Husky Oil Operations Limited c. ....	F-19
Onion Lake Cree Nation c. Canada (C.F.) .....	F-3
<b>P</b>	
Première nation Anishinabe de Roseau River (C.F.), Henry c. ....	F-6
<b>S</b>	
Salna (C.A.F.), Voltage Pictures, LLC c. ....	F-23
SNF Inc. (C.A.F.), Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. ....	F-1

**T**

Taseko Mines Limited c. Canada (Environnement) (C.F.) . . . . .	F-16
Tokmakjian Inc. c. Achorn (C.F.) . . . . .	F-10

**V**

Voltage Pictures, LLC c. Salna (C.A.F.) . . . . .	F-23
---	------

**W**

Whaling, Canada (Procureur général) (C.A.F.) c. . . . .	F-23
---	------



## CASES CITED

	PAGE
<i>3500772 Canada Inc. v. Canada (National Revenue)</i> , 2008 FC 554, 43 C.B.R. (5th) 1 . . . . .	409
<i>A.B. v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2012 FC 1140, 270 C.P.R. (2d) 1 . . . . .	512
<i>Abdi v. Canada (Attorney General)</i> , 2012 FC 642, [2012] F.C.J. No. 945 (QL) . . .	3
<i>Afanasyev v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 737, 372 F.T.R. 273. . . . .	512
<i>Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 . . . . .	75, 380, 445
<i>Ainsley Financial Corp. v. Ontario (Securities Commission)</i> , [1994] O.J. No. 2966 (QL), (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.) . . . . .	409
<i>Akuffo v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 1063, 86 Admin. L.R. (5th) 112. . . . .	538
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association</i> , 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 . . . . .	75, 495
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary</i> , 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555. . . . .	633
<i>Al-Ghamdi v. Canada (Foreign Affairs and International Trade)</i> , 2007 FC 559, 314 F.T.R. 1 . . . . .	75
<i>Allen v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FC 213, 476 F.T.R. 116. . . . .	3
<i>Allergan Inc. v. Canada (Health)</i> , 2012 FC 767, 103 C.P.R. (4th) 155. . . . .	380
<i>Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114 . . .	512
<i>Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.</i> , [2007] EWCA Civ. 5 (BAILII), [2007] R.P.C. 20, revd on other grounds, [2008] UKHL 49, [2008] R.P.C. 28 . . . . .	380
<i>Apotex Inc. v. Allergan Inc.</i> , 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371. . . . .	26, 512
<i>Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc.</i> , 2016 FCA 267, [2017] 3 F.C.R. 145, 142 C.P.R. (4th) 171. . . . .	380
<i>Apotex Inc. v. Merck &amp; Co., Inc.</i> , 2011 FCA 364, 430 N.R. 74 . . . . .	75
<i>Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis</i> , 2013 FCA 186, [2015] 2 F.C.R. 644 . . . . .	380
<i>Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.</i> , 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 (distinguished as to facts) . . . . .	380
<i>Aryaie v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 469 . . . . .	512
<i>Attaran v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FCA 37, 467 N.R. 335. . . . .	75
<i>Atwal v. Canada</i> , [1988] 1 F.C. 107, (1987), 28 Admin. L.R. 92 (C.A.) . . . . .	212
<i>B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704 . . . . .	75, 255
<i>Bahniuk v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FCA 127, 484 N.R. 10 . . . . .	75
<i>Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193. . . . .	512, 633
<i>Bank of Nova Scotia v. Huronia Precision Plastics Inc.</i> (2009), 50 C.B.R. (5th) 58, 2009 CanLII 2319 (Ont. S.C.J.—Commercial List) . . . . .	460

	PAGE
<i>Baron v. Canada</i> , [1993] 1 S.C.R. 416, (1993), 99 D.L.R. (4th) 350 . . . . .	212
<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884 . . . . .	633
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex</i> , 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 . . . . .	75, 633
<i>Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy</i> , (1986), 64 N.R. 287, 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.) . . . . .	380
<i>Benhaim v. St-Germain</i> , 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352 . . . . .	563
<i>Bergeron v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1 . . . . .	75
<i>Biletsky v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 CanLII 91413 (I.R.B.) . . . . .	363
<i>Bisailon v. Keable</i> , [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193 . . . . .	633
<i>Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)</i> , 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 . . . . .	255
<i>Bozzer v. Canada (National Revenue)</i> , 2011 FCA 186, <u>[2013] 1 F.C.R. 242 . . . . .	409
<i>Brace v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2010 FC 582 . . . . .	328
<i>Brar v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FC 763, 460 F.T.R. 248 . . . . .	3
<i>Brar v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2017 FC 820, 390 C.R.R. (2d) 1 . . . . .	255
<i>Brar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 1214, [2016] F.C.J. No. 1241 (QL) . . . . .	255
<i>Brar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 1214 . . . . .	328
<i>Brasstech, Inc. v. Elte Carpets Limited</i> , 2014 TMOB 92, 125 C.P.R. (4th) 41 . . . . .	26
<i>Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)</i> , [1988] 2 S.C.R. 279, (1988), 53 D.L.R. (4th) 609 . . . . .	75
<i>C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)</i> , 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 . . . . .	445
<i>C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation</i> , [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 97 D.L.R. (3d) 417 . . . . .	495
<i>Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada</i> , 2009 SCC 29, [2009] 2 S.C.R. 94 . . . . .	460
<i>Canada v. Kabul Farms Inc.</i> , 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11 . . . . .	75
<i>Canada (Attorney General) v. Bedford</i> , 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 . . . . .	255
<i>Canada (Attorney General) v. National Bank of Canada</i> , 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, [2004] F.C.J. No. 371 (QL) . . . . .	460
<i>Canada (Attorney General) v. Northrop Grumman Overseas Services Corp.</i> , 2008 FCA 187, [2009] 1 F.C.R. 688, affd 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309 . . . . .	495
<i>Canada (Attorney General) v. Shakov</i> , 2017 FCA 250 . . . . .	633
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat</i> , 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 . . . . .	111
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat</i> , 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 . . . . .	633
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa</i> , 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 . . . . .	75, 328
<i>Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.</i> , 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, leave to appeal to S.C.C. refused [2007] 1 S.C.R. vii . . . . .	563
<i>Canada (Commissioner of Competition) v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922 . . . . .	633
<i>Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.</i> , 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185 . . . . .	563, 633
<i>Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada</i> (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, 1993 CanLII 2207 (Comp. Trib.) . . . . .	633
<i>Canada (Director of Investigation and Research) v. Hilldown Holdings (Canada) Ltd.</i> , [1991] F.C.J. No. 1021 (QL) (C.A.) . . . . .	633
<i>Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. D &amp; B Companies of Canada Ltd.</i> (1994), 58 C.P.R. (3d) 353, 176 N.R. 62 (F.C.A.) . . . . .	633

<i>Canada (Director of Investigation and Research, Competition Act) v. NutraSweet Co.</i> (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] C.C.T.D. No. 17 (QL) (Comp. Trib.) . . .	563
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai</i> , 2004 FCA 89, 247 F.T.R. 320. . . . .	363
<i>Canada (Office of the Information Commissioner) v. Calian Ltd.</i> , 2017 FCA 135, 414 D.L.R. (4th) 165 . . . . .	563
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Lunyamila</i> , 2016 FC 289 . . . . .	674
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran</i> , 2015 FCA 237, [2016] 1 F.C.R. 459 . . . . .	328
<i>Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha</i> , 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006 . . . . .	75
<i>Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada</i> , 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 . . . . .	111, 633
<i>Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.</i> , 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615 . . . . .	26
<i>Canadian Doctors for Refugee Care v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FC 651, [2015] 2 F.C.R. 267 . . . . .	255
<i>Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.</i> , 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573 . . . . .	75
<i>Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)</i> , 2015 FCA 1, 466 N.R. 132 . . . . .	75
<i>Canadian Security Intelligence Act (Re)</i> , [1998] 1 F.C. 420, (1997), 10 C.R. (5th) 273 (T.D.). . . . .	212
<i>Canadian Security Intelligence Service Act (Re)</i> , 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477 . . . . .	111
<i>Carey v. Ontario</i> , [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161 . . . . .	633
<i>CarGurus, Inc. v. Trader Corporation</i> , 2017 FCA 181 . . . . .	563
<i>Carter v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331 . . . . .	255
<i>Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)</i> , 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 . . . . .	3, 75
<i>CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada</i> , 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339. . . . .	563
<i>Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379 . . . . .	460
<i>Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 . . . . .	111, 255, 512
<i>Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 . . . . .	111, 212
<i>Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FCA 80, 280 D.L.R. (4th) 736, leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] 1 S.C.R. vii, 2008 CanLII 46983 . . . . .	255
<i>Chavali v. Canada</i> , 2001 FCT 268, 34 Admin. L.R. (3d) 101, affd 2002 FCA 209, 291 N.R. 311 . . . . .	26
<i>Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289. . . . .	255
<i>Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.</i> , 2002 FCA 29, [2002] 3 F.C. 405 . . . . .	26
<i>Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)</i> , [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609 . . . . .	633
<i>CIBA-Geigy Canada Ltd. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)</i> , [1994] 3 F.C. 425, (1994), 55 C.P.R. (3d) 482 (T.D.), affd (1994), 56 C.P.R. (3d) 377, 170 N.R. 360 (F.C.A.) . . . . .	633

	PAGE
<i>Clorox Co. v. Sears Canada Inc.</i> , [1992] 2 F.C. 579, (1992), 41 C.P.R. (3d) 483 (T.D.), affd (1993), 49 C.P.R. (3d) 217 (C.A.) . . . . .	26
<i>Cloutier v. The Queen</i> , [1979] 2 S.C.R. 709, (1979), 99 D.L.R. (3d) 577 . . . . .	26
<i>Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Sélection Milton</i> , [1994] 2 S.C.R. 406, (1994), 115 D.L.R. (4th) 702. . . . .	111
<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2014 FCA 29, 456 N.R. 373, leave to appeal to S.C.C. refused [2014] 2 S.C.R. ix . . . . .	563
<i>Commissioner of Competition v. Canada Pipe Company</i> , 2003 Comp. Trib. 15, 28 C.P.R. (4th) 335 . . . . .	633
<i>Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.</i> , 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535 . . . . .	633
<i>Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited</i> , 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140 . . . . .	633
<i>Commissioner of Competition v. Sears Canada Inc.</i> , 2003 Comp. Trib. 19, [2003] C.C.T.D. No. 16 (QL), 28 C.P.R. (4th) 385 . . . . .	633
<i>Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp &amp; Paper, Ltd.</i> , 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458 . . . . .	75
<i>Community Credit Union Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks)</i> , 2006 FC 1119, 53 C.P.R. (4th) 296. . . . .	26
<i>Conway v. Rimmer</i> , [1968] 1 All E.R. 874 . . . . .	633
<i>Corporation de l'École Polytechnique v. Canada</i> , 2004 FCA 127, [2004] G.S.T.C. 39 . . . . .	409
<i>Corporativo DE Marcas GJB, SA DE CV v. Bacardi &amp; Company</i> , 2014 FC 323, 122 C.P.R. (4th) 389 . . . . .	26
<i>Dairy Processors Association of Canada v. Dairy Farmers of Canada</i> , 2014 FC 1054, 128 C.P.R. (4th) 393 . . . . .	445
<i>Delios v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FCA 117, 472 N.R. 171 . . . . .	75
<i>Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. TrioletSystems Inc.</i> (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 4 S.C.R. v . . . . .	563
<i>Desmond De Hoedt v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 829, 462 F.T.R. 162. . . . .	3
<i>Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. v. Rat Portage Band No. 38B</i> , 2008 FC 812, [2009] 2 F.C.R. 267 . . . . .	26
<i>Dhahbi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 347. . . . .	512
<i>Dias v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FC 64, [2014] 4 F.C.R. 915, 466 N.R. 80, affd 2014 FCA 195, 30 Imm. L.R. (4th) 47, [2014] F.C.J. No. 958 (QL) . . . . .	3
<i>Dimovski v. Canada Revenue Agency</i> , 2011 FC 721, 2011 D.T.C. 5116 . . . . .	409
<i>Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.</i> , 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209 . . . . .	563
<i>Distrimedic Inc. v. Richards Packaging Inc.</i> , 2012 TMOB 199, 108 C.P.R. (4th) 33. . . . .	26
<i>Djossou v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 1080 . . . . .	538
<i>Doré v. Barreau du Québec</i> , 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395. . . . .	3, 255
<i>Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia</i> , 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226 . . . . .	445
<i>Dunsmuir v. New Brunswick</i> , 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 . . . . .	3, 26, 75, 409, 445, 495, 538
<i>Edelweiss Food Products Inc. v. World's Finest Chocolate Canada Ltd.</i> (2000), 5 C.P.R. (4th) 256, 2000 CanLII 28672 (T.M.O.B.). . . . .	26
<i>Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.</i> , 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 . . . . .	75, 495, 563

	PAGE
<i>Édutile Inc. v. Automobile Protection Assn.</i> , [2000] 4 F.C. 195, (2000), 6 C.P.R. (4th) 211 (C.A.)	563
<i>El Dor v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 1406	512
<i>Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)</i> , 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221	563
<i>Elmi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 773	538
<i>Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678	75
<i>Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, revd on other grounds 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678	674
<i>Farkhondehfall v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 1064, 2 Admin. L.R. (5th) 240	512
<i>Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431	75
<i>First Vancouver Finance v. M.N.R.</i> , 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720	460
<i>Fleet v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 FC 609, 83 C.C.P.B. 54	409
<i>Fontaine v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FC 376, [2016] F.C.J. No. 343 (QL)	3
<i>Gagné v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 FC 778, 371 F.T.R. 150	409
<i>Garbo Group Inc. v. Harriet Brown &amp; Co.</i> (1999), 176 F.T.R. 80, 23 Admin. L.R. (3d) 153 (F.C.T.D.)	26
<i>Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.</i> , 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48	563
<i>Globe and Mail v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592	633
<i>Gomravi v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FC 1044, 441 F.T.R. 28	3
<i>Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250 (also considered on another ground)	111
<i>Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250 (also distinguished on another ground)	111
<i>Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250	212
<i>Graat v. The Queen</i> , [1982] 2 S.C.R. 819, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267	563
<i>Grabowski v. The Queen</i> , [1985] 2 S.C.R. 434, (1985), 22 D.L.R. (4th) 725	212
<i>H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.</i> , [2008] EWCA Civ. 311 (BAILII), [2008] R.P.C. 19	380
<i>Haqi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2014 FC 1246, [2015] 3 F.C.R. 612	26
<i>Harmony Consulting Ltd. v. G.A. Foss Transport Ltd.</i> , 2011 FC 340, 92 C.P.R. (4th) 6, affd 2012 FCA 226, 107 C.P.R. (4th) 1	563
<i>Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia</i> , 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281	633
<i>Heavyside v. Canada</i> (1996), 43 C.B.R. (3d) 128, [1996] F.C.J. No. 1608 (QL) (C.A.)	460
<i>Hernandez Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2012 FCA 324, [2014] 2 F.C.R. 224, affd 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431	255
<i>Housen v. Nikolaisen</i> , 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	460
<i>Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.</i> (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.)	563
<i>Hunter et al. v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 55 A.R. 291	111, 212
<i>Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157, 96 D.L.R. (4th) 527	75

	PAGE
<i>Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157 . . . . .	538
<i>Indigo Books &amp; Music Inc. v. C. &amp; J. Clark International Limited</i> , 2010 FC 859, 86 C.P.R. (4th) 349 . . . . .	445
<i>ING Bank N.V. v. Canpotex Shipping Services Ltd.</i> , 2017 FCA 47. . . . .	563
<i>Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society</i> , [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98. . . . .	563
<i>J.P. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2013 FCA 262, [2014] 4 F.C.R. 371 . . . . .	255
<i>Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85 . . . . .	512
<i>John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.</i> (1990), 30 C.P.R. (3d) 293, 36 F.T.R. 70 (F.C.T.D.) . . . . .	26
<i>Kamel v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FCA 103, 448 N.R. 217, [2013] F.C.J. No. 402 (QL) . . . . .	3
<i>Kamel v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 2 S.C.R. vii . . . . .	3
<i>Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia</i> , [1980] 1 S.C.R. 1105, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311 . . . . .	633
<i>Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 . . . . .	75
<i>Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423 . . . . .	512
<i>Kapil v. Canada Revenue Agency</i> , 2011 FC 1373, [2012] 3 C.T.C. 1. . . . .	409
<i>Karakachian v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 948, 364 F.T.R. 1. . . . .	512
<i>Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2001 FCA 345, [2002] 2 F.C. 413. . . . .	512
<i>Kharrat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 842. . . . .	328
<i>Krivicky v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FC 1236, [2013] F.C.J. No. 1335 (QL) . . . . .	3
<i>Kurukkal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 695, [2010] 3 F.C.R. 195, 347 F.T.R. 60, affd 2010 FCA 230, 324 D.L.R. (4th) 292, [2010] F.C.J. No. 1159 (QL) . . . . .	3
<i>Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211 . . . . .	674
<i>Latifi v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FC 939, [2013] F.C.J. No. 975 (QL). . . . .	3
<i>Lavallee, Rackel &amp; Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer &amp; Baker v. Canada (Attorney General)</i> . . . . .	633
<i>Law Society of Upper Canada v. Savone</i> , 2015 ONLSTA 26 (CanLII), affd 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. No. 2988 (QL) . . . . .	633
<i>Leahy v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2012 FCA 227, [2014] 1 F.C.R. 766 . . . . .	75
<i>Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.</i> , 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23 . . . . .	563
<i>Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229 . . . . .	674
<i>Liang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2017 FC 287 . . . . .	363
<i>Lipskaia v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FC 526, [2016] F.C.J. No. 489 (QL) . . . . .	3
<i>Liu v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 831 . . . . .	538

<i>Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada</i> , 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521 .....	633
<i>Loyola High School v. Quebec (Attorney General)</i> , 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613 .....	3
<i>Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2017 FCA 157, 387 C.R.R. (2d) 1 .....	111
<i>Mahjoub (Re)</i> , 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1 .....	111
<i>Maldonado v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1980] 2 F.C. 302 (C.A.) .....	538
<i>Malkine v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 496, 344 F.T.R. 307 .....	512
<i>MAPA GmbH v. 2956-2691 Quebec Inc.</i> , 2013 TMOB 22, 111 C.P.R. (4th) 281 .....	26
<i>Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)</i> , [1994] O.J. No. 484 (QL) (Gen. Div.) .....	633
<i>Mattel Inc. v. 3894207 Canada Inc.</i> , 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772 .....	26
<i>Mazhandu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 663, 49 Imm. L.R. (3d) 77 .....	363
<i>Mbala v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FC 107, 447 F.T.R. 121 .....	3
<i>McCabe v. Yamamoto &amp; Co (America) Inc.</i> , [1989] 3 F.C. 290, 1989 CarswellNat 500 (WLNext Can) (T.D.) .....	26
<i>McDonald's Corp. v. Coffee Hut Stores Ltd.</i> (1994), 55 C.P.R. (3d) 463, 76 F.T.R. 281 (F.C.T.D.) .....	445
<i>McLean v. British Columbia (Securities Commission)</i> , 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 .....	75, 445, 495
<i>McNamee v. The Queen</i> , 2009 TCC 630, 2010 D.T.C. 1033 .....	409
<i>Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539 .....	255
<i>Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354 .....	328
<i>Mikhail v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FC 724, 435 F.T.R. 235 .....	3
<i>Miller v. Canada (Attorney General)</i> , 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 .....	495, 633
<i>Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)</i> , 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6 .....	75
<i>Mission Institution v. Khela</i> , 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 .....	75
<i>Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board</i> , [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1 .....	75
<i>Mohacsi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2003 FCT 429, [2003] 4 F.C. 771 .....	538
<i>Molson Breweries v. John Labatt Ltd.</i> , [2000] 3 F.C. 145, (2000), 5 C.P.R. (4th) 180 (C.A.) .....	26
<i>Morales v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2012 FC 164, [2012] F.C.J. No. 160 (QL) .....	255
<i>Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)</i> , 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 .....	495
<i>Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 178, 485 N.R. 186 .....	674
<i>Nadeau Poultry Farm Limited v. Groupe Westco Inc.</i> , 2011 FCA 188, 419 N.R. 333 .....	563
<i>National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)</i> , [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449 .....	75

	PAGE
<i>Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)</i> , 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 .....	75
<i>Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals</i> , 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616 .....	75
<i>Novell Canada Ltd. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)</i> , [2000] F.C.J. No. 950 (QL) (C.A.) .....	495
<i>Novopharm Limited v. Janssen-Ortho Inc.</i> , 2007 FCA 217, 366 N.R. 290 .....	380
<i>Okhionkpanmwonyi v. Canada (Attorney General)</i> , 2011 FC 1129, [2011] F.C.J. No. 1389 (QL) .....	3
<i>Ontario (Attorney General) v. Fraser</i> , 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3 .....	255
<i>Ontario Dental Assistants Association v. Canadian Dental Association</i> , 2013 FC 266, 109 C.P.R. (4th) 327 .....	26
<i>Parfums Christian Dior v. Lander Co. Canada Ltd.</i> (2000), 6 C.P.R. (4th) 257 ...	26
<i>Parmalat Canada Inc. v. Sysco Corporation</i> , 2008 FC 1104, 69 C.P.R. (4th) 349 .....	445
<i>Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)</i> , 2007 FCA 209, 366 N.R. 347 .....	380
<i>Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited</i> , 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723 .....	563, 633
<i>Pfizer Products Inc. v. Canadian Generic Pharmaceutical Association</i> , 2015 FC 493, 133 C.P.R. (4th) 159 .....	26
<i>Pharmascience Inc. v. Canada (Health)</i> , 2014 FCA 133, 460 N.R. 343 .....	380
<i>Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487 .....	255
<i>Powell v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FC 1120, 262 F.T.R. 47, [2004] F.C.J. No. 1538 (QL), affd 2005 FCA 202, 255 D.L.R. (4th) 59 .....	255
<i>Pozzoli SPA v. BDMO SA</i> , [2007] EWCA Civ. 588 (BAILII), [2007] F.S.R. 37 ...	380
<i>Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)</i> , 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809 .....	633
<i>Proctor &amp; Gamble Pharmaceuticals Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)</i> , 2004 FCA 393, [2005] 2 F.C.R. 269 .....	380
<i>Produits Ménagers Coronet Inc. v. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH</i> (1986), 10 C.P.R. (3d) 482, 5 F.T.R. 184 (F.C.T.D.) .....	26
<i>Pronuptia de Paris v. Pronovias, S.A.</i> , 2007 CanLII 80847, [2007] T.M.O.B. No. 63 (QL) .....	26
<i>Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation</i> , 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883 .....	633
<i>Quebec (Attorney General) v. Guérin</i> , 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, 412 D.L.R. (4th) 103 .....	495
<i>Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny</i> , 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286 .....	460
<i>R. v. A.M.</i> , 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569 (also considered on another ground) .....	111
<i>R. v. A.M.</i> , 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569 (also distinguished on another ground) .....	111
<i>R. v. Arp</i> , [1998] 3 S.C.R. 339, (1998), 166 D.L.R. (4th) 296 .....	26
<i>R. v. Brewster</i> , 2016 ONSC 4133 (CanLII) .....	111
<i>R. v. Chehil</i> , 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 .....	212
<i>R. v. Chehil</i> , 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 (also applied on another ground) .....	111
<i>R. v. Chehil</i> , 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 (also distinguished on another ground) .....	111

	PAGE
<i>R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley</i> , [1994] 3 All E.R. 420 .....	633
<i>R. v. Colarusso</i> , [1994] 1 S.C.R. 20, (1994), 110 D.L.R. (4th) 297 .....	111
<i>R. v. Collins</i> , [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508 .....	111
<i>R. v. D.B.</i> , 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3 .....	328
<i>R. v. Evans</i> , [1996] 1 S.C.R. 8, (1996), 131 D.L.R. (4th) 654 .....	111
<i>R. v. Fink</i> , 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 .....	633
<i>R. v. Génèreux</i> , [1992] 1 S.C.R. 259, (1992), 88 D.L.R. (4th) 110 .....	212
<i>R. v. Gomboc</i> , 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211 .....	111, 212
<i>R. v. Grant</i> , [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.R. 257 .....	111
<i>R. v. Gruenke</i> , [1991] 3 S.C.R. 263, [1991] 6 W.W.R. 673 .....	633
<i>R. v. Hape</i> , 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 .....	75
<i>R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery</i> , [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.) .....	633
<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757 .....	111
<i>R. v. Kang-Brown</i> , 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 (also applied on another ground) .....	111
<i>R. v. Kang-Brown</i> , 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 (also distinguished on another ground) .....	111
<i>R. v. Leipert</i> , [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38 .....	633
<i>R. v. M. (M.R.)</i> , [1998] 3 S.C.R. 393, (1998), 166 D.L.R. (4th) 261 .....	111
<i>R. v. Mann</i> , 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59 .....	111
<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 627, (1990), 68 D.L.R. (4th) 568 .....	111, 409
<i>R. v. Monney</i> , [1999] 1 S.C.R. 652, (1999), 171 D.L.R. (4th) 1 .....	111
<i>R. v. National Post</i> , 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 .....	633
<i>R. v. Noseworthy</i> (1997), 33 O.R. (3d) 641, 116 C.C.C. (3d) 376 (C.A.) .....	212
<i>R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society</i> , [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 114 N.S.R. (2d) 91 .....	111
<i>R. v. Patrick</i> , 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579 .....	111
<i>R. v. Plant</i> , [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 145 A.R. 104 (also applied on another ground) .....	111
<i>R. v. Plant</i> , [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 145 A.R. 104 (also distinguished on another ground) .....	111
<i>R. v. Poirier</i> , 2016 ONCA 582 (CanLII), [2016] O.J. No. 3873 (QL) .....	212
<i>R. v. Rodgers</i> , 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554 .....	111, 212
<i>R. v. Simmons</i> , [1988] 2 S.C.R. 495, (1988), 55 D.L.R. (4th) 673 .....	111
<i>R. v. Smith (Edward Dewey)</i> , [1987] 1 S.C.R. 1045, (1987), 40 D.L.R. (4th) 435 .....	255
<i>R. v. Spencer</i> , 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 .....	111, 212
<i>R. v. Tessling</i> , 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 (also applied on another ground) .....	111
<i>R. v. TELUS Communications Co.</i> , 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3 .....	212
<i>R. v. Tessling</i> , 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 (also distinguished on another ground) .....	111
<i>R. v. Thompson</i> , [1990] 2 S.C.R. 1111, (1990), 73 D.L.R. (4th) 596 .....	212
<i>R. v. Tse</i> , 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531 .....	111
<i>R. v. Wholesale Travel Group Inc.</i> , [1991] 3 S.C.R. 154, (1991), 84 D.L.R. (4th) 161 .....	111
<i>Ratt v. Matchewan</i> , 2010 FC 160, <i>sub nom. Elders of Mitchikinabikok Inik (Algonquin of Barriere Lake) v. Algonquins of Barriere Lake Customary Council</i> , 2010 CarswellNat 2754 (WLNext Can) .....	26
<i>Re Fauth</i> , 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3 .....	633

	PAGE
<i>Red Label Vacations Inc. (redtag.ca) v. 411 Travel Buys Ltd. (411travelbuys.ca)</i> , 2015 FC 18, 473 F.T.R. 38. . . . .	563
<i>Redeemer Foundation v. M.N.R.</i> , 2006 FCA 325, [2007] 3 F.C.R. 40, affd 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643. . . . .	409
<i>Redsand, Inc. v. Dylex Limited</i> (1997), 74 C.P.R. (3d) 373, 1997 CanLII 16698 (F.C.T.D.). . . . .	26
<i>Rizzo &amp; Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193. . . . .	75, 633
<i>Rizzo &amp; Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418. . . . .	26, 363, 495
<i>Rizzo &amp; Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, [1998] S.C.J. No. 2 (QL). . . . .	460
<i>Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)</i> , [1993] 3 S.C.R. 519, (1993), 107 D.L.R. (4th) 342. . . . .	255
<i>Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada</i> , 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283. . . . .	26
<i>Romans v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2001 FCT 466, 86 C.R.R. (2d) 139, [2001] F.C.J. No. 740 (QL), affd 2001 FCA 272, 17 Imm. L.R. (3d) 34, [2001] F.C.J. No. 1416 (QL). . . . .	255
<i>Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.</i> , [1997] 1 S.C.R. 411, (1997), 143 D.L.R. (4th) 385. . . . .	460
<i>Royal Bank of Canada v. Trang</i> , 2016 SCC 50, [2016] 2 S.C.R. 412. . . . .	563
<i>Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking &amp; Leasing Ltd.</i> , [1992] 2 W.W.R. 641 (Man. C.A.). . . . .	460
<i>Ruby v. Canada (Solicitor General)</i> , 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3. . . . .	111
<i>Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1995] 1 F.C. 214, (1994), 85 F.T.R. 99 (T.D.). . . . .	674
<i>Saint-Vil v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FC 48, 446 F.T.R. 79, <i>sub nom.</i> <i>Eastwood v. Canada</i> . . . . .	3
<i>SanDisk Corporation v. UC Mobile Co.</i> , 2016 TMOB 148. . . . .	26
<i>Sathasivam v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FC 419, 431 F.T.R. 261. . . . .	3
<i>Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.</i> , 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633. . . . .	563
<i>Savunthararasa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FCA 51, <i>sub nom. Peter v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , [2017] 1 F.C.R. 318. . . . .	255
<i>Seven-up Canada Co. v. Caribbean Ice Cream Company Ltd.</i> , 2007 CanLII 80903 (T.M.O.B.). . . . .	26
<i>Shamblau v. Ontario (Securities Commission)</i> (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. No. 4089 (QL) (Div. Ct.). . . . .	633
<i>Sharma v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492. . . . .	328
<i>Sheriff v. Canada (Attorney General)</i> , 2006 FCA 139, [2007] 1 F.C.R. 3. . . . .	633
<i>Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)</i> (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Div. Ct.). . . . .	633
<i>Silden v. Canada (Minister of National Revenue)</i> (1990), 90 D.T.C. 6576, 2 C.T.C. 533 (F.C.T.D.). . . . .	409
<i>Siliya v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 120. . . . .	538
<i>Simmonds v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FC 967, 439 F.T.R. 206. . . . .	3
<i>Singh v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422. . . . .	255
<i>Siska v. Passport Canada</i> , 2014 FC 298, [2014] F.C.J. No. 326 (QL). . . . .	3

<i>Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198. . . . .	328
<i>Sky Solar Holdings Co., Ltd. v. Skypower Global</i> , 2014 TMOB 262, 139 C.P.R. (4th) 363. . . . .	26
<i>Slaeman v. Canada (Attorney General)</i> , 2012 FC 641, 412 F.T.R. 103 . . . . .	3
<i>Slansky v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 . . . . .	633
<i>Spin Master Ltd. v. George &amp; Company, LLC</i> , 2015 TMOB 159. . . . .	26
<i>Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240 . . . . .	255
<i>Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3. . . . .	255
<i>Szचेcka v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1993), 116 D.L.R. (4th) 333, 25 Imm. L.R. (2d) 70 (C.A.). . . . .	445
<i>Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia</i> , 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, 411 D.L.R. (4th) 385 . . . . .	563
<i>Tele-Direct (Publications) Inc. v. American Business Information, Inc.</i> , [1998] 2 F.C. 22 (1997), 154 D.L.R. (4th) 328 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1998] 1 S.C.R. xv. . . . .	563
<i>Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)</i> , 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161 . . . . .	495, 563, 633
<i>Tervita Corporation v. Canada (Commissioner of Competition)</i> , 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352 (as to standard of review) . . . . .	563
<i>Teva Canada Ltd. v. Novartis Pharmaceuticals Canada Inc.</i> , 2013 FCA 244, 451 N.R. 246. . . . .	380
<i>The Commissioner of Competition v. Air Canada</i> , 2012 Comp. Trib. 21 . . . . .	633
<i>The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board</i> , 2013 Comp. Trib. 9, 2013 CACT 9 (CanLII). . . . .	563
<i>Thelwell v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FC 1304, 46 Imm. L.R. (4th) 43 . . .	3
<i>Thompson v. Chiropractors' Assn. of Saskatchewan</i> , [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (Sask. Q.B.). . . . .	633
<i>Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)</i> , [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161. . . . .	111
<i>Toronto Dominion Bank v. Canada</i> , 2010 FCA 174, [2012] 1 F.C.R. 197, 325 D.L.R. (4th) 174, affd 2012 SCC 1, [2012] 1 S.C.R. 3 . . . . .	460
<i>Torre v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 48, [2016] F.C.J. No. 162 (QL), affg 2015 FC 591, [2015] F.C.J. No. 601 (QL) . . . . .	255
<i>Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289 . . . . .	363
<i>Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)</i> , 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513 . . . . .	633
<i>Tretsetsang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 175, [2017] 3 F.C.R. 399, 398 D.L.R. (4th) 685 . . . . .	674
<i>Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FCA 128 . . . . .	75
<i>Tursunbayev v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2014 FC 5, 21 Imm. L.R. (4th) 302 . . . . .	674
<i>Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129 . . . . .	674
<i>Villamil v. Canada (Attorney General)</i> , 2013 FC 686, 435 F.T.R. 88. . . . .	3
<i>Wakeling v. United States of America</i> , 2014 SCC 72, [2014] 3 S.C.R. 549 . . . . .	111
<i>Walchuk v. Canada (Justice)</i> , 2015 FCA 85, 91 Admin. L.R. (5th) 185. . . . .	75

	PAGE
<i>Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.</i> , 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459. . . . .	380
<i>WIC Radio Ltd. v. Simpson</i> , 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420 . . . . .	563
<i>Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.</i> , 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770. . . . .	75
<i>Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.</i> , [1985] R.P.C. 59 (C.A.) . . . . .	380
<i>Wong v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FC 152, [2017] F.C.J. No. 177 (QL) . . .	3
<i>Wordex Incorporated v. Wordex</i> , [1983] 2 F.C. 570, (1983), 70 C.P.R. (2d) 28 (T.D.) . . . . .	26
<i>Worldwide Diamond Trademarks Limited v. Canadian Jewellers Association</i> , 2010 FC 309, [2011] 3 F.C.R. 120, affd 2010 FCA 326, 91 C.P.R. (4th) 187 . . . . .	26
<i>Wu v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 CanLII 94545 (I.R.B.) . . . . .	363
<i>X (Re)</i> , 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 . . . . .	111, 212
<i>Yadav v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 140, 8 Admin. L.R. (5th) 86. . . . .	512
<i>Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290 . . . . .	363

## JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>3500772 Canada Inc. c. Canada (Revenu national)</i> , 2008 CF 554 .....	409
<i>A.B. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CF 1140 .....	512
<i>Abdi c. Canada (Procureur général)</i> , 2012 CF 642, [2012] A.C.F. n° 945 (QL) ...	3
<i>Afanasyev c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 737 .....	512
<i>Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 .....	75, 380, 445
<i>Ainsley Financial Corp. v. Ontario (Securities Commission)</i> , [1994] O.J. No. 2966 (QL), (1994), 21 O.R. (3d) 104 (C.A.) .....	409
<i>Akuffo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 1063 .....	538
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association</i> , 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 .....	75, 495
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary</i> , 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555. ....	633
<i>Al-Ghamdi c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international)</i> , 2007 CF 559 .....	75
<i>Allen c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CF 213. ....	3
<i>Allergan Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2012 CF 767. ....	380
<i>Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 952. ....	512
<i>Angiotech Pharmaceuticals Inc. v. Conor Medsystems Inc.</i> , [2007] EWCA Civ. 5 (BAILII), [2007] R.P.C. 20, inf. pour d'autres motifs par [2008] UKHL 49, [2008] R.P.C. 28. ....	380
<i>Apotex Inc. c. Allergan Inc.</i> , 2012 CAF 308. ....	26, 512
<i>Apotex Inc. c. Merck &amp; Co., Inc.</i> , 2011 CAF 364. ....	75
<i>Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.</i> , 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 (décision différenciée quant aux faits). ....	380
<i>Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis</i> , 2013 CAF 186, [2015] 2 R.C.F. 644. ....	380
<i>Apotex Inc. c. Eli Lilly Canada Inc.</i> , 2016 CAF 267, [2017] 3 R.C.F. 145. ....	380
<i>Aryaie c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 469 .....	512
<i>Attaran c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CAF 37 .....	75
<i>Atwal c. Canada</i> , [1988] 1 C.F. 107 (C.A.) .....	212
<i>B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704 .....	75, 255
<i>Bahniuk c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CAF 127. ....	75
<i>Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1999] 2 R.C.S. 817 .....	512, 633
<i>Bank of Nova Scotia v. Huronia Precision Plastics Inc.</i> (2009), 50 C.B.R. (5th) 58, 2009 CanLII 2319 (C.S.J. Ont.—rôle commercial). ....	460
<i>Banque royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.</i> , [1997] 1 R.C.S. 411 .....	460
<i>Banque Royale du Canada c. Trang</i> , 2016 CSC 50, [2016] 2 R.C.S. 412 .....	563
<i>Banque Toronto-Dominion c. Canada</i> , 2010 CAF 174, [2012] 1 R.C.F. 197, conf. par 2012 CSC 1, [2012] 1 R.C.S. 3 .....	460
<i>Baron c. Canada</i> , [1993] 1 R.C.S. 416. ....	212

	PAGE
<i>Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone</i> , 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884 . . . . .	633
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex</i> , 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 . . . . .	75, 633
<i>Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy</i> , [1986] A.C.F. n° 87 (QL) (C.A.) . . . . .	380
<i>Benhaim c. St-Germain</i> , 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352 . . . . .	563
<i>Bergeron c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CAF 160 . . . . .	75
<i>Biletsky c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CanLII 91413 (C.I.S.R.) . . . . .	363
<i>Bisailon c. Keable</i> , [1983] 2 R.C.S. 60 . . . . .	633
<i>Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)</i> , 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 . . . . .	255
<i>Bozzer c. Canada (Revenu national)</i> , 2011 CAF 186, [2013] 1 R.C.F. 242 . . . . .	409
<i>Brace c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2010 CF 582 . . . . .	328
<i>Brar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2017 CF 820 . . . . .	255
<i>Brar c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CF 763 . . . . .	3
<i>Brar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 1214, [2016] A.C.F. n° 1241 (QL) . . . . .	255
<i>Brar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 1214 . . . . .	328
<i>Brasserie Molson c. John Labatt Ltée</i> , [2000] 3 C.F. 145 (C.A.) . . . . .	26
<i>Brasstech, Inc. c. Elte Carpets Limited</i> , 2014 COMC 92 . . . . .	26
<i>Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)</i> , [1988] 2 R.C.S. 279 . . . . .	75
<i>C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)</i> , 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332 . . . . .	445
<i>Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada</i> , 2009 CSC 29, [2009] 2 R.C.S. 94 . . . . .	460
<i>Canada c. Kabul Farms Inc.</i> , 2016 CAF 143 . . . . .	75
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa</i> , 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 . . . . .	75, 328
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat</i> , 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 . . . . .	111, 633
<i>Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.</i> , 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185 . . . . .	563, 633
<i>Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée</i> , 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2007] 1 R.C.S. vii . . . . .	563
<i>Canada (Commissariat à l'information) c. Calian Ltd.</i> , 2017 CAF 135 . . . . .	563
<i>Canada (Commissioner of Competition) v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5386 (CanLII), 23 A.C.W.S. (3d) 922 . . . . .	633
<i>Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Loi sur la concurrence) c. D &amp; B Companies of Canada Ltd.</i> , [1994] A.C.F. n° 1643 (QL) (C.A.) . . . . .	633
<i>Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. NutraSweet Co.</i> (1990), 32 C.P.R. (3d) 1, [1990] D.T.C.C. n° 17 (QL) (Trib. conc.) . . . . .	563
<i>Canada (Directeurs des enquêtes et recherches) c. Hillstown Holdings (Canada) Ltd.</i> , [1991] A.C.F. n° 1021 (QL) (C.A.) . . . . .	633
<i>Canada (Director of Investigation and Research) v. Air Canada</i> (1993), 46 C.P.R. (3d) 312, 1993 CanLII 2207 (Trib. conc.) . . . . .	633
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai</i> , 2004 CAF 89 . . . . .	363
<i>Canada (Procureur général) c. Bedford</i> , 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 . . . . .	255
<i>Canada (Procureur général) c. Northrop Grumman Overseas Services Corp.</i> , 2008 CAF 187, [2009] 1 R.C.F. 688 conf. par 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309 . . . . .	495

<i>Canada (Procureur général) c. Shakov</i> , 2017 CAF 250 . . . . .	633
<i>Canada (Procureure générale) c. Banque Nationale du Canada</i> , 2004 CAF 92, [2004] A.C.F. n° 371 (QL) . . . . .	460
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Lunyamila</i> , 2016 CF 289 . . . . .	674
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran</i> , 2015 CAF 237, [2016] 1 R.C.F. 459 . . . . .	328
<i>Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha</i> , 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006 . . . . .	75
<i>Carey c. Ontario</i> , [1986] 2 R.C.S. 637 . . . . .	633
<i>CarGurus, Inc. c. Trader Corporation</i> , 2017 CAF 181 . . . . .	563
<i>Carter c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331 . . . . .	255
<i>Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)</i> , 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 . . . . .	3, 75
<i>CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada</i> , 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 . . . . .	563
<i>Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379 . . . . .	460
<i>Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 . . . . .	111, 255, 512
<i>Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 . . . . .	111, 212
<i>Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CAF 80, autorisation de poursuite à la C.S.C. refusée, [2007] 1 R.C.S. vii, 2008 CanLII 46983 . . . . .	255
<i>Chavali c. Canada</i> , 2001 CFPI 268, conf. par 2002 CAF 209 . . . . .	26
<i>Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1992] 1 R.C.S. 711 . . . . .	255
<i>Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.</i> , 2002 CAF 29, [2002] 3 C.F. 405 . . . . .	26
<i>Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)</i> , [1992] 2 R.C.S. 394 . . . . .	633
<i>CIBA-Geigy Canada Ltée c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)</i> , [1994] 3 C.F. 425 (1 <sup>re</sup> inst.), conf. par [1994] A.C.F. n° 884 (QL) (C.A.) . . . . .	633
<i>Cie pharmaceutique Proctor &amp; Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)</i> , 2004 CAF 393, [2015] 2 R.C.F. 269 . . . . .	380
<i>Clorox Co. c. Sears Canada Inc.</i> , [1992] 2 C.F. 579 (1 <sup>re</sup> inst.), conf. par [1993] A.C.F. n° 508 (QL) (C.A.) . . . . .	26
<i>Cloutier c. La Reine</i> , [1979] 2 R.C.S. 709 . . . . .	26
<i>Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'in- dustrie de la chemise c. Sélection Milton</i> , [1994] 2 S.C.R. 406 . . . . .	111
<i>Commissaire de la concurrence c. Sears Canada Inc.</i> , 2003 Trib. conc. 19 . . . . .	633
<i>Commissaire de la concurrence c. Toronto Real Estate Board</i> , 2014 CAF 29, auto- risation de poursuite à la C.S.C. refusée [2014] 2 R.C.S. ix . . . . .	563
<i>Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée</i> , 2003 Trib. conc. 15 . . . . .	633
<i>Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Ltd.</i> , 2010 ONSC 659 (CanLII), 10 O.R. (3d) 535 . . . . .	633
<i>Commissioner of Competition v. United Grain Growers Limited</i> , 2002 Comp. Trib. 35, 21 C.P.R. (4th) 140 . . . . .	633
<i>Community Credit Union Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)</i> , 2006 CF 1119 . . . . .	26
<i>Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Transport, Infrastructure et Communautés)</i> , 2015 CAF 1 . . . . .	75

	PAGE
<i>Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.</i> , 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573 .....	75
<i>Conway v. Rimmer</i> , [1968] 1 All E.R. 874 .....	633
<i>Corporation de l'école polytechnique c. Canada</i> , 2004 CAF 127 .....	409
<i>Corporativo DE Marcas GJB, SA DE CV c. Bacardi &amp; Company</i> , 2014 CF 323 ...	26
<i>Dairy Processors Association of Canada c. Producteurs laitiers du Canada</i> , 2014 CF 1054 .....	445
DÉCISIONS CITÉES .....	111
<i>Delios c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CAF 117 .....	75
<i>Delrina Corp. (cob Carolian Systems) v. Triolet Systems Inc.</i> (2002), 58 O.R. (3d) 339, 17 C.P.R. (4th) 289, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 4 R.C.S. v .....	563
<i>Desmond De Hoedt c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 829 .....	3
<i>Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. c. Bande de Rat Portage No. 38B</i> , 2008 CF 812, [2009] 2 R.C.F. 267 .....	26
<i>Dhahbi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 CF 347 .....	512
<i>Dias c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CF 64, [2014] 4 R.C.F. 915, conf. par 2014 CAF 195, [2014] A.C.F. n° 958 (QL) .....	3
<i>Dimovski c. Canada Agence du revenu</i> , 2011 CF 721 .....	409
<i>Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.</i> , 2013 CF 1043 .....	563
<i>Distrimedic Inc. c. Richards Packaging Inc.</i> , 2012 COMC 199 .....	26
<i>Djossou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 1080 .....	538
<i>Doré c. Barreau du Québec</i> , 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 .....	3, 255
<i>Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia</i> , 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226 .....	445
<i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i> , 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 .....	3, 26, 75, 409 445, 495, 538
<i>École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)</i> , 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613 .....	3
<i>Edelweiss Food Products Inc. v. World's Finest Chocolate Canada Ltd.</i> (2000), 5 C.P.R. (4th) 256, 2000 CanLII 28672 (C.O.M.C.) .....	26
<i>Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.</i> , 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 .....	75, 495, 563
<i>Édutile Inc. c. Assoc. pour la protection des automobilistes</i> , [2000] 4 C.F. 195 (C.A.) .....	563
<i>El Dor c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 1406 .....	512
<i>Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)</i> , 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221 .....	563
<i>Elmi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2008 CF 773 .....	538
<i>Établissement de Mission c. Khela</i> , 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 .....	75
<i>Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 .....	75
<i>Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, inf. par 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 .....	674
<i>Farkhondehfall c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 CF 1064 .....	512
<i>Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 .....	75
<i>First Vancouver Finance c. M.R.N.</i> , 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720 .....	460
<i>Fleet c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CF 609 .....	409
<i>Fondation Redeemer c. M.R.N.</i> , 2006 CAF 325, [2007] 3 R.C.F. 40, conf. par 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643 .....	409

<i>Fontaine c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CF 376, [2016] A.C.F. n° 343 (QL) .....	3
<i>Gagné c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CF 778 .....	409
<i>Garbo Group Inc. c. Harriet Brown &amp; Co.</i> , 1999 CanLII 8988 (C.F. 1 <sup>re</sup> inst.) .....	26
<i>Geophysical Service Inc. v. Encana Corp.</i> , 2016 ABQB 230, 38 Alta. L.R. (6th) 48. ....	563
<i>Globe and Mail c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592 .....	633
<i>Gomravi c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CF 1044. ....	3
<i>Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 (aussi différenciée pour un autre motif) .....	111
<i>Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 (aussi examinée pour un autre motif) .....	111
<i>Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 .....	212
<i>Graat c. La Reine</i> , [1982] 2 R.C.S. 819 .....	563
<i>Grabowski c. La Reine</i> , [1985] 2 R.C.S. 434 .....	212
<i>H. Lundbeck A/S v. Generics (UK) Ltd.</i> , [2008] EWCA Civ. 311 (BAILII), [2008] R.P.C. 19 .....	380
<i>Haqi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2014 CF 1246, [2015] 3 R.C.F. 612 .....	26
<i>Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.</i> , 2011 CF 340, conf. par 2012 CAF 226 .....	563
<i>Health Services and Support-Facilities Subsector Bargaining Association v. British Columbia</i> , 2002 BCSC 1509, 8 B.C.L.R. (4th) 281 .....	633
<i>Heavyside c. Canada</i> , [1996] A.C.F. n° 1608 (QL) (C.A.) .....	460
<i>Hernandez Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CAF 324, [2014] 2 R.C.F. 224, conf. par 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 .....	255
<i>Housen c. Nikolaisen</i> , 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. ....	460
<i>Hunt (Litigation guardian of) v. Sutton Group Incentive Realty Inc.</i> (2002), 60 O.R. (3d) 665, 215 D.L.R. (4th) 193 (C.A.) .....	563
<i>Hunter et autres c. Southam Inc.</i> , [1984] 2 R.C.S. 145 .....	111, 212
<i>Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157 .....	75, 538
<i>Hypothèques Trustco Canada c. Canada</i> , 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 .....	111, 633
<i>Indigo Books &amp; Music Inc. c. C. &amp; J. Clark International Limited</i> , 2010 CF 859. ...	445
<i>ING Bank N.V. c. Canpotex Shipping Services Ltd.</i> , 2017 CAF 47 .....	563
<i>Investors Compensation Scheme v. West Bromwich Building Society</i> , [1997] UKHL 28, [1998] 1 All E.R. 98. ....	563
<i>J.P. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2013 CAF 262, [2014] 4 R.C.F. 371 .....	255
<i>Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85 .....	512
<i>John Labatt Ltd. c. Molson Companies Ltd.</i> , [1990] A.C.F. n° 533 (QL) (C.F. 1 <sup>re</sup> inst.) .....	26
<i>Kamel c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CAF 103, [2013] A.C.F. n° 402 (QL) .....	3
<i>Kamel c. Canada (Procureur général)</i> , 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 2 R.C.S. vii .....	3
<i>Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.</i> , [1980] 1 R.C.S. 1105. ....	633
<i>Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 .....	75

	PAGE
<i>Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423 .....	512
<i>Kapil c. Canada Agence du revenu</i> , 2011 CF 1373.....	409
<i>Karakachian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 CF 948 .....	512
<i>Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2001 CAF 345, [2002] 2 C.F. 413.....	512
<i>Kharrat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CF 842 .....	328
<i>Krivicky c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CF 1236, [2013] A.C.F. n° 1335 (QL) .....	3
<i>Kurukkal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CF 695, [2010] 3 R.C.F. 195, conf. par 2010 CAF 230, [2010] A.C.F. n° 1159 (QL) .....	3
<i>Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2015 CAF 21.....	674
<i>Latifi c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CF 939, [2013] A.C.F. n° 975 (QL) ...	3
<i>Lavallee, Rackel &amp; Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer &amp; Baker c. Canada (Procureur général)</i> .....	633
<i>Law Society of Upper Canada v. Savone</i> , 2015 ONLSTA 26 (CanLII), conf. par 2016 ONSC 3378 (CanLII), [2016] O.J. n° 2988 (QL) .....	633
<i>Le commissaire de la concurrence c. Le Toronto Real Estate Board</i> , 2013 Trib. conc. 9, 2013 CACT 9 (CanLII) .....	563
<i>Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge</i> , 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23 .....	563
<i>Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229.....	674
<i>Liang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2017 CF 287.....	363
<i>Lipskaia c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CF 526, [2016] A.C.F. n° 489 (QL) .....	3
<i>Liu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CF 831 .....	538
<i>Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada</i> , 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521 .....	633
<i>Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)</i> , [1998] 1 C.F. 420 (1 <sup>re</sup> inst.).....	212
<i>Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)</i> , 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477 .....	111
<i>Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2017 CAF 157 .....	111
<i>Mahjoub (Re)</i> , 2013 CF 1096 .....	111
<i>Maldonado c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</i> , [1980] 2 C.F. 302 (C.A.) .....	538
<i>Malkine c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 CF 496 .....	512
<i>MAPA GmbH c. 2956-2691 Quebec Inc.</i> , 2013 COMC 22. ....	26
<i>Markandey v. Ontario (Board of Ophthalmic Dispensers)</i> , [1994] O.J. No. 484 (QL) (Div. gén.) .....	633
<i>Mattel Inc. c. 3894207 Canada Inc.</i> , 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772.....	26
<i>Mazhandu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 663 .....	363
<i>Mbala c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CF 107.....	3
<i>McCabe c. Yamamoto &amp; Co (America) Inc.</i> , [1989] 3 C.F. 290, 1989 CarswellNat 639 (WLNext Can) (1 <sup>re</sup> inst.) .....	26
<i>McDonald's Corp. c. Coffee Hut Stores Ltd.</i> , [1994] A.C.F. n° 638 (QL) (C.F. 1 <sup>re</sup> inst.) .....	445

<i>McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)</i> , 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 . . . . .	75, 445, 495
<i>McNamee c. La Reine</i> , 2009 CCI 630 . . . . .	409
<i>Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CF 651, [2015] 2 R.C.F. 267 . . . . .	255
<i>Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539 . . . . .	255
<i>Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354 . . . . .	328
<i>Mikhail c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CF 724 . . . . .	3
<i>Miller c. Canada (Procureur général)</i> , 2002 CAF 370 . . . . .	495, 633
<i>Mines Alterte Canada c. Canada (Pêches et Océans)</i> , 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 . . . . .	75
<i>Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers</i> , [1994] 1 R.C.S. 202 . . . . .	75
<i>Mohacsi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2003 CFPI 429, [2003] 4 C.F. 771 . . . . .	538
<i>Morales c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CF 164, [2012] A.C.F. n° 160 (QL) . . . . .	255
<i>Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)</i> , 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 . . . . .	495
<i>Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 178 . . . . .	674
<i>Nadeau Ferme Avicole Limitée c. Groupe Westco Inc.</i> , 2011 CAF 188 . . . . .	563
<i>National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)</i> , [1990] 2 R.C.S. 1324 . . . . .	75
<i>Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)</i> , 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 . . . . .	75
<i>Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals</i> , 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 . . . . .	75
<i>Novell Canada Ltd. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)</i> , [2000] A.C.F. n° 950 (QL) (C.A.) . . . . .	495
<i>Novopharm Limited c. Janssen-Ortho Inc.</i> , 2007 CAF 217 . . . . .	380
<i>Okhionkpanmwonyi c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CF 1129, [2011] A.C.F. n° 1389 (QL) . . . . .	3
<i>Ontario (Procureur général) c. Fraser</i> , 2011 CSC 20, [2011] 2 R.S.C. 3 . . . . .	255
<i>Ontario Dental Assistants Association c. Association dentaire canadienne</i> , 2013 CF 266 . . . . .	26
<i>Parfums Christian Dior v. Lander Co. Canada Ltd.</i> (2000), 6 C.P.R. (4th) 257 . . . . .	26
<i>Parmalat Canada Inc. c. Sysco Corporation</i> , 2008 CF 1104 . . . . .	445
<i>Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2007 CAF 209 . . . . .	380
<i>Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited</i> , 2016 CAF 161 . . . . .	563, 633
<i>Pfizer Products Inc. c. Association canadienne du médicament générique</i> , 2015 CF 493 . . . . .	26
<i>Pharmascience Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2014 CAF 133 . . . . .	380
<i>Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487 . . . . .	255
<i>Powell c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CF 1120, [2004] A.C.F. n° 1538 (QL), conf. par 2005 CAF 202 . . . . .	255
<i>Pozzoli SPA v. BDMO SA</i> , [2007] EWCA Civ. 588 (BAILII), [2007] F.S.R. 37 . . . . .	380
<i>Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)</i> , 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809 . . . . .	633

	PAGE
<i>Produits Ménagers Coronet Inc. c. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH</i> , [1986] A.C.F. n° 468 (C.F. 1 <sup>re</sup> inst.) (QL) . . . . .	26
<i>Pronuptia de Paris c. Pronovias, S.A.</i> , 2007 CanLII 80847, [2007] C.O.M.C. n° 63 (QL) . . . . .	26
<i>Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation</i> , 2016 BCSC 97, 262 A.C.W.S. (3d) 883 . . . . .	633
<i>Québec (Procureure générale) c. Guérin</i> , 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3 . . . . .	495
<i>Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny</i> , 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286 . . . . .	460
<i>R. c. A.M.</i> , 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569 (aussi différenciée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. A.M.</i> , 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569 (aussi examinée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Arp</i> , [1998] 3 R.C.S. 339 . . . . .	26
<i>R. c. Chehil</i> , 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 (aussi appliquée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Chehil</i> , 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 (aussi différenciée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Chehil</i> , 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 . . . . .	212
<i>R. c. Colarusso</i> , [1994] 1 R.C.S. 20 . . . . .	111
<i>R. c. Collins</i> , [1987] 1 R.C.S. 265 . . . . .	111
<i>R. c. D.B.</i> , 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3 . . . . .	328
<i>R. c. Evans</i> , [1996] 1 R.C.S. 8 . . . . .	111
<i>R. c. Fink</i> , 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 . . . . .	633
<i>R. c. Généreux</i> , [1992] 1 R.C.S. 259 . . . . .	212
<i>R. c. Gomboc</i> , 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211 . . . . .	111, 212
<i>R. c. Grant</i> , [1993] 3 R.C.S. 223 . . . . .	111
<i>R. c. Gruenke</i> , [1991] 3 R.C.S. 263 . . . . .	633
<i>R. c. Hape</i> , 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 . . . . .	75
<i>R. c. Jarvis</i> , 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757 . . . . .	111
<i>R. c. Kang-Brown</i> , 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 (aussi appliquée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Kang-Brown</i> , 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 (aussi différenciée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Leipert</i> , [1997] 1 R.C.S. 281 . . . . .	633
<i>R. c. M. (M.R.)</i> , [1998] 3 R.C.S. 393 . . . . .	111
<i>R. c. Mann</i> , 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59 . . . . .	111
<i>R. c. McKinlay Transport Ltd.</i> , [1990] 1 R.C.S. 627 . . . . .	111, 409
<i>R. c. Monney</i> , [1999] 1 R.C.S. 652 . . . . .	111
<i>R. c. National Post</i> , 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 . . . . .	633
<i>R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society</i> , [1992] 2 R.C.S. 606 . . . . .	111
<i>R. c. Patrick</i> , 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579 . . . . .	111
<i>R. c. Plant</i> , [1993] 3 R.C.S. 281 (aussi appliquée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Plant</i> , [1993] 3 R.C.S. 281 (aussi différenciée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Rodgers</i> , 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554 . . . . .	111, 212
<i>R. c. Simmons</i> , [1988] 2 R.C.S. 495 . . . . .	111
<i>R. c. Smith (Edward Dewey)</i> , [1987] 1 R.C.S. 1045 . . . . .	255
<i>R. c. Société TELUS Communications</i> , 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3 . . . . .	212
<i>R. c. Spencer</i> , 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 . . . . .	111, 212
<i>R. c. Tessling</i> , 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 (aussi appliquée pour un autre motif) . . . . .	111

<i>R. c. Tessling</i> , 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 (aussi différenciée pour un autre motif) . . . . .	111
<i>R. c. Thompson</i> , [1990] 2 R.C.S. 1111 . . . . .	212
<i>R. c. Tse</i> , 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531 . . . . .	111
<i>R. c. Wholesale Travel Group Inc.</i> , [1991] 3 R.C.S. 154 . . . . .	111
<i>R. v. Brewster</i> , 2016 ONSC 4133 (CanLII) . . . . .	111
<i>R. v. Chief Constable of the West Midlands Police, ex parte Wiley</i> , [1994] 3 All E.R. 420 . . . . .	633
<i>R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery</i> , [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.) . . . . .	633
<i>R. v. Noseworthy</i> (1997), 33 O.R. (3d) 641, 116 C.C.C. (3d) 376 (C.A.) . . . . .	212
<i>R. v. Poirier</i> , 2016 ONCA 582 (CanLII), [2016] O.J. n° 3873 (QL) . . . . .	212
<i>Ratt c. Matchewan</i> , 2010 CF 160, <i>sub nom. Les Aînés de Mitchikinabikok Inik (Algonquins de Lac-Barrière) c. Le Conseil coutumier des Algonquins de Lac-Barrière</i> , 2010 CarswellNat 313 (WLNNext Can) . . . . .	26
<i>Re Fauth</i> , 2017 ABASC 3, 2017 LNABASC 3 . . . . .	633
<i>Red Label Vacations inc. (redtag.ca) c. 411 Travel Buys Limited (411travelbuys.ca)</i> , 2015 CF 18 . . . . .	563
<i>Redsand, Inc. c. Dylex Limited</i> , 1997 CanLII 16698 (C.F. 1 <sup>re</sup> inst.) . . . . .	26
<i>Rizzo &amp; Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 R.C.S. 27 . . . . . 26, 75, 363, 495, 633	
<i>Rizzo &amp; Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL) . . . . .	460
<i>Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)</i> , [1993] 3 R.C.S. 519 . . . . .	255
<i>Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique</i> , 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 . . . . .	26
<i>Romans c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2001 CFPI 466, [2001] A.C.F. n° 740 (QL), <i>conf. par</i> 2001 CAF 272, [2001] A.C.F. n° 1416 (QL) . . . . .	255
<i>Roynat Inc. v. Ja-Sha Trucking &amp; Leasing Ltd.</i> , [1992] 2 W.W.R. 641 (C.A. Man.) . . . . .	460
<i>Ruby c. Canada (Solliciteur général)</i> , 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3 . . . . .	111
<i>S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.</i> , [1979] 2 R.C.S. 227 . . . . .	495
<i>Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1995] 1 C.F. 214, [1994] A.C.F. n° 1534 (QL) (1 <sup>re</sup> inst.) . . . . .	674
<i>Saint-Vil c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CF 48, <i>sub nom. Eastwood c. Canada</i> . . . . .	3
<i>SanDisk Corporation c. UC Mobile Co.</i> , 2016 COMC 148 . . . . .	26
<i>Sathasivam c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CF 419 . . . . .	3
<i>Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.</i> , 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 . . . . .	563
<i>Savunthararasa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CAF 51, <i>sub nom. Peter c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , [2017] 1 R.C.F. 318 . . . . .	255
<i>Seven-up Canada Co. c. Caribbean Ice Cream Company Ltd.</i> , 2007 CanLII 80903 (C.O.M.C.) . . . . .	26
<i>Shamblau v. Ontario (Securities Commission)</i> (2003), 26 O.S.C.B. 1629, [2003] O.J. n° 4089 (QL) (Div. gén.) . . . . .	633
<i>Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492 . . . . .	328
<i>Sheriff c. Canada (Procureur général)</i> , 2006 CAF 139, [2007] 1 R.C.F. 3 . . . . .	633
<i>Shooters Sports Bar Inc. v. Ontario (Alcohol and Gaming Commission)</i> (2008), 238 O.A.C. 9, 168 A.C.W.S. 580 (Cour div.) . . . . .	633

	PAGE
<i>Silden v. Canada (Minister of National Revenue)</i> , 90 D.T.C. 6576, (1990), 2 C.T.C. 533 (C.F. 1 <sup>re</sup> inst.) . . . . .	409
<i>Siliya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 120 . . . . .	538
<i>Simmonds c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CF 967 . . . . .	3
<i>Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</i> , [1985] 1 R.C.S. 177 . . . . .	255
<i>Siska c. Passeport Canada</i> , 2014 CF 298, [2014] A.C.F. n° 326 (QL) . . . . .	3
<i>Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CAF 326, [2007] 3 R.C.F. 198 . . . . .	328
<i>Sky Solar Holdings Co., Ltd. c. Skypower Global</i> , 2014 COMC 262 . . . . .	26
<i>Slaeman c. Canada (Procureur général)</i> , 2012 CF 641 . . . . .	3
<i>Slansky c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81 . . . . .	633
<i>Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.</i> , 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615 . . . . .	26
<i>Spin Master Ltd. c. George &amp; Company, LLC</i> , 2015 COMC 159 . . . . .	26
<i>Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240 . . . . .	255
<i>Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 . . . . .	255
<i>Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes &amp; Papier Irving, Ltée</i> , 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458 . . . . .	75
<i>Szcecka c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1993] A.C.F. n° 934 (QL) (C.A.) . . . . .	445
<i>Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique</i> , 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688 . . . . .	563
<i>Télé-Direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.</i> , [1998] 2 C.F. 22 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1998] 1 R.C.S. xv . . . . .	563
<i>Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)</i> , 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161 . . . . .	495, 563, 633
<i>Tervita Corporation c. Canada (Commissaire de la concurrence)</i> , 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352 (en ce qui concerne la norme de contrôle) . . . . .	563
<i>Teva Canada Limitée c. Novartis Pharmaceuticals Canada Inc.</i> , 2013 CAF 244 . . . . .	380
<i>The Commissioner of Competition v. Air Canada</i> , 2012 Comp. Trib. 21 . . . . .	633
<i>Thelwell c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CF 1304 . . . . .	3
<i>Thompson v. Chiropractors' Assn. of Saskatchewan</i> , [1996] 3 W.W.R. 675, (1996), 36 Admin. L.R. (2d) 273 (B.R. Sask.) . . . . .	633
<i>Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)</i> , [1990] 1 R.C.S. 425 . . . . .	111
<i>Torre c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 48, [2016] A.C.F. n° 162 (QL), confirmant 2015 CF 591, [2015] A.C.F. n° 601 (QL) . . . . .	255
<i>Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289 . . . . .	363
<i>Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)</i> , 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513 . . . . .	633
<i>Tretsetsang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 175, [2017] 3 R.C.F. 399 . . . . .	674
<i>Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CAF 128 . . . . .	75
<i>Tursunbayev c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2014 CF 5 . . . . .	674
<i>Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129 . . . . .	674
<i>Villamil c. Canada (Procureur général)</i> , 2013 CF 686 . . . . .	3

	PAGE
<i>Wakeling c. États-Unis d'Amérique</i> , 2014 CSC 72, [2014] 3 R.C.S. 549 . . . . .	111
<i>Walchuk c. Canada (Justice)</i> , 2015 CAF 85 . . . . .	75
<i>Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.</i> , 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459 . . . . .	380
<i>WIC Radio Ltd. c. Simpson</i> , 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420 . . . . .	563
<i>Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée</i> , 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770 . . . . .	75
<i>Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.</i> , [1985] R.P.C. 59 (C.A.) . . . . .	380
<i>Wong c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CF 152, [2017] A.C.F. n° 177 (QL) . . .	3
<i>Wordex Incorporated c. Wordex</i> , [1983] 2 C.F. 570 (1 <sup>re</sup> inst.) . . . . .	26
<i>Worldwide Diamond Trademarks Limited c. Canadian Jewellers Association</i> , 2010 CF 309, [2011] 3 R.C.F. 120, conf. par 2010 CAF 326 . . . . .	26
<i>Wu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CanLII 94545 (C.I.S.R.) . . . . .	363
<i>X (Re)</i> , 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 . . . . .	111, 212
<i>Yadav c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 140 . . . . .	512
<i>Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290 . . . . .	363



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>STATUTES</b>			
<b>CANADA</b>			
<b>Access to Information Act</b> , R.S.C., 1985, c. A-1 — — — .....	75	<b>Canadian Citizenship Act (The)</b> , S.C. 1946, c. 15 — — — .....	75
<b>An Act to amend the Canadian Citizenship Act</b> , S.C. 1950, c. 29 s. 2 .....	75	<b>Canadian International Trade Tribunal Act</b> , R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47 s. 16 .....	495
<b>Bankruptcy and Insolvency Act</b> , R.S.C., 1985, c. B-3 s. 67(2) .....	460	s. 30.1 .....	495
s. 67(3) .....	460	s. 30.11(1) .....	495
<b>Bill C-31, Economic Action Plan 2014 Act</b> , No. 1, S.C. 2014, c. 20 — — — .....	26	s. 30.11(2) .....	495
<b>Canada Evidence Act</b> , R.S.C., 1985, c. C-5 s. 30 .....	26	s. 30.13(1) .....	495
s. 31.1–31.8 .....	26	s. 30.13(5) .....	495
<b>Canadian Charter of Rights and Freedoms</b> , <b>being Part I of the Constitution Act</b> , 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] s. 1 .....	255	s. 30.14(1) .....	495
s. 2(b) .....	255	<b>Canadian Security Intelligence Service Act</b> , R.S.C., 1985, c. C-23 s. 2 .....	111, 212
s. 2(d) .....	255	s. 6 .....	111
s. 6 .....	255	s. 12 .....	111, 212
s. 6(1) .....	3	s. 16 .....	111
s. 7 .....	255, 328, 512	s. 20(2) .....	111
s. 8 .....	111, 212, 633	s. 20(3) .....	111
s. 12 .....	255	s. 20(4) .....	111
s. 24(1) .....	255	s. 21 .....	111, 212
		s. 21.1(1) .....	111
		s. 21.1(3) .....	111
		s. 21.1(4) .....	111
		s. 22 .....	111
		s. 27 .....	111
		s. 34(1) .....	111
		s. 38(1) .....	111
		<b>Citizenship Act</b> , R.S.C., 1985, c. C-29 s. 3 .....	75
		s. 22.1 .....	75
		s. 22.2(d) .....	75

	PAGE		PAGE
<b>Citizenship Act, S.C. 1974-75-76, c. 108</b>		<b>Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15</b>	
s. 3(2).....	75	s. 222 .....	460
<b>Companies' Creditors Arrangement Act,</b>		s. 313(1) .....	460
R.S.C., 1985, c. C-36		s. 313(1.1) .....	460
— — — .....	460	s. 317 .....	460
<b>Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34</b>		s. 325 .....	460
s. 10(3).....	633	<b>Foreign Missions and International</b>	
s. 11 .....	633	<b>Organizations Act, S.C. 1991, c. 41</b>	
s. 19 .....	633	s. 3 .....	75
s. 29(1).....	633	s. 4 .....	75
s. 66.1.....	633	Sch. II, Art. 1 .....	75
s. 66.2.....	633	Sch. II, Art. 41 .....	75
s. 78 .....	563	Sch. II, Art. 43 .....	75
s. 79 .....	563, 633	Sch. II, Art. 49 .....	75
s. 92 .....	563	Sch. II, Art. 53 .....	75
s. 96(1).....	563	<b>Immigration and Refugee Protection Act, S.C.</b>	
<b>Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985</b>		2001, c. 27	
(2nd Supp.), c. 19		— — — .....	633
s. 13(1).....	563, 633	s. 2(1) .....	363
s. 13(2).....	563	s. 3 .....	363
<b>Controlled Drugs and Substances Act, S.C.</b>		s. 3(1).....	674
1996, c. 19		s. 3(3)(f).....	255
— — — .....	255	s. 16(3).....	674
<b>Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42</b>		s. 25 .....	255, 363
s. 2 .....	563	s. 34 .....	674
s. 5 .....	563	s. 34(1)(c).....	512
<b>Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46</b>		s. 34(1)(f).....	512
— — — .....	212	s. 35 .....	674
s. 183 .....	111	s. 36(1).....	255, 328
s. 184 .....	111	s. 36(1)(a).....	674
s. 429 .....	111	s. 36(2)(a).....	674
s. 430 .....	111	s. 36(3)(e)(iii).....	328
s. 487.01.....	111	s. 37 .....	255, 674
s. 492.2.....	111	s. 44 .....	255, 328
<b>Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23</b>		s. 45 .....	255
— — — .....	460	s. 48 .....	674
		s. 55 .....	674
		s. 57(1).....	674
		s. 57(2).....	674

	PAGE		PAGE
<b>Immigration and Refugee Protection Act,</b>		<b>Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13</b>	
—Concluded		s. 12(1)(d) . . . . .	445
s. 58(1) . . . . .	674	s. 30 . . . . .	26
s. 58(3) . . . . .	674	s. 38(2)(a) . . . . .	26
s. 64 . . . . .	255	s. 38(8) . . . . .	26
s. 72 . . . . .	674	s. 40(2) . . . . .	26
s. 72(1) . . . . .	363, 538	s. 45 . . . . .	26
s. 74(d) . . . . .	674	s. 48 . . . . .	26
s. 83 . . . . .	512	s. 56 . . . . .	26
s. 87 . . . . .	512	<b>Unfair Competition Act, R.S.C. 1952, c. 274</b>	
s. 87.1 . . . . .	512	— — — . . . . .	26
s. 96 . . . . .	538	<b>Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1</b>	
s. 97(1) . . . . .	538	s. 82 . . . . .	328
s. 111(1)(a) . . . . .	538	s. 119 . . . . .	328
s. 115(2)(a) . . . . .	674	s. 128 . . . . .	328
s. 167(2) . . . . .	538		
<b>Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1</b>		<b>ALBERTA</b>	
s. 146(8) . . . . .	409	<b>Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1</b>	
s. 146(8.2) . . . . .	409	— — — . . . . .	111
s. 204.1(1) . . . . .	409	<b>ORDERS AND REGULATIONS</b>	
s. 204.1(2.1) . . . . .	409	<b>CANADA</b>	
s. 204.1(4) . . . . .	409	<b>Canadian International Trade Tribunal</b>	
s. 220(3.1) . . . . .	409	<b>Procurement Inquiry Regulations, SOR/93-602</b>	
s. 227(4.1) . . . . .	460	s. 3 . . . . .	495
<b>Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-2</b>		<b>Canadian Passport Order, SI/81-86</b>	
s. 12 . . . . .	75, 363	s. 4 . . . . .	3
s. 35 . . . . .	75	s. 9 . . . . .	3
<b>Personal Information Protection and</b>		s. 10 . . . . .	3
<b>Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5</b>		s. 10.2 . . . . .	3
s. 6.1 . . . . .	563	<b>Citizenship Regulations, SOR/93-246</b>	
Sch. 1, cl. 4.3.1 . . . . .	563	s. 26(3) . . . . .	75
Sch. 1, cl. 4.3.2 . . . . .	563	<b>Immigration and Refugee Protection</b>	
<b>Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21</b>		<b>Regulations, SOR/2002-227</b>	
s. 51(2)(a) . . . . .	111	s. 1(3) . . . . .	363
<b>Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2</b>		s. 10(3) . . . . .	363
s. 2 . . . . .	111	s. 66 . . . . .	363
s. 5(1)(a) . . . . .	111		
s. 9(1)(b) . . . . .	111		

	PAGE		PAGE
<b>Immigration and Refugee Protection Regulations,—Concluded</b>		<b>RULES</b>	
		<b>CANADA</b>	
s. 67 .....	363	<b>Competition Tribunal Rules, SOR/2008-141</b>	
s. 68 .....	363	r. 22 .....	633
s. 69 .....	363	r. 66 .....	633
s. 69.1 .....	363	r. 68(1) .....	633
s. 245(b) .....	674	r. 68(2) .....	563
s. 247(1) .....	674	r. 69(2) .....	563
s. 248 .....	674		
<b>Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133</b>		<b>Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22</b>	
— — — .....	380	r. 9 .....	512
<b>Trade-marks Regulations, SOR/96-195</b>		r. 14 .....	512
s. 31 .....	26	r. 17 .....	512
s. 32 .....	26	r. 22 .....	674
		<b>Federal Courts Rules, SOR/98-106</b>	
<b>ALBERTA</b>		r. 397 .....	512
<b>Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003</b>			
s. 10(3)(f) .....	111		

# LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>LOIS</b>			
<b>CANADA</b>			
<b>Charte canadienne des droits et libertés</b> , 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]		<b>Loi d'interprétation</b> , L.R.C. (1985), ch. I-21	
art. 1 . . . . .	255	art. 12 . . . . .	75, 363
art. 2b) . . . . .	255	art. 35 . . . . .	75
art. 2d) . . . . .	255	<b>Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté canadienne</b> , S.C. 1950, ch. 29	
art. 6 . . . . .	255	art. 2 . . . . .	75
art. 6(1) . . . . .	3	<b>Loi réglementant certaines drogues et autres substances</b> , L.C. 1996, ch. 19	
art. 7 . . . . .	255, 328, 512	— — — . . . . .	255
art. 8 . . . . .	111, 212, 633	<b>Loi sur la citoyenneté</b> , L.R.C. (1985), ch. C-29	
art. 12 . . . . .	255	art. 3 . . . . .	75
art. 24(1) . . . . .	255	art. 22.1 . . . . .	75
<b>Code criminel</b> , L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 22.2d) . . . . .	75
— — — . . . . .	212	<b>Loi sur la citoyenneté</b> , S.C. 1974-75-76, ch. 108	
art. 183 . . . . .	111	art. 3(2) . . . . .	75
art. 184 . . . . .	111	<b>Loi sur la citoyenneté canadienne</b> , S.C. 1946, ch. 15	
art. 429 . . . . .	111	— — — . . . . .	75
art. 430 . . . . .	111	<b>Loi sur la concurrence</b> , L.R.C. (1985), ch. C-34	
art. 487.01 . . . . .	111	art. 10(3) . . . . .	633
art. 492.2 . . . . .	111	art. 11 . . . . .	633
<b>Loi de l'impôt sur le revenu</b> , L.R.C. (1985) (5 <sup>e</sup> suppl.), ch. 1		art. 19 . . . . .	633
art. 146(8) . . . . .	409	art. 29(1) . . . . .	633
art. 146(8.2) . . . . .	409	art. 66.1 . . . . .	633
art. 204.1(1) . . . . .	409	art. 66.2 . . . . .	633
art. 204.1(2.1) . . . . .	409	art. 78 . . . . .	563
art. 204.1(4) . . . . .	409	art. 79 . . . . .	563, 633
art. 220(3.1) . . . . .	409	art. 92 . . . . .	563
art. 227(4.1) . . . . .	460	art. 96(1) . . . . .	563
		<b>Loi sur la concurrence déloyale</b> , S.R.C. 1952, ch. 274	
		— — — . . . . .	26

	PAGE		PAGE
<b>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</b> , L.R.C. (1985), ch. B-3		<b>Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité</b> , L.R.C. (1985), ch. C-23	
art. 67(2) .....	460	art. 2 .....	111, 212
art. 67(3) .....	460	art. 6 .....	111
<b>Loi sur la preuve au Canada</b> , L.R.C. (1985), ch. C-5		art. 12 .....	111, 212
art. 30 .....	26	art. 16 .....	111
art. 31.1–31.8 .....	26	art. 20(2) .....	111
<b>Loi sur la protection des renseignements personnels</b> , L.R.C. (1985), ch. P-21		art. 20(3) .....	111
art. 51(2)a) .....	111	art. 20(4) .....	111
<b>Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques</b> , L.C. 2000, ch. 5		art. 21 .....	111, 212
art. 6.1 .....	563	art. 21.1(1) .....	111
ann. 1, art. 4.3.1 .....	563	art. 21.1(3) .....	111
ann. 1, art. 4.3.2 .....	563	art. 21.1(4) .....	111
<b>Loi sur la radiocommunication</b> , L.R.C. (1985), ch. R-2		art. 22 .....	111
art. 2 .....	111	art. 27 .....	111
art. 5(1)a) .....	111	art. 34(1) .....	111
art. 9(1)b) .....	111	art. 38(1) .....	111
<b>Loi sur la taxe d'accise</b> , L.R.C. (1985), ch. E-15		<b>Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents</b> , L.C. 2002, ch. 1	
art. 222 .....	460	art. 82 .....	328
art. 313(1) .....	460	art. 119 .....	328
art. 313(1.1) .....	460	art. 128 .....	328
art. 317 .....	460	<b>Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur</b> , L.R.C. (1985) (4 <sup>e</sup> suppl.), ch. 47	
art. 325 .....	460	art. 16 .....	495
<b>Loi sur l'accès à l'information</b> , L.R.C. (1985), ch. A-1		art. 30.1 .....	495
———— .....	75	art. 30.11(1) .....	495
<b>Loi sur l'assurance-emploi</b> , L.C. 1996, ch. 23		art. 30.11(2) .....	495
———— .....	460	art. 30.13(1) .....	495
<b>Loi sur le droit d'auteur</b> , L.R.C. (1985), ch. C-42		art. 30.13(5) .....	495
art. 2 .....	563	art. 30.14(1) .....	495
art. 5 .....	563	<b>Loi sur le Tribunal de la concurrence</b> , L.R.C. (1985) (2 <sup>e</sup> suppl.), ch. 19	
		art. 13(1) .....	563, 633
		art. 13(2) .....	563
		<b>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</b> , L.R.C. (1985), ch. C-36	
		———— .....	460

	PAGE		PAGE
<b>Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13</b>		<b>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés,—Fin</b>	
art. 12(1)d).....	445	art. 48.....	674
art. 30.....	26	art. 55.....	674
art. 38(2)a).....	26	art. 57(1).....	674
art. 38(8).....	26	art. 57(2).....	674
art. 40(2).....	26	art. 58(1).....	674
art. 45.....	26	art. 58(3).....	674
art. 48.....	26	art. 64.....	255
art. 56.....	26	art. 72.....	674
<b>Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales, L.C. 1991, ch. 41</b>		art. 72(1).....	363, 538
art. 3.....	75	art. 74d).....	674
art. 4.....	75	art. 83.....	512
ann. II, art. 1.....	75	art. 87.....	512
ann. II, art. 41.....	75	art. 87.1.....	512
ann. II, art. 43.....	75	art. 96.....	538
ann. II, art. 49.....	75	art. 97(1).....	538
ann. II, art. 53.....	75	art. 111(1).....	538
<b>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27</b>		art. 115(2)a).....	674
— — —.....	633	art. 167(2).....	538
art. 2(1).....	363	<b>Projet de loi C-31, Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2014, L.C. 2014, ch. 20</b>	
art. 3.....	363	— — —.....	26
art. 3(1).....	674		
art. 3(3)f).....	255	<b>ALBERTA</b>	
art. 16(3).....	674	<b>Electric Utilities Act, S.A. 2003, ch. E-5.1</b>	
art. 25.....	255, 363	— — —.....	111
art. 34.....	674		
art. 34(1)c).....	512	<b>ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS</b>	
art. 34(1)f).....	512	<b>CANADA</b>	
art. 35.....	674	<b>Décret sur les passeports canadiens, TR/81-86</b>	
art. 36(1).....	255, 328	art. 4.....	3
art. 36(1)a).....	674	art. 9.....	3
art. 36(2)a).....	674	art. 10.....	3
art. 36(3)e)(iii).....	328	art. 10.2.....	3
art. 37.....	255, 674	art. 69.1.....	363
art. 44.....	255, 328	art. 245b).....	674
art. 45.....	255	art. 247(1).....	674
		art. 248.....	674

	PAGE		PAGE
<b>Règlement sur la citoyenneté, DORS/93-246</b>		<b>RÈGLES</b>	
art. 26(3) .....	75	<b>CANADA</b>	
<b>Règlement sur les enquêtes du Tribunal canadien du commerce extérieur sur les marchés publics, DORS/93-602</b>		<b>Règles des Cours fédérales, DORS/98-106</b>	
art. 3 .....	495	règle 397 .....	512
<b>Règlement sur les marques de commerce, DORS/96-195</b>		<b>Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22</b>	
art. 31 .....	26	règle 9 .....	512
art. 32 .....	26	règle 14 .....	512
<b>Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133</b>		règle 17 .....	512
— — — .....	380	règle 22 .....	674
<b>Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227</b>		<b>Règles du Tribunal de la concurrence, DORS/2008-141</b>	
art. 1(3) .....	363	règle 22 .....	633
art. 10(3) .....	363	règle 66 .....	633
art. 66 .....	363	règle 68(1) .....	633
art. 67 .....	363	règle 68(2) .....	563
art. 68 .....	363	règle 69(2) .....	563
art. 69 .....	363		
		<b>ALBERTA</b>	
<b>Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003</b>			
art. 10(3)(f) .....	111		

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

	PAGE
<b>Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,</b> November 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221	
— — —	
Art. 3 .....	255
Art. 8 .....	255
<b>Vienna Convention on Diplomatic Relations,</b> April 18, 1961, [1966] Can. T.S. No. 29, 500 U.N.T.S. 241	
— — —	
Art. 1 .....	75
Art. 37 .....	75



# TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

	PAGE
<b>Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,</b> 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221	
— — —	
art. 3 .....	255
art. 8 .....	255
 <b>Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, [1966] R.T.</b> Can. n° 29 , 500 U.N.T.S. 241	
— — —	
art. 1 .....	75
art. 37 .....	75



## AUTHORS CITED

	PAGE
Brownlie, Ian. <i>Principles of Public International Law</i> , 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998. . . . .	75
Bryant, Alan W. <i>et al. The Law of Evidence in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014. . . . .	563
Canada. Parliament. <i>House of Commons Debates</i> , 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146 (15 March 2012). . . . .	363
Canada. Parliament. <i>House of Commons Debates</i> , 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146 (26 March 2012). . . . .	363
Canada. Parliament. <i>House of Commons Debates</i> , 41st Parl., 1st Sess., Vol. 146 (23 April 2012). . . . .	363
Canada. Parliament. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service, <i>Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society</i> . Ottawa: Supply and Services Canada (November 1983) (Chair: P. M. Pitfield). . . . .	111
Canada Revenue Agency. Information Circular No. IC07-1 “Taxpayer Relief Provisions”, May 31, 2007. . . . .	409
Canada Revenue Agency. Information Circular No. IC92-2 “Guidelines for the cancellation and Waiver of Interest and Penalties”, March 18, 1992. . . . .	409
Canada Revenue Agency. T1-OVP “Individual Tax Returns for RRSP, PRPP and SPP Excess Contributions”. . . . .	409
Canada Revenue Agency. T3012A “Tax Deduction Waiver on the Refund of your Unused RRSP, PRPP, or SPP Contributions from your RRSP”. . . . .	409
Canada. Senate. Report of the Special Senate Committee on the Canadian Security Intelligence Service. <i>Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, November 3, 1983. . . . .	212
Canadian Intellectual Property Office. <i>Goods and Services Manual</i> , modified July 22, 2016. . . . .	26
Canadian Intellectual Property Office. <i>Trademarks Examination Manual</i> , modified November, 26, 2015. . . . .	26
Citizenship and Immigration Canada. <i>Operational Manual: Enforcement (ENF)</i> . Chapter ENF 6 “Review of Reports under A44(1)”. . . . .	328
Cooper, Terrance G. <i>Crown Privilege</i> , Aurora, Ont: Canada Law Book, 1990. . . .	633
Delisle Ron <i>et al. Evidence: Principles and Problems</i> , 11th ed. Toronto: Thompson Reuters, 2015. . . . .	563
Department of Finance, Press Release, 1997-030, “Unremitted Source Deductions and Unpaid GST” (7 April 1997), online: Media Room – Press Releases <a href="http://www.fin.gc.ca">www.fin.gc.ca</a> . . . . .	460
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. . . . .	26, 460

	PAGE
House of Commons. Standing Committee on Broadcasting, Films and Assitance to the Arts. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> (February 24, 1976) (J. Hugh Faulkner) . . . . .	75
Hubbard, Robert W., <i>The Law of Privilege in Canada</i> , looseleaf, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006 . . . . .	633
Kent Thomson, Charles Tingley and Anita Banicevic “Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe: An Experiment Gone Wrong” (2006), 31 <i>The Advocates’ Quarterly</i> 67 . . . . .	633
Lederman, Sidney L., <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. . . . .	633
Paciocco, David and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 7th ed. Toronto: Thompson Reuters, 2015. . . . .	563
“RCMP, CSIS launch investigations into phone spying on Parliament Hill after CBC story”, <i>CBC News</i> (April 4, 2017), online: <www.cbc.ca> . . . . .	111
Sealy-Harrington, Joshua. “The Inventive Concept in Patent Law: Not So Obvious” (2015), 27 <i>I.P.J.</i> 385 . . . . .	380
“Spies’ use of cellphone surveillance technology suspended in January, pending review”, <i>CBC News</i> (May 3, 2017), online: <www.cbc.ca> . . . . .	111
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016 . . . . .	363
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. . . . .	409, 460
Tamir Israel and Christopher Parsons, <i>Gone Opaque? An Analysis of Hypothetical IMSI Catcher Overuse in Canada</i> , Ottawa: Telecom Transparency Project & Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic, 2016. . . . .	111
United Kingdom Home Office. <i>Country Information and Guidance: Security and humanitarian situation in South and Central Somalia</i> , December 2014 . . . . .	538
United Kingdom Home Office. <i>Country Information and Guidance: Somalia</i> , April 2014. . . . .	538
United Kingdom Home Office. <i>Country Information and Guidance: South and central Somalia: Majority clans and minority groups</i> , March 2015. . . . .	538
United Kingdom Home Office. <i>Somalia: Country of origin information report</i> , August 2013. . . . .	538
United Nations. High Commissioner for Refugees. <i>Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees</i> , UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3 (Geneva, reissued December 2011) . . . . .	538
<i>Wigmore on Evidence</i> (McNaughton Rev. 1961), Vol. 8, at § 2285 . . . . .	633
Wikipedia – The Free Encyclopedia. “International mobile subscriber identity”, online: < <a href="https://en.wikipedia.org/wiki/International_mobile_subscriber_identity">https://en.wikipedia.org/wiki/International_mobile_subscriber_identity</a> > . . . . .	111
World Intellectual Property Organization. Nice Classification, established by the Nice Agreement (1957), is an international classification of goods and services applied for the registration marks, 2016 . . . . .	26

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Agence du revenu du Canada. Circulaire d'information n° IC07-1 « Dispositions d'allègement pour les contribuables », 31 mai 2007 . . . . .	409
Agence du revenu du Canada. Circulaire d'information n° IC92-2 « Lignes directrices concernant l'annulation des intérêts et des pénalités », 18 mars 1992 . . . . .	409
Agence du revenu du Canada. T1-OVP « Déclarations des particuliers pour AAAA Cotisations excédentaires versées à un REER, RPAC, RPD » . . . . .	409
Agence du revenu du Canada. T3012A « Renonciation à l'impôt retenu sur le remboursement de vos cotisations inutilisées versées à un REER, un RPAC ou un RPD à partir de votre REER » . . . . .	409
Brownlie, Ian. <i>Principles of Public International Law</i> , 5 <sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1998. . . . .	75
Bryant, Alan W. <i>et al. The Law of Evidence in Canada</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014 . . . . .	563
Canada. Parlement. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 41 <sup>e</sup> lég., 1 <sup>re</sup> sess., vol. 146 (15 mars 2012) . . . . .	363
Canada. Parlement. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 41 <sup>e</sup> lég., 1 <sup>re</sup> sess., vol. 146 (26 mars 2012) . . . . .	363
Canada. Parlement. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 41 <sup>e</sup> lég., 1 <sup>re</sup> sess., vol. 146 (23 avril 2012). . . . .	363
Canada. Parlement. Sénat. Rapport du comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité, <i>Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique</i> . Ottawa : Approvisionnement et Services Canada (novembre 1983) (Président : P. M. Pitfield) . . . . .	111
Canada. Sénat. Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité. <i>Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 3 novembre 1983 . . . . .	212
Chambre des Communes. Comité permanent de la radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> (24 février 1976) (J. Hugh Faulkner) . . . . .	75
Citoyenneté et Immigration Canada. <i>Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)</i> . Chapitre ENF 6 « L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1) » . . . . .	328
Cooper, Terrance G. <i>Crown Privilege</i> , Aurora, Ont : Canada Law Book, 1990. . . . .	633
Delisle Ron <i>et al. Evidence : Principles and Problems</i> , 11 <sup>e</sup> éd.. Toronto : Thompson Reuters, 2015. . . . .	563
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983 . . . . .	26, 460
Hubbard, Robert W., <i>The Law of Privilege in Canada</i> , feuilles mobiles, Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006 . . . . .	633

	PAGE
Kent Thomson, Charles Tingley et Anita Banicevic, « Truncated Disclosure in Competition Tribunal Proceedings in the Aftermath of Canada Pipe : An Experiment Gone Wrong » (2006), 31 <i>The Advocates' Quarterly</i> 67 . . . . .	633
Lederman, Sidney L., <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014. . . . .	633
Ministère des Finances, communiqué de presse, 1997-030, « Retenues à la source non versées et TPS impayée » (7 avril 1997); en ligne : Nouvelles – Communiqués, <a href="http://www.fin.gc.ca">www.fin.gc.ca</a> . . . . .	460
Nations Unies. Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. <i>Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés</i> , doc. N.U. HCR/1P/4/FRE/REV.3 (Genève, réédition, décembre 2011). . . . .	538
Office de la propriété intellectuelle du Canada. <i>Le manuel d'examen des marques de commerce</i> , modifié le 26 novembre 2015. . . . .	26
Office de la propriété intellectuelle du Canada. <i>Manuel des produits et des services</i> , modifié le 22 juillet 2016 . . . . .	26
Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Classification de Nice, instituée par l'Arrangement de Nice (1957), est une classification internationale de produits et de services aux fins de l'enregistrement des marques, 2016 . . . .	26
Paciocco, David et Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> , 7 <sup>e</sup> éd. Toronto : Thompson Reuters, 2015. . . . .	563
« RCMP, CSIS launch investigations into phone spying on Parliament Hill after CBC story », <i>CBC News</i> (4 avril 2017), en ligne : < <a href="http://www.cbc.ca">www.cbc.ca</a> >. . . . .	111
Royaume-Uni. Home Office. <i>Country Information and Guidance :Security and humanitarian situation in South and Central Somalia</i> , décembre 2014. . . . .	538
Royaume-Uni. Home Office. <i>Country Information and Guidance : Somalia</i> , avril 2014. . . . .	538
Royaume-Uni. Home Office. <i>Country Information and Guidance : South and central Somalia : Majority clans and minority groups</i> , mars 2015. . . . .	538
Royaume-Uni. Home Office. <i>Somalia : Country of origin information report</i> , août 2013. . . . .	538
Sealy-Harrington, Joshua. « The Inventive Concept in Patent Law: Not So Obvious » (2015), 27 <i>I.P.J.</i> 385. . . . .	380
« Spies' use of cellphone surveillance technology suspended in January, pending review », <i>CBC News</i> (3 mai 2017), en ligne : < <a href="http://www.cbc.ca">www.cbc.ca</a> > . . . . .	111
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2016 . . . . .	363
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6 <sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014. . . . .	409, 460
Tamir Israel et Christopher Parsons, <i>Gone Opaque? An Analysis of Hypothetical IMSI Catcher Overuse in Canada</i> , Ottawa : Telecom Transparency Project & Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic, 2016. . . .	111
<i>Wigmore on Evidence</i> (rév. McNaughton, 1961), vol. 8, at § 2285 . . . . .	633
Wikipedia – The Free Encyclopedia. « International Mobile Subscriber Identity », en ligne : < <a href="https://en.wikipedia.org/wiki/International_Mobile_Subscriber_Identity">https://en.wikipedia.org/wiki/International_Mobile_Subscriber_Identity</a> > . . . . .	111

If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3