



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 1, Part 1

2019, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2019] 1 F.C.R., {³⁻²⁴¹

Renvoi [2019] 1 R.C.F., {³⁻²⁴¹

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'arrêtiiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est MARC A. GIROUX.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 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'arrêtiiste 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'arrêtiiste 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

Appeals noted	I
Judgments	3–241

Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 121

Transportation — Appeal from 2015 Canadian Transportation Agency decision authorizing Alberta Transportation's application for reconstruction of existing grade separation between railway line owned by appellant, provincial highway; authorizing construction of new at-grade crossing — Agency apportioning costs of construction, maintenance of these works between appellant, Alberta Transportation (respondent) — In 2012, respondent submitting application to Agency under *Transportation Act*, s. 101(3) for order authorizing new crossing — Respondent also making reference to Agency under *Railway Safety Act*, s. 16 for apportionment of costs between itself, appellant — Project having two distinct phases, Phase 1, Phase 2 — In 2013, Agency finding that Phase 1 constituting reconstruction of existing grade separation on existing route; authorizing reconstruction, apportioning costs between respondent, appellant — In 2015, respondent submitting another application to Agency, in which application proposing major revisions to previously approved Phase 1 project — Appellant requesting that Agency suspend decision until related documents requested under freedom of information, access to information legislation received, but request refused — Whether Agency erring in law by rendering 2015 decision in manner that conflicted with 2013 decision; whether Agency erring in law by failing to conduct proper analysis as mandated by *Railway Safety Act*, s. 16(4); whether Agency's decision procedurally fair — Agency's determinations regarding traffic increases to meet present day needs by time Phase 2 completed were factual findings with which not open to Court to interfere — Furthermore, reading reasons as whole together with outcome, Agency's calculation of traffic needs placing determination of seven lanes within range of reasonable outcomes — Once nuances of Agency's traffic

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–241

Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 121

Transports — Appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada, qui a autorisé la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appelant et une autoroute provinciale; et la construction d'un nouveau passage à niveau — L'Office a réparti les coûts de construction et d'entretien de ces travaux entre l'appelant et Alberta Transportation (l'intimée) — En 2012, l'intimée a déposé une demande auprès de l'Office au titre de l'art. 101(3) de la *Loi sur les transports* afin d'obtenir une ordonnance autorisant la construction d'un nouveau franchissement — L'intimée a également saisi l'Office en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* quant à la question de la répartition des coûts entre elle-même et l'appelant — Le projet comportait deux étapes distinctes, la phase 1 et la phase 2 — En 2013, l'Office a conclu que la phase 1 consistait en une reconstruction d'un saut-de-mouton existant sur une route existante; il a autorisé la reconstruction et réparti les coûts entre l'intimée et l'appelant — En 2015, l'intimée a déposé une autre demande à l'Office, dans laquelle elle a proposé des révisions importantes au projet de la phase 1 approuvé antérieurement — L'appelant a demandé à l'Office de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu les documents connexes en réponse à ses demandes d'accès à l'information de documents en vertu des lois sur l'accès à l'information, mais sa demande a été rejetée — Il s'agissait de savoir si l'Office a commis une erreur de droit en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; si l'Office a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l'analyse prévue à l'art. 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*; si la décision de l'Office était équitable sur le plan de la procédure — Les décisions de l'Office

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

findings clarified, clear no conflict existing between two decisions — Regarding analysis mandated by *Railway Safety Act*, s. 16(4), even though no evidence of increase in rail traffic arising from Phase 2 project, in particular, Agency's decision that appellant would benefit rested on second footing — continued benefit that appellant would have from grade separation — With respect to procedural fairness, appellant not establishing that Agency breaching right to procedural fairness by not delaying in its decision — Appellant's remedies not spent — Appellant also not establishing Agency breaching appellant's right to procedural fairness by failing to order production of documents — Finally, documents obtained through freedom of information request having material, direct impact on 2015 decision; having consequences for appellant; bearing directly on analysis required by *Railway Safety Act*, s. 16(4) — Given this, appellant free to make application under *Transportation Act*, s. 32 for reconsideration of 2015 decision — Appeal dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from 2015 Canadian Transportation Agency decision authorizing, *inter alia*, Alberta Transportation's application for reconstruction of existing grade separation between railway line owned by appellant, provincial highway, appellant raising three separate grounds of appeal — Appellant arguing that Agency erring in rendering 2015 decision in manner that conflicted with 2013 decision; that Agency making three errors of law in consideration of *Railway Safety Act*, s. 16(4); that Agency, in refusing appellant's request for adjournment, breaching appellant's right to procedural fairness — What was standard of review for grounds of appeal — Reasonableness standard applicable standard of review for appellant's first, second grounds of appeal — Standard for determining whether decision maker complying with duty of procedural fairness is correctness — Content or degree of fairness required informed by five, non-exhaustive contextual factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* — Fifth factor, degree of deference accorded

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

concernant l'augmentation de la circulation pour répondre aux besoins au moment où la phase 2 serait achevée étaient des conclusions de fait qu'il n'était pas loisible à la Cour de modifier — En outre, compte tenu de l'ensemble des motifs et du résultat, le calcul par l'Office des besoins portant qu'un tronçon de sept voies était requis appartenait aux issues possibles acceptables — Après que les nuances des conclusions de l'Office relatives à la circulation ont été précisées, il était clair qu'il n'existait aucun conflit entre les deux décisions — En ce qui concerne l'analyse prévue à l'art. 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, même s'il n'y avait aucune preuve d'augmentation du trafic ferroviaire découlant du projet de la phase 2 en particulier, la décision de l'Office selon laquelle l'appelant en profiterait reposait sur un second fondement — l'avantage continu que pourrait retirer l'appelant du saut-de-mouton — En ce qui concerne l'équité sur le plan de la procédure, l'appelant n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en ne reportant pas sa décision — Les recours de l'appelant n'étaient pas épuisés — L'appelant n'a pas établi non plus que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en omettant d'ordonner la production de documents — Enfin, les renseignements reçus à la suite de la demande d'accès à l'information ont eu une incidence importante et directe sur la décision de 2015; ils ont eu des conséquences pour l'appelant; ils ont eu une incidence directe sur l'analyse exigée par l'art. 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* — En conséquence, il était loisible à l'appelant, en vertu de l'art. 32 de la *Loi sur les transports*, de présenter une demande de réexamen de la décision de 2015 — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans un appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada, qui a autorisé notamment la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appelant et une autoroute provinciale, l'appelant a invoqué trois moyens d'appel distincts — L'appelant a prétendu que l'Office avait commis une erreur en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; que l'Office avait commis trois erreurs de droit dans son examen de l'art. 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*; que l'Office, en rejetant sa demande d'ajournement, avait porté atteinte à son droit à l'équité procédurale — La question en litige était celle de la norme de contrôle applicable aux moyens d'appel — La norme du caractère raisonnable était la norme de contrôle applicable au premier et au deuxième moyen d'appel de l'appelant — La norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale est

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to decision maker, relevant here — In determining content of fairness, ultimate question is whether party knew case they had to meet, had opportunity to respond, had impartial decision maker consider their case fully, fairly — Deference only one criterion amongst many that informs content of fairness but is irrelevant in answering question as to whether fairness met — Court’s reviewing exercise best reflected in correctness standard — Procedural review, substantive review serving different objectives in administrative law — No compelling reasons why this distinction should be jettisoned.

Cardinal v. Bigstone Cree Nation (F.C.) 3

Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review of decision by Chief, Council of Bigstone Cree Nation (BCN) removing applicant from position as BCN councillor for failing to comply with residency requirements set out in BCN Election Code — Under Code’s terms, chief, councillors required to assume residency on reserve for which elected within three months of their election; must remain “permanently resident” on reserve throughout term of office — Applicant contending that process by which removed from office procedurally unfair, contravening principles of natural justice — Also alleging that residency requirement provisions in BCN Election Code infringing his equality rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1) — Applicant member of BCN, affiliated with Calling Lake Reserve — Not living on reserve when re-elected to serve as councillor on BCN Council — Applicant subsequently informed of removal from office for breaching residency requirements of BCN Election Code — Whether BCN Council’s decision removing applicant from office resulting in applicant being denied procedural fairness, natural justice; whether residency requirement provisions of BCN Election Code infringing applicant’s equality rights under Charter, s. 15; what was appropriate remedy in present case — While applicant entitled to procedural fairness in being removed from position as councillor, applicant’s rights to procedural fairness not breached by respondents herein — Regarding Charter rights, s. 15, residency requirement provision in BCN Election Code creating distinction based on analogous ground of Aboriginal residency — Distinction imposing burden on off-reserve members, denying them benefit

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

celle de la décision correcte — La teneur ou le degré d’équité requis est circonscrit par les cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* — Le cinquième, soit le degré de déférence dont il faut faire preuve à l’égard du décideur, était pertinent en l’espèce — Pour déterminer le degré d’équité, la question fondamentale est celle de savoir si la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement — La déférence n’est qu’un des nombreux critères qui permet de déterminer le degré d’équité, mais elle ne s’applique pas lorsqu’il est question de répondre à la question de savoir si l’obligation d’équité a été satisfaite — L’exercice de révision est particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte — L’examen portant sur la procédure et l’examen portant sur le fond visent différents objectifs en droit administratif — Il n’y avait aucune raison convaincante pour laquelle cette distinction devrait être abandonnée.

Cardinal c. Nation des Cris de Bigstone (C.F.) 3

Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire d’une décision rendue par le chef et le conseil de la Première Nation des Cris de Bigstone (NCB), destituant le demandeur de sa charge de conseiller de la NCB pour avoir omis de respecter les exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB — Selon les modalités de ce code, le chef et les conseillers doivent établir leur résidence dans la réserve où ils ont été élus dans les trois mois suivant leur élection et demeurer « résidents permanents » pendant toute la durée de leur mandat — Le demandeur a soutenu que le processus par lequel il a été destitué de sa charge était inéquitable sur le plan procédural et contrevenait aux principes de justice naturelle — Il a soutenu également que les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient aux droits à l’égalité qui lui sont reconnus en application de l’art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — Le demandeur est membre de la NCB et affilié à la réserve de Calling Lake — Il ne vivait pas dans la réserve lorsqu’il a été réélu membre du conseil de la NCB — Le demandeur a par la suite été informé de sa destitution pour manquement aux exigences en matière de résidence du code électoral de la NCB — Il s’agissait de savoir si la décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur de sa charge a fait en sorte que le demandeur a été privé de son droit d’équité procédurale et a contrevenu aux principes de justice naturelle; si les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient à ses droits à l’égalité en application de l’art. 15 de la Charte; quelle était la mesure de réparation qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in manner that perpetuating erroneous notion that band members living off reserve having no interest, reduced ability in participating in band governance — Consequently, residency requirement in BCN Election Code discriminating against off-reserve band members by prohibiting them from participating in representative governance of their band Council on basis of off-reserve band member status — Although some of relief applicant requesting could not be granted, BCN Council decision removing applicant from Council set aside — Application allowed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Chief, Council of Bigstone Cree Nation (BCN) removing applicant from position as BCN councillor for failing to comply with residency requirements set out in BCN Election Code — Applicant alleging, *inter alia*, that residency requirement provisions in BCN Election Code infringing his equality rights under Charter, s. 15(1) — Applicant not living on reserve when re-elected to serve as councillor on BCN Council — Subsequently removed from office for breaching residency requirements of BCN Election Code — Whether residency requirement provisions of BCN Election Code infringing applicant's equality rights under Charter, s. 15; if so, whether residency requirement provisions justified under Charter, s. 1 — Residency requirement provision in BCN Election Code creating distinction based on analogous ground of Aboriginal residency — Distinction residency requirement creating imposing burden on off-reserve members, denying them benefit in manner that has effect of perpetuating erroneous notion that band members living off reserve having no interest, reduced ability in participating in band governance — Consequently, residency requirement in BCN Election Code discriminating against off-reserve band members by prohibiting them from participating in representative governance of their band Council on basis of off-reserve band member status — Respondents failing to satisfy Court that rational connection existing between objectives advanced, limit on ability of off-reserve band members to participate in band Council's decision-making; that residency requirement minimally impairing — Therefore, respondents

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

convenait dans la présente affaire — Le demandeur avait droit à l'équité procédurale dans le cadre de la procédure visant à le destituer de sa charge de conseiller, mais ses droits à l'équité procédurale n'ont pas été enfreints par les défendeurs dans la présente affaire — En ce qui concerne les droits énoncés à l'art. 15 de la Charte, l'exigence en matière de résidence prescrite par le code électoral de la NCB établit une distinction au motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence — La distinction impose un fardeau aux membres hors réserve et les prive d'un avantage ayant pour effet de perpétuer la notion erronée que les membres de la bande qui vivent hors réserve n'ont pas d'intérêt et ont une capacité réduite à participer à la gouvernance de la bande — Par conséquent, l'exigence en matière de résidence énoncée dans le code électoral de la NCB est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l'administration représentative de leur bande en raison de leur statut de membre hors réserve — Même si certaines des réparations demandées par le demandeur ne pouvaient être accordées, la décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur du Conseil a été annulée — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le chef et le conseil de la Première Nation des Cris de Bigstone (NCB) ont destitué le demandeur de sa charge de conseiller de la NCB pour avoir omis de respecter les exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB — Le demandeur a soutenu notamment que les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient aux droits à l'égalité qui lui sont reconnus en application de l'art. 15(1) de la Charte — Le demandeur ne vivait pas dans la réserve lorsqu'il a été réélu membre du conseil de la NCB — Il a été par la suite destitué de sa charge pour manquement aux exigences en matière de résidence du code électoral de la NCB — Il s'agissait de savoir si les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient aux droits à l'égalité du demandeur en application de l'art. 15 de la Charte; dans l'affirmative, si les dispositions des exigences en matière de résidence étaient justifiées en application de l'article premier de la Charte — L'exigence en matière de résidence prescrite par le code électoral de la NCB établit une distinction au motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence — La distinction impose un fardeau aux membres hors réserve et les prive d'un avantage ayant pour effet de perpétuer la notion erronée que les membres de la bande qui vivent hors réserve n'ont pas d'intérêt et ont une capacité réduite à participer à la gouvernance de la bande — Par conséquent, l'exigence en matière de résidence énoncée dans le code électoral de la NCB est

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

not demonstrating that residency requirement justified as reasonable limit under Charter, s. 1 — BCN Council decision removing applicant from Council set aside — Court also declaring subsection 17(b) of BCN Election Code of no force, effect because contrary to Charter, s. 15, provision not saved by Charter, s. 1.

Doshi v. Canada (Attorney General) (F.C.) 157

Food and Drugs — Judicial review of Health Canada decision refusing applicant's request to obtain unpublished information, including clinical trial reports, concerning certain drugs after applicant refusing to sign confidentiality agreement — *Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa's Law)* adding s. 21.1(3) to *Food and Drugs Act (Act)*; empowering Minister of Health (Health Canada) to disclose information concerning drugs to certain persons — Applicant submitting two requests with Health Canada; refusing to sign confidentiality agreement that would prevent applicant from disseminating or publishing information to be disclosed — Whether Health Canada's decision refusing applicant's request reasonable; whether Health Canada fettering its discretion — Health Canada's decision unreasonable — Health Canada exercising discretionary power set forth in *Vanessa's Law*, s. 21.1(3) in manner contradicting purpose of *Vanessa's Law*, which is to improve clinical trial transparency — Health Canada's decision not based on review, balancing of competing factors but on current policy and practice — Health Canada's blanket confidentiality policy unreasonable, running against one purpose of *Vanessa's Law* — Health Canada also fettering its discretion by adopting rigid policy requiring confidentiality undertaking before disclosing information under s. 21.1(3) — With respect to remedy, order of *mandamus* requiring Health Canada to grant applicant's request issued — Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l'administration représentative de leur bande en raison de leur statut de membre hors réserve — Les défendeurs n'ont pas réussi à convaincre la Cour qu'il existait un lien rationnel entre les objectifs avancés et la capacité limitée des membres de la bande vivant hors réserve à participer aux décisions de leur conseil de bande; que l'exigence en matière de résidence porte une atteinte minimale — En conséquence, les défendeurs n'ont pas démontré que l'exigence en matière de résidence était justifiée comme une limite raisonnable en application de l'article premier de la Charte — La décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur du Conseil a été annulée — La Cour a également déclaré l'art. 17b) du code électoral de la NCB inopérant puisqu'il était contraire à l'art. 15 de la Charte et ne pouvait être justifié par l'article premier de la Charte.

Doshi c. Canada (Procureur général) (C.F.) 157

Aliments et Drogues — Contrôle judiciaire de la décision de Santé Canada, qui a refusé d'accéder à la demande du demandeur afin d'obtenir des renseignements non publiés, notamment des rapports d'essais cliniques, sur certains médicaments, après que le demandeur eut refusé de signer une entente de confidentialité — La *Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa)* a modifié la *Loi sur les aliments et drogues* (la Loi) par l'adjonction de l'art. 21.1(3); cette disposition habilite le ministre de la Santé (Santé Canada) à communiquer des renseignements sur des médicaments à certaines personnes — Le demandeur a présenté deux demandes à Santé Canada; il a refusé de signer une entente de confidentialité lui interdisant de divulguer ou de publier les renseignements qui lui seraient communiqués — Il s'agissait de savoir si la décision de Santé Canada de rejeter la demande du demandeur était raisonnable; si Santé Canada a fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — La décision de Santé Canada était déraisonnable — Santé Canada a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 21.1(3) de la Loi de Vanessa d'une manière qui est allée à l'encontre de l'objet de la Loi de Vanessa, qui est d'améliorer la transparence des essais cliniques — Santé Canada n'a pas rendu sa décision après avoir examiné et soupesé les facteurs divergents; sa décision reposait sur la politique et les pratiques actuelles — La politique de confidentialité mur à mur de Santé Canada était déraisonnable, car elle allait à l'encontre de l'un des objectifs de la Loi de Vanessa — Santé Canada a également fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique rigide exigeant la signature d'une entente de confidentialité avant la communication de renseignements en application de l'art. 21.1(3) — En ce qui concerne la réparation, une ordonnance de *mandamus*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Health Canada refusing applicant's request under *Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa's Law)* after applicant refusing to sign confidentiality agreement — Applicant seeking to obtain unpublished information concerning certain drugs — First time Vanessa's Law interpreted, applied by courts — Whether Health Canada's decision having disproportionate impact on applicant's freedom of expression guaranteed by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b) — Health Canada's decision ignoring applicant's freedom of expression guaranteed by Charter, s. 2(b) — Health Canada's decision not achieving reasonable balance between freedom of expression, any statutory purposes Vanessa's Law implementing — Health Canada's blanket confidentiality policy overbroad, could not be proportional balance between Charter rights, statutory purposes of Vanessa's Law — Thus, unreasonable for Health Canada to impose confidentiality requirement as condition for disclosure of data requested by applicant.

Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.) 40

Environment — Judicial review of emergency order issued by Governor in Council under powers conferred by *Species at Risk Act*, s 80(4)(c)(ii) — Order, entitled *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)* (Emergency Order or Order), prohibiting any activities involving drainage, excavation, deforestation, infrastructure construction in area to which applying — Violations of any prohibitions in Emergency Order constituting offence — Owners of properties located in area covered by Order not compensated — Applicant, company working primarily in residential development in Montréal suburbs — In July, 2016, certain of applicant's properties being developed becoming subject to Emergency Order — Governor in Council, on recommendation of Minister of Environment and Climate Change (Minister), considering Order necessary to protect Western Chorus Frog, small amphibian on List of Wildlife Species at Risk pursuant to Act, whose population facing imminent threats to its recovery — Applicant believing Emergency Order paralyzing development activities on lands

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

obligant Santé Canada à communiquer au demandeur les renseignements demandés a été délivrée — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Santé Canada a refusé d'accéder à la demande du demandeur soumise en vertu de la *Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa)* après que le demandeur eut refusé de signer une entente de confidentialité — Le demandeur souhaitait obtenir des renseignements non publiés sur certains médicaments — Il s'agissait de la première fois où les tribunaux ont été appelés à interpréter et à appliquer la Loi de Vanessa — Il s'agissait de savoir si la décision de Santé Canada a eu une incidence démesurée sur la liberté d'expression du demandeur, qui est garantie par l'art. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — La décision de Santé Canada a fait abstraction du droit à la liberté d'expression du demandeur, qui est garanti par l'art. 2b) de la Charte — La décision de Santé Canada n'a pas assuré un équilibre raisonnable entre la liberté d'expression et quelque objectif législatif que la Loi de Vanessa pouvait poursuivre — La politique de confidentialité mur à mur de Santé Canada était trop générale et elle ne pouvait assurer un juste équilibre entre les droits garantis par la Charte et les objectifs de la Loi de Vanessa — Il était donc déraisonnable pour Santé Canada d'imposer une exigence de confidentialité comme condition à la communication des données demandées par le demandeur.

Le Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général) (C.F.) 40

Environnement — Contrôle judiciaire d'un décret d'urgence émis par le gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 80(4)c)(ii) de la *Loi sur les espèces en péril* — Ce décret, le *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)* (le Décret d'urgence ou le Décret), interdit toute activité de drainage, d'excavation, de déboisement et de construction d'infrastructures dans l'aire d'application qui y est délimitée — Toute contravention aux interdictions prévues dans le Décret d'urgence constitue une infraction — Aucune compensation n'a été versée aux propriétaires des terrains situés dans l'aire d'application du Décret — Le demandeur est une entreprise œuvrant principalement dans le domaine du développement domiciliaire en banlieue de Montréal — En juillet 2016, certains terrains du demandeur, en voie d'être développés, ont été visés par le Décret d'urgence — Le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre de l'Environnement et du Changement climatique (le Ministre), a jugé le Décret nécessaire pour protéger un petit amphibien — la rainette faux-grillon de l'Ouest

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in question — Seeking to have Emergency Order cancelled on basis invalid because adopted under enabling provision — Act, s. 80(4)(c)(ii) — which is *ultra vires* Parliament or because constituting form of expropriation without compensation — Whether Act, s. 80(4)(c)(ii) *ultra vires* Parliament rendering Emergency Order invalid; whether Emergency Order void on grounds constituting form of expropriation without compensation — Pith, substance of Act, s. 80(4)(c)(ii) examined — S. 80(4)(c)(ii) allowing Governor in Council to make emergency order to protect any species on List of Wildlife Species at Risk, on land other than federal land, in exclusive economic zone of Canada or on continental shelf of Canada — Provision having legitimate public purpose of criminal law; ancillary to system of prohibitions established by Act — S. 80(4)(c)(ii) also intending to suppress “evil” within meaning of criminal law — Real link existing between harm feared, evil to be suppressed — S. 80(4)(c)(ii) also does not colourably invade exclusively provincial heads of power — Power s. 80(4)(c)(ii) conferring limited to imposing prohibitions in relation to activities likely to harm species in question, habitat necessary for its survival or recovery — Also, system of prohibitions established by Act, s. 80(4)(c)(ii) resembling criminal law system — S. 80(4)(c)(ii) having all attributes of measure validly enacted by Parliament under authority vested therein under *Constitution Act, 1867*, s. 91(27) — Even if Parliament not having authority required to enact provision, it would be saved by ancillary powers doctrine — Finally, Emergency Order not void on grounds constituting form of expropriation without compensation — Concepts of *de facto* expropriation or disguised expropriation having no impact on validity of Emergency Order — Application dismissed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Emergency order issued by Governor in Council under *Species at Risk Act*, s. 80(4)(c)(ii) prohibiting any activities involving drainage, excavation, deforestation, infrastructure construction in area to which applying — Whether Act, s. 80(4)(c)(ii) *ultra vires* Parliament rendering emergency order invalid — Applicant having to establish that Act, s. 80(4)(c)(ii) *ultra*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— inscrit à la Liste des espèces en péril établie aux termes de la Loi et dont il estimait la population exposée à des menaces imminentes pour son rétablissement — Le demandeur estimait que le Décret d’urgence paralysait ses activités de développement sur les terrains visés — Le demandeur a demandé l’annulation du Décret d’urgence, estimant qu’il était invalide soit parce qu’il avait été adopté en vertu d’une disposition habilitante — l’art. 80(4)c(ii) de la Loi — qui excède la compétence du Parlement, soit parce qu’il constituait une forme d’expropriation sans indemnisation — Il s’agissait de savoir si l’art. 80(4)c(ii) de la Loi excède la compétence du Parlement, entraînant ainsi l’invalidité du Décret d’urgence; et si le Décret d’urgence était nul au motif qu’il constituait une forme d’expropriation sans indemnisation — Le caractère véritable de l’art. 80(4)c(ii) de la Loi a été examiné — L’art. 80(4)c(ii) permet au gouverneur en conseil de prendre un décret d’urgence pour la protection de toute espèce inscrite à la Liste des espèces en péril, quelle qu’elle soit, se trouvant ailleurs que sur le territoire domanial, la zone économique exclusive ou le plateau continental du Canada — La disposition poursuit un objectif public légitime de droit criminel; il est accessoire au régime d’interdictions mis en place par la Loi — L’art. 80(4)c(ii) vise à réprimer un « mal » au sens du droit criminel — Il y a un lien réel entre le préjudice appréhendé et le mal à réprimer — L’art. 80(4)c(ii) n’empiète pas spécieusement sur les chefs de compétence provinciale exclusive — Le pouvoir que l’art. 80(4)c(ii) confère est limité à l’imposition d’interdictions en lien avec les activités susceptibles de nuire à l’espèce visée et à l’habitat qui est nécessaire à sa survie ou à son rétablissement — En outre, le régime d’interdictions établi par l’art. 80(4)c(ii) de la Loi a les attributs de forme d’un régime de droit criminel — L’art. 80(4)c(ii) possède tous les attributs d’une mesure validement adoptée par le Parlement en vertu de la compétence qui lui est dévolue aux termes de l’art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Même si le Parlement n’avait pas la compétence nécessaire pour adopter cette disposition, elle serait sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires — Enfin, le Décret d’urgence n’était pas nul au motif qu’il constituerait une forme d’expropriation sans indemnisation — Les concepts d’appropriation de fait ou d’expropriation déguisée n’ont eu aucun effet sur la validité du Décret d’urgence — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Décret d’urgence émis par le gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère l’art. 80(4)c(ii) de la *Loi sur les espèces en péril*, interdisant toute activité de drainage, d’excavation, de déboisement et de construction d’infrastructures dans l’aire d’application qui y est délimitée — Il s’agissait de savoir si l’art. 80(4)c(ii) de la Loi excède la compétence du Parlement,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

vires Parliament — Act, s. 80(4)(c)(ii) having all attributes of measure validly enacted by Parliament under authority vested therein under *Constitution Act, 1867* (CA 1867), s. 91(27) (criminal law) — Even if Parliament not having authority required to enact provision, it would be saved by ancillary powers doctrine — This is because of existence of rational, functional link connecting provision at issue to broader legislative scheme (Act), which otherwise valid.

Turp v. Canada (Foreign Affairs) (F.C.A.) 198

Foreign Trade — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review challenging respondent's decision to issue permits for export of light armoured vehicles (LAVs) to Kingdom of Saudi Arabia — Specifically, Court concluded appellant could not challenge respondent's decision to issue permits for export to Kingdom of Saudi Arabia of LAVs on *Export Control List* (List), established by Governor in Council under *Export and Import Permits Act* (EIPA), s. 3 — Pursuant to EIPA, *Export Controls Handbook* (Handbook), Canada's international obligations, appellant arguing respondent should have declined to issue said export permits on ground of reasonable risk Saudi Arabia might use LAVs against civilian populations, particularly in Yemen — Respondent's decision to approve issuance of permits based on recommendation from Deputy Minister of Foreign Affairs — Federal Court concluding, in particular, respondent made no reviewable error in making decision, respondent having broad discretion — Court deciding scope of Court's power limited to ascertaining whether respondent's discretion exercised in good faith on basis of relevant considerations, which discretion so exercised — Main issue whether Federal Court erring in finding respondent exercised discretion in reasonable manner; in refusing to consider appellant's argument that respondent had closed mind when making decision — Appellant alleging Court made several errors by concluding as it did but appellant's arguments could not stand — No doubt respondent considered all relevant factors he had to consider, according to legislative framework — Respondent considered not only economic, trade factors, but also humanitarian law, human rights issues — Considering wording of EIPA, Court must show great restraint when called upon to review decision by respondent — In exercising discretion under EIPA, s. 7, respondent considered factors pertaining to humanitarian law, more specifically, conflict in Yemen, wondered about potential human rights violations in Yemen — Therefore, respondent did not exercise discretion in unreasonable manner; consequently, Court correct in finding as it did — Regarding respondent's state of mind when making

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

entraînant ainsi l'invalidité du Décret d'urgence — Il revenait au demandeur d'établir que l'art. 80(4)c)(ii) de la Loi excède la compétence du Parlement — L'art. 80(4)c)(ii) de la Loi possède tous les attributs d'une mesure validement adoptée par le Parlement en vertu de la compétence qui lui est dévolue aux termes de l'art. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (droit criminel) — Même si le Parlement n'avait pas la compétence nécessaire pour adopter cette disposition, elle serait sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires — En effet, un lien rationnel et fonctionnel la rattache à un régime législatif plus vaste (la Loi), par ailleurs valide.

Turp c. Canada (Affaires étrangères) (C.A.F.) 198

Commerce extérieur — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant qui s'opposait à la décision de l'intimé d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite pour des véhicules blindés légers (VBL) — Plus particulièrement, la Cour concluait que l'appellant ne pouvait s'opposer à la décision de l'intimé d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite pour des VBL, lesquels se retrouvent sur la *Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée* (Liste), établie par le Gouverneur en conseil en vertu de l'art. 3 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (la LLEI) — L'appellant soutenait qu'en raison de la LLEI, du *Manuel des contrôles à l'exportation* (Manuel) et des obligations internationales du Canada, l'intimé se devait de refuser l'octroi desdites licences d'exportation puisqu'il existait un risque raisonnable que les VBL soient utilisés par l'Arabie saoudite contre des populations civiles, en particulier au Yémen — La décision de l'intimé d'approuver l'octroi de licences d'exportation fut prise sur la recommandation du sous-ministre des Affaires étrangères — La Cour fédérale a conclu en particulier que l'intimé n'a commis aucune erreur révisable en prenant sa décision et a estimé que la discrétion de l'intimé était large — Elle a décidé que la portée de son contrôle se limitait à s'assurer que le pouvoir discrétionnaire de l'intimé a été exercé de bonne foi en fonction des considérations pertinentes, ce qui était le cas — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a erré en concluant que l'intimé a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable; et en refusant de considérer l'argument de l'appellant selon lequel l'intimé avait l'esprit fermé au moment de prendre sa décision — L'appellant a prétendu que la Cour a commis plusieurs erreurs en concluant comme elle l'a fait mais les arguments de l'appellant ne pouvaient réussir — Il ne faisait pas de doute que l'intimé a considéré tous les facteurs pertinents qu'il lui incombait de considérer selon le cadre législatif — L'intimé a considéré non seulement les facteurs économiques et commerciaux

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

decision, insofar as respondent considered what he had to consider under applicable statutory regime, which was the case, question of impartiality, procedural fairness had no relevance unless respondent's decision based on irrelevant considerations or bad faith — Appeal dismissed — *Per* Gleason J.A. (concurring): Unnecessary to comment on reasonable or unreasonable nature of respondent's decision to permit export of light armoured vehicles where, according to respondent, reasonable risk these vehicles will be used in contravention of international human rights rules or where this only conclusion respondent could reasonably come to — Unnecessary to rule on this question here because question not raised.

International Law — In appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review challenging respondent's decision to issue permits for export of light armoured vehicles to Kingdom of Saudi Arabia, issue of Geneva Conventions raised — Whether Federal Court erred in rejecting appellant's arguments based on Common Article 1 of Geneva Conventions — Court correctly ruled appellant did not have standing necessary to raise violation of Geneva Conventions — Only state signatories to Geneva Conventions can raise violation of conventions, more specifically, violation of Common Article 1 — With respect to use of experts to prove international law, in case like this one, parties did not need to rely on expertise in international law since international law question of law, prerogative of courts.

SOMMAIRE (Fin)

mais les questions de droit humanitaire et de droits de la personne — Compte tenu du libellé de la LLEI, la Cour doit exercer une grande retenue lorsqu'elle est appelée à réviser une décision de l'intimé — Dans l'exercice de sa discrétion en vertu de l'art. 7 de la LLEI, l'intimé a considéré les facteurs portant sur le droit humanitaire et plus particulièrement, il a considéré le conflit au Yémen et s'est interrogé sur les violations possibles des droits de la personne dans ce pays — Donc, l'intimé n'a pas exercé sa discrétion de manière déraisonnable et, par conséquent, la Cour avait raison de conclure comme elle l'a fait — En ce qui concerne l'esprit de l'intimé au moment de prendre sa décision, dans la mesure où l'intimé a considéré ce qu'il devait considérer en raison du régime législatif applicable, ce qui était le cas en l'espèce, la question d'impartialité et d'équité procédurale n'était d'aucune pertinence à moins que la décision prise par l'intimé résultait de considérations non-pertinentes ou de sa mauvaise foi — Appel rejeté — La juge Gleason, J.C.A. (motifs concourants) : Il n'était pas nécessaire d'émettre des commentaires sur le caractère raisonnable ou non de la décision de l'intimé d'autoriser l'exportation de véhicules blindés légers dans le cas où, selon l'intimé, il existait un risque raisonnable que ces véhicules soient utilisés en contravention des règles internationales des droits de la personne ou dans le cas où c'était la seule conclusion que l'intimé aurait raisonnablement pu tirer — Il n'était pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce car elle ne se posait pas.

Droit international — Dans un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant qui s'opposait à la décision de l'intimé d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite pour des véhicules blindés légers, la question des conventions de Genève a été soulevée — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a erré en rejetant les arguments de l'appellant fondés sur l'article premier commun des conventions de Genève — La Cour avait raison de conclure que l'appellant n'avait pas l'intérêt nécessaire pour soulever une violation des conventions de Genève — Seuls les États signataires des conventions de Genève peuvent se plaindre d'une violation des conventions et plus particulièrement d'une violation de l'article premier commun — Enfin, concernant l'utilisation d'experts pour prouver le droit international, dans une affaire comme celle-ci, il n'était pas nécessaire pour les parties d'avoir recours à des expertises portant sur le droit international, qui est une question de droit et qui est donc de l'apanage des tribunaux.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Begum v. Canada (Citizenship and Immigration), A-169-17, 2018 FCA 181, de Montigny J.A., judgment dated October 10, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused April 18, 2019.

Democracy Watch v. Canada (Attorney General), A-287-16, A-424-16, 2018 FCA 194, de Montigny J.A., judgment dated October 26, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused May 2, 2019.

Laplante v. Canada, A-222-17, 2018 FCA 193, Boivin J.A., judgment dated October 23, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused May 2, 2019.

Nguesso v. Canada (Citizenship and Immigration), A-466-16, 2018 FCA 145, de Montigny J.A., judgment dated August 1, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused April 18, 2019.

Satoma Financial Trust v. Canada, A-189-17, 2018 FCA 74, Noël C.J., judgment dated April 10, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused March 28, 2019.

Schmidt v. Canada (Attorney General), A-105-16, 2018 FCA 55, Stratas J.A., judgment dated March 20, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused April 4, 2019.

Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General), A-75-17, 2018 FCA 153, Dawson J.A., judgment dated August 30, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused May 2, 2019 (*sub nom. Burnaby (City) v. Canada (Attorney General)*).

Turp v. Canada (Foreign Affairs), A-59-17, 2018 FCA 133, Nadon and Gleason J.J.A., judgment dated July 6, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused April 11, 2019.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-169-17, 2018 CAF 181, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 10 octobre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 avril 2019.

Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général), A-287-16, A-424-16, 2018 CAF 194, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 26 octobre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 mai 2019.

Laplante c. Canada, A-222-17, 2018 CAF 193, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 23 octobre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 mai 2019.

Nguesso c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-466-16, 2018 CAF 145, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 1^{er} août 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 avril 2019.

Fiducie Financière Satoma c. Canada, A-189-17, 2018 CAF 74, le juge en chef Noël, jugement en date du 10 avril 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 mars 2019.

Schmidt c. Canada (Procureur général), A-105-16, 2018 CAF 55, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 20 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 avril 2019.

Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général), A-75-17, 2018 CAF 153, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 30 août 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 mai 2019 (*sub nom. Burnaby (Ville) c. Canada (Procureur général)*).

Turp c. Canada (Affaires étrangères), A-59-17, 2018 CAF 133, les juges Nadon et Gleason, J.C.A., jugement en date du 6 juillet 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 avril 2019.

**Federal Courts
Reports**

2019, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 1, 1^{er} fascicule

T-762-15
2018 FC 822

T-762-15
2018 CF 822

Clifford Ray Cardinal (*Applicant*)

Clifford Ray Cardinal (*demandeur*)

v.

c.

Bigstone Cree Nation, Bigstone Cree Nation Council, Chief Gordon T. Auger, Councillor Clara Moberly, Councillor Bert Alook, Councillor Edward Bigstone, Councillor Josie Auger, Councillor Stella Noskiye, Councillor Art Bigstone, Councillor Freda Alook, Councillor Ivan Alook (*Respondents*)

Nation des Cris de Bigstone, Conseil de la Nation Crie de Bigstone, chef Gordon T. Auger, conseillère Clara Moberly, conseiller Bert Alook, conseiller Edward Bigstone, conseillère Josie Auger, conseillère Stella Noskiye, conseiller Art Bigstone, conseillère Freda Alook, conseiller Ivan Alook (*défendeurs*)

INDEXED AS: CARDINAL v. BIGSTONE CREE NATION

RÉPERTORIÉ : CARDINAL C. NATION DES CRIS DE BIGSTONE

Federal Court, Roussel J.—Edmonton, March 13; Vancouver, August 9, 2018.

Cour fédérale, juge Roussel—Edmonton, 13 mars; Vancouver, 9 août 2018.

Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review of decision by Chief, Council of Bigstone Cree Nation (BCN) removing applicant from position as BCN councillor for failing to comply with residency requirements set out in BCN Election Code — Under Code's terms, chief, councillors required to assume residency on reserve for which elected within three months of their election; must remain "permanently resident" on reserve throughout term of office — Applicant contending that process by which removed from office procedurally unfair, contravening principles of natural justice — Also alleging that residency requirement provisions in BCN Election Code infringing his equality rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Applicant member of BCN, affiliated with Calling Lake Reserve — Not living on reserve when re-elected to serve as councillor on BCN Council — Applicant subsequently informed of removal from office for breaching residency requirements of BCN Election Code — Whether BCN Council's decision removing applicant from office resulting in applicant being denied procedural fairness, natural justice; whether residency requirement provisions of BCN Election Code infringing applicant's equality rights under Charter, s. 15; what was appropriate remedy in present case — While applicant entitled to procedural fairness in being removed from position as councillor, applicant's rights to procedural fairness not breached by respondents herein — Regarding Charter rights, s. 15, residency requirement provision in BCN Election Code creating distinction based on analogous ground of Aboriginal residency — Distinction imposing burden on off-reserve members, denying them benefit in manner that perpetuating erroneous notion that band members living off reserve having no interest, reduced ability in participating in band governance — Consequently, residency

Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le chef et le conseil de la Première Nation des Cris de Bigstone (NCB), destituant le demandeur de sa charge de conseiller de la NCB pour avoir omis de respecter les exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB — Selon les modalités de ce code, le chef et les conseillers doivent établir leur résidence dans la réserve où ils ont été élus dans les trois mois suivant leur élection et demeurer « résidents permanents » pendant toute la durée de leur mandat — Le demandeur a soutenu que le processus par lequel il a été destitué de sa charge était inéquitable sur le plan procédural et contrevenait aux principes de justice naturelle — Il a soutenu également que les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient aux droits à l'égalité qui lui sont reconnus en application de l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Le demandeur est membre de la NCB et affilié à la réserve de Calling Lake — Il ne vivait pas dans la réserve lorsqu'il a été réélu membre du conseil de la NCB — Le demandeur a par la suite été informé de sa destitution pour manquement aux exigences en matière de résidence du code électoral de la NCB — Il s'agissait de savoir si la décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur de sa charge a fait en sorte que le demandeur a été privé de son droit d'équité procédurale et a contrevenu aux principes de justice naturelle; si les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient à ses droits à l'égalité en application de l'art. 15 de la Charte; quelle était la mesure de réparation qui convenait dans la présente affaire — Le demandeur avait droit à l'équité procédurale dans le cadre de la procédure visant à le destituer de sa charge de conseiller, mais ses droits

requirement in BCN Election Code discriminating against off-reserve band members by prohibiting them from participating in representative governance of their band Council on basis of off-reserve band member status — Although some of relief applicant requesting could not be granted, BCN Council decision removing applicant from Council set aside — Application allowed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Chief, Council of Bigstone Cree Nation (BCN) removing applicant from position as BCN councillor for failing to comply with residency requirements set out in BCN Election Code — Applicant alleging, inter alia, that residency requirement provisions in BCN Election Code infringing his equality rights under Charter, s. 15(1) — Applicant not living on reserve when re-elected to serve as councillor on BCN Council — Subsequently removed from office for breaching residency requirements of BCN Election Code — Whether residency requirement provisions of BCN Election Code infringing applicant's equality rights under Charter, s. 15; if so, whether residency requirement provisions justified under Charter, s. 1 — Residency requirement provision in BCN Election Code creating distinction based on analogous ground of Aboriginal residency — Distinction residency requirement creating imposing burden on off-reserve members, denying them benefit in manner that has effect of perpetuating erroneous notion that band members living off reserve having no interest, reduced ability in participating in band governance — Consequently, residency requirement in BCN Election Code discriminating against off-reserve band members by prohibiting them from participating in representative governance of their band Council on basis of off-reserve band member status — Respondents failing to satisfy Court that rational connection existing between objectives advanced, limit on ability of off-reserve band members to participate in band Council's decision-making; that residency requirement minimally impairing — Therefore, respondents not demonstrating that residency requirement justified as reasonable limit under Charter, s. 1 — BCN Council decision removing applicant from Council set aside — Court also declaring subsection 17(b) of BCN Election Code of no force, effect because contrary to Charter, s. 15, provision not saved by Charter, s. 1.

à l'équité procédurale n'ont pas été enfreints par les défendeurs dans la présente affaire — En ce qui concerne les droits énoncés à l'art. 15 de la Charte, l'exigence en matière de résidence prescrite par le code électoral de la NCB établit une distinction au motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence — La distinction impose un fardeau aux membres hors réserve et les prive d'un avantage ayant pour effet de perpétuer la notion erronée que les membres de la bande qui vivent hors réserve n'ont pas d'intérêt et ont une capacité réduite à participer à la gouvernance de la bande — Par conséquent, l'exigence en matière de résidence énoncée dans le code électoral de la NCB est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l'administration représentative de leur bande en raison de leur statut de membre hors réserve — Même si certaines des réparations demandées par le demandeur ne pouvaient être accordées, la décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur du Conseil a été annulée — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Le chef et le conseil de la Première Nation des Cris de Bigstone (NCB) ont destitué le demandeur de sa charge de conseiller de la NCB pour avoir omis de respecter les exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB — Le demandeur a soutenu notamment que les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient aux droits à l'égalité qui lui sont reconnus en application de l'art. 15(1) de la Charte — Le demandeur ne vivait pas dans la réserve lorsqu'il a été réélu membre du conseil de la NCB — Il a été par la suite destitué de sa charge pour manquement aux exigences en matière de résidence du code électoral de la NCB — Il s'agissait de savoir si les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient aux droits à l'égalité du demandeur en application de l'art. 15 de la Charte; dans l'affirmative, si les dispositions des exigences en matière de résidence étaient justifiées en application de l'article premier de la Charte — L'exigence en matière de résidence prescrite par le code électoral de la NCB établit une distinction au motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence — La distinction impose un fardeau aux membres hors réserve et les prive d'un avantage ayant pour effet de perpétuer la notion erronée que les membres de la bande qui vivent hors réserve n'ont pas d'intérêt et ont une capacité réduite à participer à la gouvernance de la bande — Par conséquent, l'exigence en matière de résidence énoncée dans le code électoral de la NCB est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l'administration représentative de leur bande en raison de leur statut de membre hors réserve — Les défendeurs n'ont pas réussi à convaincre la Cour qu'il existait un lien rationnel entre les objectifs avancés et la capacité limitée des membres de la bande vivant hors de réserve à participer aux décisions de leur conseil de bande; que l'exigence en matière de résidence porte

une atteinte minimale — En conséquence, les défendeurs n'ont pas démontré que l'exigence en matière de résidence était justifiée comme une limite raisonnable en application de l'article premier de la Charte — La décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur du Conseil a été annulée — La Cour a également déclaré l'art. 17b) du code électoral de la NCB inopérant puisqu'il était contraire à l'art. 15 de la Charte et ne pouvait être justifié par l'article premier de la Charte.

This was an application for judicial review of a decision by the Chief and Council of the Bigstone Cree Nation (BCN), removing the applicant from his position as BCN councillor for failing to comply with the residency requirements set out in the BCN Election Code. Under its terms, the chief and councillors are required to assume residency on the reserve for which they were elected within three months of their election and to remain “permanently resident” there throughout their term of office. The applicant contended that the process by which he was removed from office was procedurally unfair and contravened the principles of natural justice. He also alleged that the residency requirement provisions in the BCN Election Code infringed his equality rights under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondents argued that the applicant was afforded procedural fairness as he was given ample notice and opportunity to comply with the residency requirements prescribed by the BCN Election Code. They also argued that the residency requirements did not offend subsection 15(1) of the Charter and, if so, they were saved by section 1 of the Charter.

The BCN is a Treaty 8 First Nation, located in northern Alberta. The applicant is a member of the BCN and is affiliated with the Calling Lake Reserve. For the past three decades, he has owned a house that is situated approximately 150 meters outside the boundary of the Calling Lake Reserve. The applicant was previously elected to the BCN Council to represent the Calling Lake community in 2010, lived on the reserve and served on the Council until the end of his four-year term. After being initially defeated in 2014, the applicant moved off the reserve. However, the election results were overturned on appeal and the applicant was re-elected. The applicant was reminded in February 2015 of the residency requirements for elected Councillors and was asked to submit his proof of residency by a specific date. The evidence the applicant provided was not considered sufficient to prove his residency on the reserve. The BCN Council subsequently informed the applicant in writing that he was removed from office for breaching the residency requirements of the BCN Election Code.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le chef et le conseil de la Première Nation des Cris de Bigstone (NCB), destituant le demandeur de sa charge de conseiller de la NCB pour avoir omis de respecter les exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB. Selon les modalités de ce code, le chef et les conseillers doivent établir leur résidence dans la réserve où ils ont été élus dans les trois mois suivant leur élection et demeurer [TRADUCTION] « résidents permanents » pendant toute la durée de leur mandat. Le demandeur a soutenu que le processus par lequel il a été destitué de sa charge était inéquitable sur le plan procédural et contrevenait aux principes de justice naturelle. Il a soutenu également que les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient aux droits à l'égalité qui lui sont reconnus en application du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les défendeurs ont soutenu que le demandeur a bénéficié de l'équité procédurale puisqu'il a été informé suffisamment à l'avance et qu'il a eu une réelle possibilité de se conformer aux exigences en matière de résidence prescrites par le code électoral de la NCB. Ils ont soutenu également que les exigences en matière de résidence ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) de la Charte et que, le cas échéant, elles étaient justifiées par l'article premier de la Charte.

La NCB est une Première Nation membre du Traité 8, située dans le nord de l'Alberta. Le demandeur est membre de la NCB et affilié à la réserve de Calling Lake. Depuis trois décennies, il est propriétaire d'une maison située environ 150 mètres hors de la frontière de la réserve de Calling Lake. Le demandeur a d'abord été élu au conseil de la NCB en 2010 pour représenter la communauté de Calling Lake, il a habité dans la réserve et a siégé au conseil de la NCB jusqu'à la fin de son mandat de quatre ans. En 2014, le demandeur a été défait aux élections générales et est déménagé à l'extérieur de la réserve. Après que les résultats des élections ont été invalidés en appel, le demandeur a été réélu. En février 2015, le demandeur s'est fait rappeler l'obligation de résidence pour les conseillers élus et a été appelé à soumettre sa vérification du lieu de résidence au plus tard à une date donnée. Les éléments de preuve fournis par le demandeur n'ont pas été considérés comme étant suffisants pour démontrer son lieu de résidence dans la réserve. Le conseil de la NCB a ensuite informé le demandeur par écrit de

The issues were whether the BCN Council's decision removing the applicant from office resulted in the applicant being denied procedural fairness and natural justice; whether the residency requirement provisions of the BCN Election Code infringed the applicant's equality rights under section 15 of the Charter; if so, whether the residency requirement provisions were justified under section 1 of the Charter; and what was the appropriate remedy in this case.

Held, the application should be allowed.

The applicant was entitled to procedural fairness in being removed from his position as councillor. The ultimate question that had to be determined here was whether the applicant knew the case he had to meet and whether he had a full and fair chance to respond. Upon review of the record, the Court was not persuaded that the applicant's rights to procedural fairness were breached by the respondents. The importance of the removal decision, both to the applicant and the members of the Calling Lake community who voted for him, was considered. The applicant knew the case he had to meet and was given an opportunity to respond. He was informed both orally and in writing that his colleagues on Council had an issue with his failure to assume residency on the reserve for which he was elected. He was also forewarned of the consequences of non-compliance and was given an opportunity to respond by submitting documentation establishing his compliance with the residency requirements. The documentation that the applicant submitted did not meet the expectations of the BCN Council. There was no evidence in this case of "ongoing and legitimate efforts" by the applicant to establish residency which could have satisfied the requirement in the BCN Election Code that the applicant "assume residency" on the Calling Lake Reserve. Finally, it was reasonable for the BCN Council to exclude the applicant from the meeting to encourage a frank and open discussion between Council members.

Regarding the section 15 Charter rights, the Supreme Court of Canada's two-step analytical framework for establishing whether a law infringes the guarantee of equality under subsection 15(1) of the Charter was applied. First, it had to be determined whether the residency requirement prescribed by the BCN Election Code created a distinction. While on its face, the residency requirement provision is neutral and makes no distinction based on the analogous ground of

sa destitution pour manquement aux exigences en matière de résidence du code électoral de la NCB.

Il s'agissait de savoir si la décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur de sa charge a fait en sorte que le demandeur a été privé de son droit d'équité procédurale et a contrevenu aux principes de justice naturelle; si les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contrevenaient à ses droits à l'égalité en application de l'article 15 de la Charte; dans l'affirmative, si les dispositions des exigences en matière de résidence étaient justifiées en application de l'article premier de la Charte; et quelle était la mesure de réparation qui convenait dans la présente affaire.

Jugement : La demande doit être accueillie.

Le demandeur avait droit à l'équité procédurale dans le cadre de la procédure visant à le destituer de sa charge de conseiller. La question fondamentale à trancher était celle de savoir si le demandeur connaissait la défense à présenter et s'il a eu une occasion totale et équitable de répondre. Après avoir examiné le dossier, la Cour n'était pas convaincue que les droits du demandeur à l'équité procédurale ont été enfreints par les défendeurs. L'importance de la décision concernant la destitution, tant pour le demandeur que pour les membres de la communauté de Calling Lake qui ont voté pour lui, a été prise en considération. Le demandeur connaissait la défense à présenter et il a eu la possibilité de répondre. Il a été avisé, à l'oral et à l'écrit, du fait que ses collègues au sein du conseil s'inquiétaient de son manquement à établir sa résidence dans la réserve dans laquelle il a été élu. Il a également été informé au préalable des conséquences de ne pas se conformer aux exigences en matière de résidence et a eu l'occasion de répondre en soumettant des documents démontrant qu'il se conformait à ces exigences. Les documents soumis par le demandeur n'étaient pas conformes aux attentes du conseil de la NCB. Aucun élément de preuve en l'espèce n'a démontré qu'il y avait eu, de la part du demandeur, « des efforts continus et légitimes » pour établir sa résidence qui auraient permis de satisfaire aux exigences énoncées dans le code électoral de la NCB pour la demande d'« établir sa résidence » dans la réserve de Calling Lake. Enfin, il était raisonnable que le conseil de la NCB exclue le demandeur de la réunion pour encourager une discussion franche et ouverte entre les membres du conseil.

En ce qui concerne les droits énoncés à l'article 15 de la Charte, le cadre analytique en deux volets établi par la Cour suprême a été utilisé pour déterminer si une loi porte atteinte à la garantie d'égalité en application du paragraphe 15(1) de la Charte. Il fallait d'abord déterminer si l'exigence en matière de résidence prescrite par le code électoral de la NCB établit une distinction. À première vue, l'exigence en matière de résidence est neutre et n'établit aucune distinction au motif

Aboriginal residency, the distinction comes from its impact since it imposes a differential treatment and has a disproportionate effect on band members because of their off-reserve band member status. Unlike candidates who already reside on the reserve, off-reserve candidates are required to establish residency on the reserve within three months of their election. Therefore, the residency requirement provision in the BCN Election Code creates a distinction based on the analogous ground of Aboriginal residency. Concerning the second part of the analysis, the distinction created by the residency requirement imposes a burden on off-reserve members and denies them a benefit in a manner that has the effect of perpetuating the erroneous notion that band members who live off the reserve have no interest and a reduced ability in participating in band governance. The distinction also reinforces the historical stereotype that off-reserve band members are less worthy and entitled, not on the basis of merit, but because they live off reserve. Consequently, the residency requirement in the BCN Election Code discriminates against off-reserve band members by prohibiting them from participating in the representative governance of their band Council on the basis of their off-reserve band member status.

As to whether the residency requirement was justified under section 1 of the Charter, the respondents argued that the residency requirement's goal to foster a councillor's real, substantial and present connection to the community was a legitimate objective which was inextricably connected to the restriction imposed. However, they failed to satisfy the Court that there was a rational connection between the objectives they advanced and the limit on the ability of off-reserve band members to participate in their band Council's decision-making. Also, their argument that the residency requirement was minimally impairing because it does not disenfranchise members from voting or standing for office or from participating in the governance of their band was rejected. Accordingly, the respondents did not satisfy their burden of demonstrating that the residency requirement was justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter.

Respecting the remedy, some of the relief the applicant requested could not be granted in particular because of a lack of evidence. Nonetheless, the decision of the BCN Council removing the applicant from Council was set aside. The Court also declared subsection 17(b) of the BCN Election Code of no force and effect because it was contrary to section 15 of the Charter and could not be saved by section 1 thereof.

analogue de l'autochtonité-lieu de résidence. Toutefois, la distinction découle de ses répercussions, puisqu'elle impose un traitement différentiel et exerce un effet disproportionné sur les membres de la bande au motif de leur statut de membre hors réserve. Contrairement aux candidats qui habitent déjà sur la réserve, les candidats hors réserve doivent établir leur résidence dans la réserve dans les trois mois suivant leur élection. Par conséquent, les dispositions de l'exigence en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB créent une distinction au motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence. En ce qui concerne la deuxième partie de l'analyse, la distinction créée par la résidence impose un fardeau aux membres hors réserve et les prive d'un avantage ayant pour effet de perpétuer la notion erronée que les membres de la bande qui vivent hors réserve n'ont pas d'intérêt et ont une capacité réduite à participer à la gouvernance de la bande. Cette distinction renforce également le stéréotype historique selon lequel les membres hors réserve sont moins dignes de reconnaissance et n'ont pas droit aux mêmes avantages, non pas sur le mérite, mais parce qu'ils vivent hors de la réserve. Par conséquent, l'exigence en matière de résidence énoncée dans le code électoral de la NCB est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l'administration représentative de leur bande en raison de leur statut de membre hors réserve.

En ce qui concerne la question de savoir si l'exigence en matière de résidence est justifiée en application de l'article premier de la Charte, les défendeurs ont soutenu que l'objectif de l'exigence en matière de résidence de favoriser des liens réels, étroits et actuels avec la communauté était un objectif légitime qui est inextricablement lié à la restriction imposée. Ils n'ont toutefois pas réussi à convaincre la Cour qu'il existait un lien rationnel entre les objectifs avancés par les défendeurs et la capacité limitée des membres de la bande vivant hors de réserve à participer aux décisions de leur conseil de bande. En outre, leur argument selon lequel l'exigence en matière de résidence porte une atteinte minimale puisqu'elle ne prive pas les membres de leur droit de voter, d'être candidat à une élection ou participer à la gouvernance de leur bande n'a pas été retenu. En conséquence, les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de démontrer que l'exigence en matière de résidence était justifiée comme une limite raisonnable en application de l'article premier de la Charte.

Relativement à la question de la réparation, certaines des réparations demandées par le demandeur ne pouvaient être accordées en raison plus particulièrement de l'insuffisance des éléments de preuve. Néanmoins, la décision du conseil de la NCB de destituer le demandeur du Conseil a été annulée. La Cour a déclaré l'alinéa 17b) du code électoral de la NCB inopérant puisqu'il était contraire à l'article 15 de la Charte et ne pouvait être justifié par l'article premier de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, Tariff B, Column III.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 75(1), 77(1).

CASES CITED

APPLIED:

Erasmov. Canada (Attorney General), 2015 FCA 129, 336 C.R.R. (2d) 56; *Joseph v. Dzawada'enuxw (Tsawataineuk) First Nation*, 2013 FC 974, 439 F.T.R. 226; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; *Esquega v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 878, [2008] 1 F.C.R. 795, revd on other grounds by 2008 FCA 182, [2009] 1 F.C.R. 448; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200.

DISTINGUISHED:

Lavallee v. Ferguson, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358; *Orr v. Peerless Trout First Nation*, 2015 FC 1053, 341 C.R.R. (2d) 222, affd 2016 FCA 146, 484 N.R. 47.

CONSIDERED:

Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Thompson v. Leq'á:mel First Nation*, 2007 FC 707, 284 D.L.R. (4th) 80.

REFERRED TO:

Sparvier v. Cowessess Indian Band, [1993] 3 F.C. 142 (1993), 63 F.T.R. 242 (T.D.); *Mission Institution v. Khela*, 2004 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 122; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 774, 483 F.T.R. 174; *Prince v. Sucker Creek First Nation*, 2008 FC 1268, 303 D.L.R. (4th) 343; *Parenteau v. Badger*, 2016 FC 535; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Canada v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 77(1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, tarif B, colonne III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Erasmov. Canada (Procureur général), 2015 CAF 129; *Joseph c. Première nation Dzawada'enuxw (Tsawataineuk)*, 2013 CF 974; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Esquega c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 878, [2008] 1 R.C.F. 795 infirmée pour d'autres motifs par 2008 CAF 182, [2009] 1 R.C.F. 448; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Lavallee c. Ferguson, 2016 CAF 11; *Orr c. Première Nation de Peerless Trout*, 2015 CF 1053, conf. par 2016 CAF 146.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Thompson c. Première Nation Leq'á :mel*, 2007 CF 707.

DÉCISIONS CITÉES :

Sparvier c. Bande indienne Cowessess, [1993] 3 C.F. 142 (1^{re} inst.); *Établissement de Mission c. Khela*, 2004 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 122; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 774; *Prince c. Première Nation de Sucker Creek*, 2008 CF 1268; *Parenteau c. Badger*, 2016 CF 535; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada c. Première Nation d'Akisq'nuk*, 2017 CAF 175;

Akisiq`nuk First Nation, 2017 FCA 175, 31 Admin. L.R. (6th) 1; *Parker v. Okanagan Indian Band Council*, 2010 FC 1218, [2011] 2 C.N.L.R. 235; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Cockerill v. Fort McMurray First Nation No. 468*, 2010 FC 337, 218 C.R.R. (2d) 127; *Clifton v. Hartley Bay Indian Band*, 2005 FC 1030, [2006] 2 F.C.R. 24.

Parker c. Conseil de la bande indienne d'Okanagan, 2010 CF 1218; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Cockerill c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, 2010 CF 337; *Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, 2005 CF 1030, [2006] 2 R.C.F. 24

APPLICATION for judicial review of a decision by the Chief and Council of the Bigstone Cree Nation (BCN) removing the applicant from his position as BCN councillor for failing to comply with the residency requirements set out in the BCN Election Code. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le chef et le conseil de la Première Nation des Cris de Bigstone (NCB), destituant le demandeur de sa charge de conseiller de la NCB pour avoir omis de respecter les exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB. Demande accueillie.

APPEARANCES

Allyson F. Jeffs for applicant.
Françoise H. Belzil for respondents.

ONT COMPARU :

Allyson F. Jeffs pour le demandeur.
Françoise H. Belzil pour les défendeurs.

SOLICITORS OF RECORD

Emery Jamieson LLP, Edmonton, for applicant.
Biamonte LLP, Edmonton, for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Emery Jamieson LLP, Edmonton, pour le demandeur.
Biamonte LLP, Edmonton, pour les défendeurs.

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

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

ROUSSEL J.:

LA JUGE ROUSSEL :

I. Overview

[1] The applicant seeks judicial review of a decision made on March 24, 2015 by the Chief and Council of the Bigstone Cree Nation (BCN), removing him from his position as BCN councillor for failing to comply with the residency requirements set out in the BCN Election Code. Under its terms, the chief and councillors are required to assume residency on the reserve for which they were elected within three months of their election and to remain “permanently resident” there throughout their term of office.

I. Aperçu

[1] Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire d'une décision rendue le 24 mars 2015 par le chef et le conseil de la Première Nation des Cris de Bigstone (NCB), le destituant de sa charge de conseiller de la NCB pour avoir omis de respecter les exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB. Selon les modalités de ce code, le chef et les conseillers doivent établir leur résidence dans la réserve où ils ont été élus dans les trois mois suivant leur élection et demeurer [TRADUCTION] « résidents permanents » pendant toute la durée de leur mandat.

[2] The applicant contends that the process by which he was removed from office was procedurally unfair and contravened the principles of natural justice. He also alleges that the residency requirement provisions in the BCN Election Code infringe his equality rights under subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter).

[3] The respondents argue that the applicant was afforded procedural fairness as he was given ample notice and opportunity to comply with the residency requirements prescribed by the BCN Election Code. They also argue that the residency requirements do not offend subsection 15(1) of the Charter and if so, they are saved by section 1 of the Charter.

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

II. Background

[5] The BCN is a Treaty 8 First Nation, located in northern Alberta. It is comprised of three communities: Wabasca/Desmarais, Chipewyan Lake and Calling Lake. Wabasca is the largest community. The other two communities are smaller and more isolated.

[6] The applicant is a member of the BCN and is affiliated with the Calling Lake Reserve. For the past three decades, he has owned a house that is situated approximately 150 meters outside the boundary of the Calling Lake Reserve.

[7] The applicant was first elected to the BCN Council to represent the Calling Lake community in 2010. In order to meet the residency requirements of the BCN Election Code, the applicant moved in with his son, who lives on the Calling Lake Reserve. This arrangement was approved by the BCN Chief and Council.

[2] Le demandeur soutient que le processus par lequel il a été destitué de sa charge était inéquitable sur le plan procédural et contrevenait aux principes de justice naturelle. Il soutient également que les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contreviennent aux droits à l'égalité qui lui sont reconnus en application du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[3] Les défendeurs soutiennent que le demandeur a bénéficié de l'équité procédurale puisqu'il a été informé suffisamment à l'avance et qu'il a eu une réelle possibilité de se conformer aux exigences en matière de résidence prescrites par le code électoral de la NCB. Ils soutiennent également que les exigences en matière de résidence ne contreviennent pas au paragraphe 15(1) de la Charte et que, le cas échéant, elles sont justifiées par l'article 1 de la Charte.

[4] La demande de contrôle judiciaire est accueillie pour les motifs qui suivent.

II. Énoncé des faits

[5] La NCB est une Première Nation membre du Traité 8, située dans le nord de l'Alberta. Elle est formée de trois communautés : Wabasca/Desmarais, Chipewyan Lake et Calling Lake. La communauté de Wabasca est la plus importante. Les deux autres communautés sont plus petites et plus isolées.

[6] Le demandeur est membre de la NCB et affilié à la réserve de Calling Lake. Depuis trois décennies, il est propriétaire d'une maison située environ 150 mètres hors de la frontière de la réserve de Calling Lake.

[7] Le demandeur a d'abord été élu au conseil de la NCB en 2010 pour représenter la communauté de Calling Lake. Pour se conformer à l'obligation de résidence du code électoral de la NCB, le demandeur est déménagé chez son fils, qui habite la réserve de Calling Lake. Cet arrangement a été approuvé par le chef et le conseil de la NCB.

[8] The applicant served on the BCN Council until the end of his four-year term. In September 2014, the applicant was defeated in the general election and he moved off the reserve. When the election results were overturned on appeal, the applicant was re-elected in a by-election on November 20, 2014.

[9] On February 10, 2015, the BCN Chief sent the applicant a letter reminding him of the residency requirements for elected councillors. The letter informed the applicant that he had until the end of February 2015 to assume permanent residency on the Calling Lake Reserve failing which, he would be in contravention of the BCN Election Code and the removal provision for failing to meet the residency requirements would have to be implemented immediately. The letter further indicated that the applicant would be required to demonstrate and prove that he was indeed a resident of the Calling Lake Reserve by the end of February 2015. He could do so by providing the location of the residence where he was residing and a confirmation from the housing department or several Calling Lake residents attesting to his residency. The BCN Chief concluded by stating that he looked forward to the applicant's response very soon.

[10] On February 20, 2015, the BCN Chief sent a letter to the BCN councillors, including the applicant, bringing to their attention that he had received calls from members of the Calling Lake community. He recommended that the ongoing problems and concerns regarding such things as housing issues and other matters be discussed with "our colleagues from Calling Lake". He added that "our colleagues are a part of the problem" and asked that the matter be dealt with *in camera*.

[11] At a meeting of the BCN Chief and Council on February 24, 2015, it was decided that the applicant would have to submit his verification of residency by March 2, 2015.

[12] On March 2, 2015, the applicant obtained a transfer of occupancy form from the Director of the Opasikoniwew Housing Authority (Housing Authority)

[8] Le demandeur a siégé au conseil de la NCB jusqu'à la fin de son mandat de quatre ans. En septembre 2014, le demandeur a été défait aux élections générales et est déménagé à l'extérieur de la réserve. Après que les résultats des élections ont été invalidés en appel, le demandeur a été réélu dans une élection partielle, le 20 novembre 2014.

[9] Le 10 février 2015, le chef de la NCB a fait parvenir au demandeur une lettre lui rappelant l'obligation de résidence pour les conseillers élus. Dans cette lettre, on informait le demandeur qu'il avait jusqu'à la fin du mois de février 2015 pour devenir résident permanent de la réserve de Calling Lake, à défaut de quoi il contreviendrait au code électoral de la NCB et la disposition sur la révocation pour avoir omis de se conformer à l'obligation de résidence serait appliquée immédiatement. La lettre indiquait également que le demandeur aurait à démontrer et à prouver qu'il était résident de la réserve de Calling Lake avant la fin de février 2015. Pour ce faire, il aurait à fournir son lieu de résidence ainsi qu'une confirmation du service du logement ou de plusieurs résidents de Calling Lake attestant son lieu de résidence. Le chef de la BCN a conclu en indiquant qu'il attendait une réponse de la part du demandeur très rapidement.

[10] Le 20 février 2015, le chef de la NCB a fait parvenir une lettre aux conseillers de la NCB, dont le demandeur, pour les aviser qu'il avait reçu des appels de membres de la communauté de Calling Lake. Il recommandait que les problèmes et les préoccupations persistantes concernant des questions comme le logement fassent l'objet de discussions avec [TRADUCTION] « nos collègues de Calling Lake ». Il a ajouté que [TRADUCTION] « nos collègues font partie du problème » et a demandé que la question soit résolue à huis clos.

[11] Lors d'une réunion tenue le 24 février 2015, le chef et les conseillers de la NCB ont déterminé que le demandeur aurait à soumettre sa vérification du lieu de résidence au plus tard le 2 mars 2015.

[12] Le 2 mars 2015, le demandeur a obtenu un formulaire de transfert d'occupation auprès du directeur de la régie du logement d'Opasikoniwew (régie du logement)

and submitted it to the executive secretary of the BCN Council so that it could be taken to the Chief and Council.

[13] On March 16, 2015, the BCN Chief wrote to the applicant again. He commended the applicant on his leadership experience and reminded him of the Council's obligation to apply the BCN Election Code. He advised the applicant that in his opinion, the evidence provided by the applicant was not enough to prove his residency on the reserve and would be considered invalid information. He put the applicant on notice that unless he provided 20 signatures from eligible voters who reside on the Calling Lake Reserve attesting to the fact that he was a resident there, he and the Council would have no choice but to implement his removal from office.

[14] The applicant obtained a total of 16 signatures and provided them to the BCN Chief on March 24, 2015, the second day of a regularly scheduled BCN Council meeting. Approximately one hour after the meeting started, the Chief requested that the meeting proceed in the absence of the applicant in order to discuss issues relating to him.

[15] During the *in camera* portion of the meeting, a motion was carried to reject the applicant's transfer of occupancy form. A further motion was carried to remove the applicant from Council. The applicant was then called back into the meeting and advised of the decision.

[16] The applicant's removal was subsequently confirmed in writing on April 8, 2015 when he received a letter signed by the Chief and the eight councillors who were present at the meeting. The letter informed the applicant that he was removed from office for breaching the residency requirements of the BCN Election Code, effective March 24, 2015.

[17] The applicant seeks judicial review of the decision removing him from office on March 24, 2015.

et l'a soumise au secrétaire administratif du conseil de la NCB afin qu'elle soit transmise au chef et au conseil.

[13] Le 16 mars 2015, le chef de la NCB a écrit une fois de plus au demandeur. Il a félicité le demandeur pour son expérience de leadership et lui a rappelé l'obligation du conseil d'appliquer le code électoral de la NCB. Il a informé le demandeur qu'à son avis, les éléments de preuve fournis n'étaient pas suffisants pour démontrer son lieu de résidence dans la réserve et seraient donc considérés comme des renseignements invalides. Il a avisé le demandeur qu'à moins qu'il fournisse 20 signatures d'électeurs admissibles résidant dans la réserve de Calling Lake et attestant qu'il était résident de cette réserve, lui et les membres du conseil n'auraient d'autre choix que de mettre en œuvre la procédure de destitution.

[14] Le demandeur a fourni au total 16 signatures, qu'il a transmises au chef de la NCB le 24 mars 2015, le deuxième jour d'une réunion régulière du conseil de la NCB. Environ une heure après le début de la réunion, le chef a demandé que la réunion se poursuive en l'absence du demandeur afin de discuter des questions le concernant.

[15] Au cours de la partie à huis clos de la réunion, une motion a été adoptée pour rejeter le formulaire de transfert d'occupation du demandeur. Une autre motion a été adoptée pour expulser le demandeur du conseil. Le demandeur a ensuite été réinvité à prendre part à la réunion et on l'a avisé de la décision.

[16] La destitution du demandeur a été ensuite confirmée par écrit le 8 avril 2015 dans une lettre signée par le chef et les huit conseillers qui étaient présents lors de la réunion. La lettre informait le demandeur de sa destitution pour manquement aux exigences en matière de résidence du code électoral de la NCB, prenant effet le 24 mars 2015.

[17] Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire de la décision de le destituer de sa charge rendue le 24 mars 2015.

III. The BCN Election Code

[18] Originally, the BCN comprised five communities—Wabasca, Calling Lake, Chipewyan Lake, Peerless Lake and Trout Lake. In December 2009, Her Majesty the Queen in Right of Canada and the BCN entered into a land settlement agreement which included, among other things, the creation of the Peerless Trout First Nation, new reserve lands and the award of financial compensation. The agreement also acknowledged the BCN’s inherent Aboriginal right and treaty right to govern relations among its members and to self-government.

[19] Pursuant to the said land agreement and the amending provisions of the BCN’s Customary Election Regulations, the BCN Council and electors adopted the BCN Election Code which changed the manner of election of Chief and Council and its composition. Whereas the Chief and councillors were previously elected at large by the BCN membership, each community now had direct representation on Council.

[20] For the purposes of the present proceedings, the relevant provisions of the BCN Election Code read as follows:

2. DEFINITIONS

For the purpose of this Election Code, including the Schedules hereto:

...

- 2.2 “**Affiliated**” or “**Affiliation**” means a Member’s connection to one Community for electoral purposes as determined pursuant to Section 6 of this Election Code and as specified on the List of Electors.
- 2.3 “**Affiliated Community**” or “**Community Affiliation**” means the Community where a Member resides, or if a Member does not reside in one of the Communities, the Community with which with(sic) the Member is affiliated as determined pursuant to Section 6 of the Election Code

III. Le code électoral de la NCB

[18] À l’origine, la NCB était formée de cinq communautés : Wabasca, Calling Lake, Chipewyan Lake, Peerless Lake et Trout Lake. En décembre 2009, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la NCB ont signé un accord de règlement territorial qui comprenait, entre autres, la création de la Première Nation de Peerless Trout et de nouvelles terres de réserve ainsi que l’octroi d’indemnités financières. L’accord reconnaissait également le droit ancestral inhérent de la NCB et le droit issu de traités à la gouvernance des relations entre les membres et à l’autonomie gouvernementale.

[19] Conformément audit accord territorial et aux dispositions modificatives du Règlement électoral coutumier de la NCB, le conseil de la NCB et les électeurs ont adopté le code électoral de la NCB, qui modifiait la façon d’élire le chef et les membres du conseil. Alors que le chef et les conseillers étaient auparavant élus par l’ensemble des membres de la NCB, chaque communauté serait maintenant représentée directement au sein du conseil.

[20] En l’espèce, les dispositions pertinentes du code électoral de la NCB sont rédigées ainsi :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

Aux fins du présent code électoral, y compris les annexes ci-jointes :

[...]

- 2.2 « **Affilié** » ou « **Affiliation** » désignent le lien d’un membre avec une communauté aux fins électorales, tel que cela est déterminé conformément à l’article 6 de ce code électoral et tel que cela est précisé dans la liste des électeurs.
- 2.3 « **Communauté affiliée** » ou « **Affiliation communautaire** » désignent la communauté au sein de laquelle un membre réside, ou si le membre ne réside pas au sein de l’une des communautés, la communauté à laquelle le membre est affilié, tel que déterminé conformément à l’article 6 de ce code

<p>for electoral purposes, and as specified on the List of Electors.</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>2.7 “Candidate” means an Elector who has been nominated in an Election pursuant to Section 8 of this Election Code.</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>2.9 “Community” and “Communities” means individually and collectively respectively, the Reserve settlements making up BCN, being the Wabasca/Desmarais Community, the Calling Lake Community and the Chipewyan Lake Community.</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>2.14 “Councillor from Calling Lake” means a Councillor elected by the Electors Affiliated with the Calling Lake Community.</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>2.23 “Elector” means a person whose:</p> <p style="margin-left: 20px;">a) name appears on the Membership List;</p> <p style="margin-left: 20px;">b) is the full age of eighteen (18) years of age on or before Election Day; and</p> <p style="margin-left: 20px;">c) is Affiliated with one of the Communities.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>électoral à des fins électorales et tel que précisé dans la liste des électeurs.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>2.7 « Candidat » désigne un électeur nommé lors d’une élection, conformément à l’article 8 du présent code électoral.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>2.9 « Communauté » et « Communautés » désignent, individuellement et collectivement, les établissements de réserve qui composent la NCB, soit les communautés de Wabasca/Desmarais, de Calling Lake et de Chipewyan Lake.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>2.14 « Conseiller de Calling Lake » désigne un conseiller élu par les électeurs affiliés à la communauté de Calling Lake.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>2.23 « Électeur » désigne une personne :</p> <p style="margin-left: 20px;">a) dont le nom apparaît sur la liste de membres;</p> <p style="margin-left: 20px;">b) âgée d’au moins dix-huit (18) ans au jour de l’élection;</p> <p style="margin-left: 20px;">c) affiliée à l’une des communautés.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>
<p><u>3. COMPOSITION, QUORUM AND TERM OF OFFICE OF THE COUNCIL</u></p> <p>3.1 <u>Composition</u></p> <p style="margin-left: 20px;">(a) BCN shall be governed by a Council consisting of:</p> <p style="margin-left: 40px;">i) one (1) Chief, elected by the Electors of BCN;</p> <p style="margin-left: 40px;">ii) six (6) Councillors from Wabasca/Desmarais;</p> <p style="margin-left: 40px;">iii) two (2) Councillors from Calling Lake; and</p>	<p><u>3. COMPOSITION, QUORUM ET DURÉE DU MANDAT DU CONSEIL</u></p> <p>3.1 <u>Composition</u></p> <p style="margin-left: 20px;">a) La NCB sera gouvernée par un conseil formé des personnes suivantes :</p> <p style="margin-left: 40px;">i) un (1) chef, élu par les électeurs de la NCB;</p> <p style="margin-left: 40px;">ii) six (6) conseillers de la communauté de Wabasca/Desmarais;</p> <p style="margin-left: 40px;">iii) deux (2) conseillers de la communauté de Calling Lake;</p>

iv) two (2) Councillors from Chipewyan Lake.

...

8. NOMINATIONS

...

8.3 Electors Eligible for Nomination

- (a) Subject to the limitations in Subsections (b) through (i), any Elector is eligible to be nominated as Candidate.

...

17. RESIDENCY REQUIREMENTS FOR CHIEF AND COUNCILLORS

Within three (3) months of their Election and thereafter throughout their term of office:

- (a) the Chief shall assume residency and remain permanently on any of the Reserves;
- (b) the Councillors from Calling Lake shall assume residency and remain permanently resident on the Reserve at Calling Lake;
- (c) the Councillors from Chipewyan Lake shall assume residency (sic) and remain permanently resident on the Reserve at Chipewyan Lake;
- (d) the Councillors from Wabasca/Desmarais shall assume residency and remain permanently resident on a Reserve at Wabasca/Desmarais.

18. SUSPENSION OF CHIEF OR COUNCILLOR

18.1 By Resolution of Council, the Chief or a Councillor may be suspended without pay for the following reasons:

...

- (b) any of the grounds set out in Section 19.1.

...

iv) deux (2) conseillers de la communauté de Chipewyan Lake.

[...]

8. MISES EN CANDIDATURE

[...]

8.3 Électeurs admissibles à une mise en candidature

- a) Sous réserve des limites énoncées aux paragraphes (b) à (i), tout électeur est admissible à présenter sa candidature.

[...]

17. OBLIGATION DE RÉSIDENCE POUR LE CHEF ET LES CONSEILLERS

Dans les trois (3) mois suivant leur élection et pendant toute la durée de leur mandat :

- a) le Chef deviendra résident de l'une des réserves et y demeurera de façon permanente;
- b) les conseillers de Calling Lake établiront leur résidence et demeureront de façon permanente dans la réserve de Calling Lake;
- c) les conseillers de Chipewyan Lake établiront leur résidence et demeureront de façon permanente dans la réserve de Chipewyan Lake;
- d) les conseillers de Wabasca/Desmarais établiront leur résidence et demeureront de façon permanente dans la réserve de Wabasca/Desmarais.

18. SUSPENSION DU CHEF OU D'UN CONSEILLER

18.1 Par résolution du conseil, le chef ou un conseiller peut être suspendu sans solde pour les raisons suivantes :

[...]

- b) tout motif énoncé à l'article 19.1.

[...]

19. REMOVAL FROM OFFICE

19.1 The removal of a Chief or Councillor from office shall be determined by the Council on the following grounds:

...

- (g) Contrary to Section 17, failing to obtain residency, or failing to continue to permanently reside, on an appropriate BCN Reserve while holding office; or

...

19.2 Upon confirmation of the grounds for removal, the Council by Resolution may remove the Chief or Councillor from their office.

20. BY-ELECTIONS

...

20.3 Ineligible Candidate

...

- (b) The person whose removal from office by Council pursuant to Section 19 has prompted the holding of a By-election is not eligible to be a Candidate in that By-election or for any office in the next General Election.

IV. Issues and Standard of Review

[21] The applicant claims that the decision of the BCN Council removing him from office was procedurally unfair and in violation of the principles of natural justice. He also contends that the residency requirement provisions of the BCN Election Code infringe his right to equality and cannot be saved by section 1 of the Charter.

[22] While the applicant refers to natural justice and procedural fairness as separate concepts in his pleadings, it is not necessary for me to distinguish them for the purpose of this proceeding (*Sparvier v. Cowessess Indian Band*, [1993] 3 F.C. 142 [at pages 165–166], (1993), 63

19. DESTITUTION

19.1 La destitution du chef ou d'un conseiller sera déterminée par le conseil pour les motifs suivants :

[...]

- g) en contravention de l'article 17, ne pas devenir résident ou continuer à ne pas résider de façon permanente dans une réserve applicable de la NCB pendant son mandat;

[...]

19.2 après la confirmation des raisons de la destitution, le conseil peut, par résolution, destituer le chef ou un conseiller de sa charge.

20. ÉLECTIONS PARTIELLES

[...]

20.3 Candidat admissible

[...]

- b) La personne dont la destitution par le conseil conformément à l'article 19 entraîne la tenue d'élections partielles n'est pas admissible à se présenter comme candidat à ces élections partielles ou à tout poste lors des prochaines élections générales.

IV. Questions en litige et norme de contrôle

[21] Le demandeur soutient que la décision du conseil de la NCB de le destituer de sa charge était inéquitable sur le plan procédural et contrevenait aux principes de justice naturelle. Il soutient également que les dispositions des exigences en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB contreviennent à ses droits à l'égalité et ne sont pas justifiées aux termes de l'article 1 de la Charte.

[22] Bien que le demandeur fasse référence à la justice naturelle et à l'équité procédurale en tant que concepts distincts dans ses plaidoiries, il n'est pas nécessaire que je fasse cette distinction aux fins de la présente procédure (décision *Sparvier c. Bande indienne Cowessess*,

F.T.R. 242 (T.D.) (*Sparvier*), at paragraphs 59–61). My decision shall focus only on procedural fairness.

[23] It has long been established that issues of procedural fairness are to be reviewed against the standard of correctness (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 79; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43). However, the Federal Court of Appeal has recently held that issues of procedural fairness do not necessarily lend themselves to a standard of review analysis. Instead, the role of this Court is to determine whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances (*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 122 (*Canadian Pacific*), at paragraph 54; see also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 79).

[24] Similarly, it is equally confusing to define an applicable standard of review for a constitutional issue that is being raised for the first time in this Court. Notwithstanding, constitutional issues are typically reviewable on a standard of correctness (*Erasmus v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 129, 336 C.R.R. (2d) 56 (*Erasmus*), at paragraphs 29–30; *Atawnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 774, 483 F.T.R. 174, at paragraph 47; *Joseph v. Dzawada'enuxw (Tsawataineuk) First Nation*, 2013 FC 974, 439 F.T.R. 226 (*Joseph*), at paragraph 39; *Dunsmuir*, at paragraph 58).

[25] The respondents submit in their memorandum of fact and law that the interpretation and application of custom election acts by a band council, including the decision to remove a councillor from office, is reviewable on a standard of reasonableness because the interpretation must be informed by the customs upon which they are based, a matter of which electoral bodies and the chief and council are likely to have a better understanding than the Court. While I agree that the reasonableness standard of review applies presumptively to

[1993] 3 C.F. 142 (1^{re} inst.) (décision *Sparvier*), aux paragraphes 59 à 61 [pages 165 et 166]). Ma décision sera axée uniquement sur le principe d'équité procédurale.

[23] Il est depuis longtemps établi que les questions d'équité procédurale doivent être examinées en regard de la norme de la décision correcte (arrêt *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 79; arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43). Cependant, la Cour d'appel fédérale a récemment conclu que les questions d'équité procédurale ne se prêtent pas nécessairement à une analyse relative à une norme de contrôle. Le rôle de notre Cour est plutôt de déterminer si la procédure est équitable compte tenu de toutes les circonstances (arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 122 (arrêt *Canadien Pacifique*), au paragraphe 54; voir également l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (arrêt *Dunsmuir*), au paragraphe 79).

[24] De même, il est tout aussi déroutant de définir une norme de contrôle applicable à une question constitutionnelle soulevée pour la première fois devant la Cour. Quoiqu'il en soit, les questions constitutionnelles sont généralement susceptibles d'un contrôle selon la norme de la décision correcte (arrêt *Erasmus c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 129 (*Erasmus*), aux paragraphes 29 et 30; décision *Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 774, au paragraphe 47; décision *Joseph c. Première nation Dzawada'enuxw (Tsawataineuk)*, 2013 CF 974 (décision *Joseph*), au paragraphe 39; arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 58).

[25] Les défendeurs font valoir, dans leurs mémoires des faits, que l'interprétation et l'application de lois électorales coutumières par un conseil de bande, y compris la décision de destituer un conseiller de sa charge, sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable puisque l'interprétation doit être éclairée par les coutumes sur lesquelles elles sont fondées, ce dont les corps électoraux, le chef et le conseil possèdent une meilleure compréhension que la Cour. Bien que je sois d'accord que la norme de contrôle de la décision

a band council decision when it is interpreting its customary election regulations, the applicant's arguments do not focus on the purely technical application by the respondents of the residency requirement provisions in the BCN Election Code. Rather, the applicant is asserting that the Band Council has denied him procedural fairness and that the residency requirement provisions are of no force and effect because they contravene subsection 15(1) of the Charter.

A. *Procedural fairness and natural justice*

[26] The applicant contends that he was denied procedural fairness on the following grounds: (1) he had the legitimate expectation that the procedure by which he established residence on the reserve after his election in 2010 would be followed again after his election in November 2014; (2) the transfer of occupancy form and list of signatures which supported his residency were not put before the Council and therefore there was an incomplete record before the Council when it reached its decision to remove him from Council; (3) he was not aware there was going to be a hearing to remove him from office on March 24, 2015; (4) he was not given an opportunity to be heard at the meeting or to submit any written materials; (5) no information was provided to him as to what he had to respond to; (6) he was excluded from the *in camera* hearing; and (7) no reasons were provided to him as to how the decision to remove him was made.

[27] With the exception of requiring that the BCN Council confirm the grounds for removal and proceed by way of resolution, the BCN Election Code does not establish any particular process for removing a councillor from office if they fail to meet the residency requirements.

[28] Notwithstanding, band councils must nevertheless act in accordance with the rule of law and they are obliged to respect the duty of procedural fairness in exercising their powers and taking decisions in the interests of those they represent (*Prince v. Sucker Creek First Nation*, 2008 FC 1268, 303 D.L.R. (4th) 343, at

raisonnable soit aussi présumée s'appliquer à la décision d'un conseil de bande dans son interprétation de la réglementation électorale coutumière, les arguments du demandeur ne sont pas axés sur l'application strictement technique des dispositions des exigences en matière de résidence du code électoral de la NCB par les défendeurs. Le demandeur soutient plutôt que le conseil de bande l'a privé de son droit d'équité procédurale et que les dispositions des exigences en matière de résidence sont inopérantes puisqu'elles contreviennent au paragraphe 15(1) de la Charte.

A. *Équité procédurale et justice naturelle*

[26] Le demandeur soutient qu'on l'a privé de son droit d'équité procédurale pour les motifs suivants : 1) il s'attendait légitimement à ce que la procédure par laquelle il a établi sa résidence dans la réserve après l'élection de 2010 serait appliquée à nouveau après son élection en novembre 2014; 2) le formulaire de transfert d'occupation et la liste des signatures démontrant son lieu de résidence n'ont pas été soumis au conseil, si bien que le conseil disposait d'un dossier incomplet lorsqu'il a pris la décision de le destituer du conseil; 3) il ignorait qu'il y aurait une audience visant à le destituer de sa charge le 24 mars 2015; 4) on ne lui a pas donné l'occasion de s'exprimer lors de l'audience ou de soumettre des documents écrits; 5) aucune information ne lui a été fournie quant à la réponse attendue de sa part; 6) il a été exclu de l'audience à huis clos; et 7) aucune raison ne lui a été fournie quant au processus décisionnel ayant mené à sa destitution.

[27] Outre l'obligation pour le conseil de la NCB de confirmer les motifs de la destitution et de procéder par voie de résolution, le code électoral de la NCB ne prévoit aucun processus particulier pour destituer un conseiller de sa charge s'il ne répond pas aux exigences en matière de résidence.

[28] Quoi qu'il en soit, les conseils de bande doivent néanmoins agir conformément à la primauté du droit et sont tenus de s'acquitter de l'obligation d'équité procédurale dans l'exercice de leurs pouvoirs et dans la prise de décisions dans l'intérêt de ceux qu'ils représentent (décision *Prince c. Première Nation de Sucker Creek*,

paragraph 39; *Sparvier*, at paragraphs 57–58). Thus, the applicant was entitled to procedural fairness in being removed from his position as councillor (*Parenteau v. Badger*, 2016 FC 535 (*Parenteau*), at paragraph 49).

[29] It is also well established that the concept of procedural fairness is highly variable and its content is to be decided in the specific context and circumstances of each case (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R., 817 (*Baker*), at paragraph 21; *Canadian Pacific*, at paragraph 40; *Canada v. Akisq'nuk First Nation*, 2017 FCA 175, 31 Admin. L.R. (6th) 1, at paragraph 20). While the Supreme Court of Canada articulated a list of five non-exhaustive factors to be considered when determining what procedural fairness requires in a given set of circumstances (*Baker*, at paragraphs 23–28), the ultimate question remains, in my view, whether the applicant knew the case he had to meet and whether he had a full and fair chance to respond (*Canadian Pacific*, at paragraph 56; *Parenteau*, at paragraph 49).

[30] Upon review of the record, I am not persuaded that the applicant's rights to procedural fairness were breached by the respondents.

[31] The applicant knew that he was required to establish permanent residency on the reserve within three months of his election. The applicant was notified by letter dated February 10, 2015 that he had until the end of February 2015 to assume permanent residency on the Calling Lake Reserve and to prove that he fulfilled the residency requirements, failing which his removal would be implemented immediately pursuant to section 19.1 of the BCN Election Code. He was also told the information he was required to provide.

[32] This was not a new issue for the applicant. When the applicant was first elected to the position of councillor in 2010, he was reminded of his obligations by two inter-office memoranda dated November 8, 2010 and December 9, 2010 (applicant's record, Vol. 1, at

2008 CF 1268, au paragraphe 39; arrêt *Sparvier*, aux paragraphes 57 et 58). Ainsi, le demandeur avait droit à l'équité procédurale dans le cadre de la procédure visant à le destituer de sa charge de conseiller (décision *Parenteau c. Badger*, 2016 CF 535 (décision *Parenteau*), au paragraphe 49).

[29] Il est également bien établi que la notion d'équité procédurale est variable et que son contenu doit être décidé dans le contexte précis de chaque affaire (arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (arrêt *Baker*), au paragraphe 21; arrêt *Canadien Pacifique*, au paragraphe 40; arrêt *Canada c. Première Nation d'Akisq'nuk*, 2017 CAF 175, au paragraphe 20). Bien que la Cour suprême du Canada ait établi une liste non exhaustive de cinq facteurs à prendre en compte au moment de déterminer ce qui est exigé en matière d'équité procédurale dans des circonstances données (arrêt *Baker*, aux paragraphes 23 à 28), la question fondamentale demeure, à mon avis, de savoir si le demandeur connaissait la défense à présenter et s'il a eu une occasion totale et équitable de répondre (arrêt *Canadien Pacifique*, au paragraphe 56; décision *Parenteau*, au paragraphe 49).

[30] Après avoir examiné le dossier, je ne suis pas convaincue que les droits du demandeur à l'équité procédurale ont été enfreints par les défendeurs.

[31] Le demandeur savait qu'il était tenu de devenir résident permanent de la réserve dans les trois mois suivant son élection. Le demandeur a été avisé dans une lettre datée du 10 février 2015 qu'il avait jusqu'à la fin de février 2015 pour devenir résident permanent de la réserve de Calling Lake et pour prouver qu'il répondait aux exigences en matière de résidence, à défaut de quoi la procédure de destitution serait appliquée immédiatement, conformément à l'article 19.1 du code électoral de la NCB. On lui a également indiqué les renseignements qu'il devait fournir.

[32] Il ne s'agissait pas d'une question nouvelle pour le demandeur. Lorsque le demandeur a été initialement nommé au poste de conseiller, en 2010, ses obligations lui ont été rappelées dans deux notes de service internes datées du 8 novembre 2010 et du 9 décembre 2010

pages 152–153). In order to satisfy the residency requirements of the BCN Election Code, the applicant moved in with his son who was living on the reserve. He was later reminded of his obligations in March 2014 when the BCN Chief wrote to the applicant asking him to confirm that he had assumed residency on the Calling Lake Reserve in compliance with section 17 of the BCN Election Code. The issue of the applicant's residency arose again after his re-election in November 2014. When cross-examined on his affidavit, the applicant stated that his colleagues on Council had begun, as a joke, an unofficial countdown to the date when he would be required to live on the reserve (applicant's record, Vol. 3, at pages 598–599).

[33] In addition to knowing he was required to assume residency on the reserve within a specified timeframe and that the BCN Council intended to immediately implement the removal provisions in the BCN Election Code if he did not do so, the applicant was also aware that a meeting would be held regarding the issue of his residency. The applicant stated on cross-examination that when he obtained the transfer of occupancy form on March 2, 2015, he told the Director of the Housing Authority that he needed the form because the Chief and Council were going to have a meeting and he wished to submit it to them (applicant's record, Vol. 3, at pages 154–155).

[34] The applicant submits that he had the legitimate expectation that he would be able to satisfy the residency requirements in the same manner as he did during his first term in office but was not permitted to do so.

[35] This argument cannot succeed as the applicant did not proceed in the same manner. In 2011, the applicant and his son signed a tenancy agreement with the Housing Authority. The applicant is listed as one of the occupants and the unit occupied is identified in the agreement. The applicant also provided a letter from his son stating that the applicant was living with him. In contrast, the applicant submitted an incomplete transfer of occupancy form in March 2015. Although the form is signed by the Director of the Housing Authority and

(dossier du demandeur, vol. 1, aux pages 152 et 153). Pour se conformer à l'obligation de résidence du code électoral de la NCB, le demandeur a déménagé chez son fils, qui habitait la réserve. Ses obligations lui ont ensuite été rappelées en mars 2014, lorsque le chef de la NCB a écrit au demandeur pour lui demander de confirmer qu'il était résident de la réserve de Calling Lake, conformément à l'article 17 du Code électoral de la NCB. La question du lieu de résidence du demandeur a de nouveau été soulevée après sa réélection, en novembre 2014. Au cours de son contre-interrogatoire au sujet de son affidavit, le demandeur a indiqué que ses collègues au sein du conseil avaient amorcé, à la blague, un décompte non officiel jusqu'à la date à laquelle il serait obligé de résider dans la réserve (dossier du demandeur, vol. 3, aux pages 598 et 599).

[33] Outre le fait qu'il savait qu'il devait se soumettre à l'obligation de résidence dans un délai précis et que le conseil de la NCB prévoyait appliquer immédiatement les procédures de destitution prévues dans le code électoral de la NCB s'il omettait de le faire, le demandeur savait également que la réunion aurait lieu sans égard à son lieu de résidence. Le demandeur a déclaré, au cours de son contre-interrogatoire, que lorsqu'il a obtenu le formulaire de transfert d'occupation, le 2 mars 2015, il a avisé le directeur de la régie du logement qu'il avait besoin du formulaire puisque le chef et le conseil avaient prévu une réunion et qu'il souhaitait leur soumettre (dossier du demandeur, vol. 3, aux pages 154 et 155).

[34] Le demandeur fait valoir qu'il s'attendait légitimement à satisfaire aux exigences en matière de résidence de la même façon qu'il l'avait fait au cours de son premier mandat, mais que cela lui a été refusé.

[35] Cet argument ne peut être retenu puisque le demandeur n'a pas procédé de la même manière. En 2011, le demandeur et son fils ont signé une convention de bail avec la régie du logement. Le demandeur apparaît comme l'un des occupants et l'unité occupée est indiquée dans la convention. Le demandeur a également fourni une lettre de son fils indiquant que le demandeur habitait avec lui. Par contre, en mars 2015, le demandeur a soumis un formulaire de transfert d'occupation incomplet. Bien que le formulaire soit signé par le directeur

it identifies the applicant as the new occupant, those portions of the form which indicate the name, address, phone and band number of the previous occupant including the lot number and street name of the lot being transferred, are not filled out. The form is also not witnessed. More importantly, the applicant did not provide any document from his son confirming that the applicant was or would be residing with him.

[36] The applicant also contends that the documentation which supported his residency was not put before the Council. Again, the applicant's argument is not supported by the record. The minutes of the Council meeting held on March 24, 2015 show that a motion was put forward to reject the transfer of occupancy form and that the motion was carried seven to one (applicant's record, Vol. 5, at page 1067).

[37] While it is unclear from the record whether the applicant's list of 16 signatures was submitted to the BCN Council, the failure to do so would not have been determinative. There is no indication on the face of the document the purpose for which the signatures were collected or when the individuals signed. The applicant also admitted on cross-examination that he did not personally collect the signatures and there is no evidence of what the individuals were told when their signature was requested. The BCN Chief and Executive Director further state in their affidavits that they do not recognize any of the signatures on the document. In that context, it would not have been unreasonable for the BCN Council to reject the applicant's list of signatures. Moreover, I consider the applicant's list of signatures attesting to his residency on the reserve difficult to reconcile with the applicant's argument that he was unable to establish residency on the reserve.

[38] The applicant further complains that he was excluded from the *in camera* meeting and that he was not permitted to address the Chief and Council before or after they convened without him.

de la régie du logement et qu'il désigne le demandeur comme étant le nouvel occupant, les parties du formulaire indiquant le nom, l'adresse, le numéro de téléphone et le numéro de bande de l'occupant précédent, y compris le numéro de lot et le nom de la rue où se trouvait le lot transféré, ne sont pas remplies. Le formulaire n'est pas non plus attesté par un témoin. Plus important encore, le demandeur n'a pas fourni de document de son fils confirmant qu'il résidait ou résiderait avec lui.

[36] Le demandeur soutient également que les documents qui confirmaient son lieu de résidence n'ont pas été soumis au Conseil. Une fois de plus, l'argument du demandeur n'est pas étayé par le dossier. Le procès-verbal de la réunion du conseil tenue le 24 mars 2015 indique qu'une motion a été présentée pour rejeter le formulaire de transfert d'occupation et a été adoptée par sept voix contre une (dossier du demandeur, vol. 5, à la page 1067).

[37] Bien qu'il ne soit pas clair, à la lumière du dossier, si la liste de 16 signatures recueillies par le demandeur a été soumise au conseil de la NCB, le défaut de le faire n'aurait pas eu d'effet déterminant. Rien dans le document n'indique pourquoi les signatures ont été recueillies et à quel moment les personnes ont signé. Le demandeur a également admis, lors de son contre-interrogatoire, qu'il n'a pas recueilli lui-même les signatures et qu'il n'y a pas d'élément de preuve quant à l'explication fournie aux signataires au moment où on leur a demandé de signer. Le directeur général et le chef de la NCB soutiennent également, dans leurs affidavits, qu'ils n'ont reconnu aucune des signatures figurant dans le document. Dans ce contexte, il n'aurait pas été déraisonnable pour le conseil de la NCB de rejeter la liste de signatures fournie par le demandeur. En outre, j'estime qu'il est difficile de faire le lien entre la liste de signatures fournie par le demandeur pour démontrer son lieu de résidence dans la réserve et l'argument du demandeur selon lequel il n'a pu démontrer qu'il avait établi sa résidence dans la réserve.

[38] Le demandeur se plaint également qu'il a été exclu de la réunion à huis clos et qu'il n'a pu s'adresser au chef et conseil avant ou après qu'ils aient pris leur décision sans lui.

[39] The applicant's complaint is without merit.

[40] Procedural fairness does not always require that a person be afforded an oral hearing (*Baker*, at paragraphs 33–34; *Parker v. Okanagan Indian Band Council*, 2010 FC 1218, [2011] 2 C.N.L.R. 235, at paragraph 62). It is the opportunity to respond that matters. Although the applicant was not offered the opportunity to address the Chief and Council in a formal manner prior to the meeting, the record demonstrates that the applicant was present at the Council meeting when the BCN Chief indicated that he wanted to proceed *in camera*. According to the applicant's own statement in cross-examination, everyone knew that the purpose of the *in camera* meeting was to deal with the applicant's residency (applicant's record, Vol. 3, at pages 181–182). It also appears from the record that there was an informal discussion on the issue prior to the *in camera* portion of the meeting (applicant's record, Vol. 2, at page 428). Although it is unclear what those discussions entailed, there is no evidence that the applicant protested his exclusion from Council or that he sought to formally address his fellow colleagues before they proceeded *in camera*. One can only presume that it is because the applicant's views had already been communicated to Council. There is also no evidence that the applicant requested that Council resort to the lesser sanction of suspension without pay provided in section 18 of the BCN Election Code.

[41] Finally, the applicant's submission that the residency requirements have been inconsistently applied is also without merit. The applicant has adduced no clear and convincing evidence to persuade me that the BCN Chief and Council have applied a different process for enforcing compliance when made aware of a failure to comply with the residency requirements.

[42] To conclude, I have considered the importance of the removal decision, both to the applicant and the members of the Calling Lake community who voted for him.

[39] La plainte du demandeur est sans fondement.

[40] L'équité procédurale ne nécessite pas toujours que la personne ait droit à une audience (arrêt *Baker*, aux paragraphes 33 et 34; décision *Parker c. Conseil de la bande indienne d'Okanagan*, 2010 CF 1218, au paragraphe 62). C'est l'occasion de répondre qui importe. Bien que le demandeur n'ait pas eu la possibilité de s'adresser au chef et au conseil de manière officielle avant la réunion, le dossier démontre que le demandeur était présent lors de la réunion du conseil, lorsque le chef de la NCB a indiqué qu'il désirait procéder à huis clos. Comme le demandeur l'a lui-même déclaré lors de son contre-interrogatoire, toutes les personnes présentes savaient que l'objectif de la réunion à huis clos était de régler la question liée au lieu de résidence du demandeur (dossier du demandeur, vol. 3, aux pages 181 et 182). Le dossier montre également que la question a fait l'objet d'une discussion informelle avant la partie de la réunion s'étant tenue à huis clos (dossier du demandeur, vol. 2, à la page 428). Bien qu'il ne soit pas clair en quoi consistaient ces discussions, aucun élément de preuve ne démontre que le demandeur s'est opposé à son exclusion du conseil ou qu'il a tenté de s'adresser officiellement à ses collègues avant qu'ils ne poursuivent la réunion à huis clos. On ne peut que présumer que cela est dû au fait que le demandeur avait déjà fait part de ses opinions au conseil. Des éléments de preuve démontrent également que le demandeur avait demandé au conseil de recourir à la sanction la moins sévère, à savoir la suspension sans solde prévue à l'article 18 du code électoral de la NCB.

[41] Finalement, l'observation du demandeur selon laquelle les exigences en matière de résidence ont été appliquées de façon incohérente était également non fondée. Le demandeur n'a présenté aucun élément de preuve clair et convaincant pour me persuader que le chef et le conseil de la NCB ont appliqué un processus différent pour imposer le respect de la réglementation lorsqu'ils ont été avisés du manquement aux exigences en matière de résidence.

[42] Pour conclure, j'ai pris en considération l'importance de la décision concernant la destitution, tant pour le demandeur que pour les membres de la communauté

However, I am not persuaded, based on the evidence before me, that the applicant's rights to procedural fairness were breached. The applicant knew the case he had to meet and was given an opportunity to respond. He was informed both orally and in writing that his colleagues on Council had an issue with his failure to assume residency on the reserve for which he was elected. He was also forewarned of the consequences of non-compliance and was given an opportunity to respond by submitting documentation establishing his compliance with the residency requirements. The documentation that the applicant submitted did not meet the expectations of the BCN Council. Moreover, unlike in *Lavallee v. Ferguson*, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358 (*Lavallee*), there is no evidence in this case of "ongoing and legitimate efforts" by the applicant to establish residency which could have satisfied the requirement in the BCN Election Code that the applicant "assume residency" on the Calling Lake Reserve (*Lavallee*, at paragraph 29). Finally, it was reasonable for the BCN Council to exclude the applicant from the meeting to encourage a frank and open discussion between Council members.

B. Equality rights under section 15 of the Charter

[43] As a preliminary matter, the respondents submit in their memorandum of fact and law that there is insufficient evidence before the Court to determine the constitutional argument. They request that the applicant's constitutional relief be directed to trial.

[44] The respondents do not elaborate further on the issue, nor do they articulate the type of evidence that would be better suited to proceeding by way of action. While I find that there are shortcomings in the evidence adduced by both parties, I am not persuaded that they result from the nature of the proceedings. Both parties have provided affidavit evidence in support of their position and the principal affiants have been cross-examined on their affidavits. They have also produced additional evidence in response to a number of

de Calling Lake qui ont voté pour lui. Toutefois, je ne suis pas persuadée, à la lumière des éléments de preuve dont je dispose, que les droits du demandeur à l'équité procédurale ont été violés. Le demandeur connaissait la défense à présenter et il a eu la possibilité de répondre. Il a été avisé, à l'oral et à l'écrit, du fait que ses collègues au sein du conseil s'inquiétaient de son manquement à établir sa résidence dans la réserve dans laquelle il a été élu. Il a également été informé au préalable des conséquences de ne pas se conformer aux exigences en matière de résidence et a eu l'occasion de répondre en soumettant des documents démontrant qu'il se conformait à ces exigences. Les documents soumis par le demandeur n'étaient pas conformes aux attentes du conseil de la NCB. En outre, contrairement à l'arrêt *Lavallee c. Ferguson*, 2016 CAF 11 (arrêt *Lavallee*), aucun élément de preuve en l'espèce ne démontre qu'il y a eu, de la part du demandeur, « des efforts continus et légitimes » pour établir sa résidence qui auraient permis de satisfaire aux exigences énoncées dans le code électoral de la NCB pour la demande d'« établir sa résidence » dans la réserve de Calling Lake (arrêt *Lavallee*, au paragraphe 29). Enfin, il était raisonnable que le conseil de la NCB exclue le demandeur de la réunion pour encourager une discussion franche et ouverte entre les membres du conseil.

B. Droits à l'égalité en application de l'article 15 de la Charte

[43] En premier lieu, les défendeurs font valoir, dans leur mémoire des faits que les éléments de preuve présentés à la Cour étaient insuffisants pour trancher la question constitutionnelle. Ils demandent que la réparation constitutionnelle du demandeur soit instruite.

[44] Les défendeurs n'ont pas développé la question et n'ont pas défini le type d'élément de preuve qui serait le mieux adapté aux procédures par voie d'action. Bien que je constate des lacunes dans les éléments de preuve fournis par les deux parties, je ne suis pas convaincue qu'elles résultent de la nature de la procédure. Les deux parties ont déposé des éléments de preuve par affidavit à l'appui de leur position et les principaux déclarants ont été contre-interrogés sur leurs déclarations assermentées. Elles ont également fourni des éléments de

undertakings. In my view, both parties have had more than ample opportunity and time to adduce evidence on the constitutional argument given that the application for judicial review was filed on May 8, 2015 and only heard in March 2018. Moreover, I am not persuaded that the conversion of this application into an action is justified considering that the principal relief sought by the applicant on this application for judicial review is to have the decision removing him from Council set aside.

[45] I also recognize that generally, constitutional questions cannot be raised for the first time in the reviewing court if the issue was not raised before the administrative decision maker. The respondents did not assert an objection on this ground. In *Erasmus*, the Federal Court of Appeal determined that the constitutional issue in that case could be raised for the first time before this Court because, in the circumstances of that case, the Sentence Manager at the Stony Mountain Institution was not an adequate and available forum for the appellant to raise his constitutional concerns (*Erasmus*, at paragraphs 31–38). The same reasoning applies here. Accordingly, I will proceed to consider the applicant’s constitutional argument.

[46] Subsection 15(1) of the Charter states:

Equality before and under law and equal protection and benefit of law

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[47] The Supreme Court of Canada has recently reaffirmed the two-step analytical framework for establishing whether a law infringes the guarantee of equality

preuve supplémentaire en réponse à un certain nombre d’engagements. À mon avis, les deux parties ont eu amplement l’occasion et le temps de présenter des éléments de preuve relativement à l’argument constitutionnel compte tenu du fait que la demande de contrôle judiciaire a été déposée le 8 mai 2015 et n’a été entendue qu’en mars 2018. En outre, je ne suis pas convaincue que la conversion de cette demande en action soit justifiée puisque la principale réparation demandée par le demandeur dans cette demande de contrôle judiciaire consiste à faire annuler la décision de le destituer de sa charge au sein du conseil.

[45] Je reconnais également qu’en général, les questions constitutionnelles ne peuvent être soulevées pour la première fois devant la cour de révision si elles n’ont pas d’abord été soumises au décideur administratif. Les défendeurs n’ont pas soulevé d’objection pour ce motif. Dans l’affaire *Erasmus*, la Cour d’appel fédérale a conclu que la question constitutionnelle dans cette cause pouvait être soulevée pour la première fois devant la Cour puisque, dans les circonstances de l’affaire, le gestionnaire des peines de l’Établissement de Stony Mountain ne représentait pas un tribunal compétent et adéquat devant lequel l’appelant pouvait soulever ses préoccupations d’ordre constitutionnel (arrêt *Erasmus*, aux paragraphes 31 à 38). Le raisonnement est le même en l’espèce. Par conséquent, je vais maintenant m’attarder sur l’argument constitutionnel du demandeur.

[46] Le paragraphe 15(1) de la Charte est rédigé ainsi :

Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[47] La Cour suprême du Canada a récemment réitéré le cadre analytique en deux volets utilisé pour déterminer si une loi porte atteinte à la garantie d’égalité en

under subsection 15(1) of the Charter. The first part of the analysis “asks whether, on its face or in its impact, a law creates a distinction on the basis of an enumerated or analogous ground The second part of the analysis focuses on arbitrary—or discriminatory—disadvantage, that is, whether the impugned law fails to respond to the actual capacities and needs of the members of the group and instead imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating their disadvantage” (*Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548, at paragraphs 19–20; see also *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paragraph 25; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paragraphs 323–325; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paragraph 30; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paragraph 17).

[48] Regarding the first part of the analysis, the Supreme Court of Canada has already determined that aboriginality-residency as it pertains to off-reserve band member status constitutes a ground of discrimination analogous to the enumerated grounds in subsection 15(1) of the Charter (*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 (*Corbiere*), at paragraphs 6 and 62). While the issue in *Corbiere* concerned the exclusion of off-reserve members from the right to vote in band elections pursuant to subsection 77(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c I-5 (*Indian Act*), decisions of this Court have extended the analysis in *Corbiere* to those cases where councils are chosen in accordance with the custom of the band (*Cockerill v. Fort McMurray First Nation No. 468*, 2010 FC 337, 218 C.R.R. (2d) 127 (*Cockerill*), at paragraphs 28–29; *Thompson v. Leq’á:mel First Nation*, 2007 FC 707, 284 D.L.R. (4th) 80 (*Thompson*), at paragraph 8; *Clifton v. Hartley Bay Indian Band*, 2005 FC 1030, [2006] 2 F.C.R. 24 (*Clifton*), at paragraphs 44–45).

application du paragraphe 15(1) de la Charte. Le premier volet de l’analyse consiste donc « à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue [...] Le second volet de l’analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires —, c’est-à-dire sur la question de savoir si la loi contestée ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage dont ils sont victimes » (arrêt *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548, aux paragraphes 19 et 20; voir également l’arrêt *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, au paragraphe 25; arrêt *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, aux paragraphes 323 à 325; arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, au paragraphe 30; arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, au paragraphe 17).

[48] Concernant la première partie de l’analyse, la Cour suprême du Canada a déjà conclu que l’autochtonité-lieu de résidence appliqué aux membres hors réserve d’une bande indienne constitue un motif de discrimination analogue aux motifs énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 (arrêt *Corbiere*), aux paragraphes 6 et 62). Bien que la question dans l’arrêt *Corbiere* portait sur l’exclusion de membres hors réserve du régime de droit de vote aux élections de la bande conformément au paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (*Loi sur les Indiens*), l’analyse dans l’affaire *Corbiere* a été appliquée par la Cour aux cas où le conseil est choisi selon la coutume de la bande (décision *Cockerill c. Première nation n° 468 de Fort McMurray*, 2010 CF 337 (décision *Cockerill*), aux paragraphes 28 et 29; décision *Thompson c. Première Nation Leq’á:mel*, 2007 CF 707 (décision *Thompson*), au paragraphe 8; décision *Clifton c. Bande indienne de Hartley Bay*, 2005 CF 1030 (décision *Clifton*), aux paragraphes 44 et 45).

[49] The question in this case is whether the residency requirement prescribed by the BCN Election Code creates a distinction. The respondents submit that it does not because the residency requirement applies to the Chief and to all elected councillors.

[50] I agree with the respondents that, on its face, the residency requirement provision is neutral and makes no distinction based on the analogous ground of Aboriginal residency. However, the distinction comes not from its wording but from its impact as it imposes a differential treatment and has a disproportionate effect on band members because of their off-reserve band member status. Unlike candidates who already reside on the reserve, off-reserve candidates are required to establish residency on the reserve within three months of their election.

[51] For these reasons, I find that the residency requirement provision in the BCN Election Code creates a distinction based on the analogous ground of Aboriginal residency.

[52] With regards to the second part of the analysis, I am of the view that the distinction created by the residency requirement imposes a burden on off-reserve members and denies them a benefit in a manner that has the effect of perpetuating the erroneous notion that band members who live off the reserve have no interest and a reduced ability in participating in band governance. The distinction also reinforces the historical stereotype that off-reserve band members are less worthy and entitled, not on the basis of merit, but because they live off reserve.

[53] At this point in my analysis, it is useful to recall the words of the Supreme Court of Canada in *Corbiere* [at paragraphs 17–18] :

Applying the applicable *Law* factors to this case — pre-existing disadvantage, correspondence and importance of the affected interest — we conclude that the answer to this question is yes. The impugned distinction perpetuates the historic disadvantage experienced

[49] La question en l'espèce consiste à déterminer si l'exigence en matière de résidence prescrite par le code électoral de la NCB établit une distinction. Les défendeurs affirment que ce n'est pas le cas puisque l'exigence en matière de résidence s'applique au chef et aux conseillers élus.

[50] Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire qu'à première vue, l'exigence en matière de résidence est neutre et n'établit aucune distinction au motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence. Toutefois, la distinction ne découle pas du libellé, mais de ses répercussions, puisqu'elle impose un traitement différentiel et exerce un effet disproportionné sur les membres de la bande au motif de leur statut de membre hors réserve. Contrairement aux candidats qui habitent déjà sur la réserve, les candidats hors réserve doivent établir leur résidence dans la réserve dans les trois mois suivant leur élection.

[51] Pour ces motifs, je suis d'avis que les dispositions de l'exigence en matière de résidence énoncées dans le code électoral de la NCB crée une distinction au motif analogue de l'autochtonité-lieu de résidence.

[52] En ce qui concerne la deuxième partie de l'analyse, je suis d'avis que la distinction créée par la résidence impose un fardeau aux membres hors réserve et les prive d'un avantage ayant pour effet de perpétuer la notion erronée que les membres de la bande qui vivent hors réserve n'ont pas d'intérêt et ont une capacité réduite à participer à la gouvernance de la bande. Cette distinction renforce également le stéréotype historique selon lequel les membres hors réserve sont moins dignes de reconnaissance et n'ont pas droit aux mêmes avantages, non pas sur le mérite, mais parce qu'ils vivent hors de la réserve.

[53] À ce stade de mon analyse, il est utile de revoir ce que la Cour suprême du Canada a dit dans l'arrêt *Corbiere* [aux paragraphes 17 et 18] :

Appliquant les facteurs énoncés dans *Law* qui sont pertinents en l'espèce — la pré-existence d'un désavantage ainsi que la correspondance du droit touché et son importance —, nous concluons que la réponse à cette question est affirmative. La distinction reprochée

by off-reserve band members by denying them the right to vote and participate in their band's governance. Off-reserve band members have important interests in band governance which the distinction denies. They are co-owners of the band's assets. The reserve, whether they live on or off it, is their and their children's land. The band council represents them as band members to the community at large, in negotiations with the government, and within Aboriginal organizations. Although there are some matters of purely local interest, which do not as directly affect the interests of off-reserve band members, the complete denial to off-reserve members of the right to vote and participate in band governance treats them as less worthy and entitled, not on the merits of their situation, but simply because they live off-reserve. The importance of the interest affected is underlined by the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*, at pp. 137-91. The Royal Commission writes in vol. 4, *Perspectives and Realities*, at p. 521:

Throughout the Commission's hearings, Aboriginal people stressed the fundamental importance of retaining and enhancing their cultural identity while living in urban areas. Aboriginal identity lies at the heart of Aboriginal peoples' existence; maintaining that identity is an essential and self-validating pursuit for Aboriginal people in cities.

And at p. 525:

Cultural identity for urban Aboriginal people is also tied to a land base or ancestral territory. For many, the two concepts are inseparable. . . . Identification with an ancestral place is important to urban people because of the associated ritual, ceremony and traditions, as well as the people who remain there, the sense of belonging, the bond to an ancestral community, and the accessibility of family, community and elders.

Taking all this into account, it is clear that the s. 77(1) disenfranchisement is discriminatory. It denies off-reserve band members the right to participate fully in band governance on the arbitrary basis of a personal characteristic. It reaches the cultural identity of off-reserve Aboriginals in a stereotypical way. It

perpétue le désavantage historique vécu par les membres hors réserve des bandes indiennes en les privant de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande. Ces personnes ont des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande, ce que la distinction les empêche de faire. Ils sont copropriétaires de l'actif de la bande. Qu'ils y vivent ou non, la réserve est leur territoire et celui de leurs enfants. En tant que membres de la bande ils sont représentés par le conseil de la bande auprès de la communauté en général, tant au sein des organisations autochtones que dans des négociations avec le gouvernement. Bien qu'il existe des sujets d'intérêt purement local qui ne touchent pas aussi directement les intérêts des membres hors réserve des bandes indiennes, la privation complète de leur droit de voter et de participer à l'administration de leur bande a pour effet de les traiter comme des individus moins dignes de reconnaissance et n'ayant pas droit aux mêmes avantages et ce, non pas parce que leur situation justifie ce traitement, mais uniquement parce qu'ils vivent à l'extérieur de la réserve. L'importance du droit touché ressort des conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1, *Un passé, un avenir*, aux pp. 147 à 206. La Commission royale écrit ceci dans le vol. 4, *Perspectives et réalités*, à la p. 586 :

Tout au long des audiences, les autochtones ont rappelé à la Commission qu'il est essentiel pour eux de préserver et d'enrichir leur identité culturelle quand ils vivent en milieu urbain. L'identité autochtone est l'essence de l'existence des peuples autochtones. La préservation de cette identité est donc un objectif fondamental et valorisant pour les autochtones citadins.

Et elle ajoute ce qui suit, aux pp. 589 et 590 :

De plus, les autochtones citadins associent l'identité culturelle à la notion d'assise territoriale ou de territoire ancestral. Pour nombre d'entre eux, ces deux concepts sont indissociables. [...] Il est important pour les autochtones citadins de pouvoir s'identifier à un lieu ancestral, en raison des rituels, des cérémonies et des traditions qui y sont associés, des gens qui y vivent, du sentiment d'appartenance, du lien avec une communauté ancestrale et de la possibilité d'accéder à la famille, à la communauté et aux anciens.

Compte tenu de tout ce qui précède, il est clair que la privation du droit de vote découlant du par. 77(1) est discriminatoire. Cette privation refuse aux membres hors réserve des bandes indiennes, sur le fondement arbitraire d'une caractéristique personnelle, le droit de participer pleinement à l'administration de leur bande respective.

presumes that Aboriginals living off-reserve are not interested in maintaining meaningful participation in the band or in preserving their cultural identity, and are therefore less deserving members of the band. The effect is clear, as is the message: off-reserve band members are not as deserving as those band members who live on reserves. This engages the dignity aspect of the s. 15 analysis and results in the denial of substantive equality.

[54] In discussing the issue of pre-existing disadvantage, stereotyping and vulnerability in *Corbiere*, the Supreme Court of Canada also indicated that “band members living off-reserve form part of a ‘discrete and insular minority’, defined by both race and residence, which is vulnerable and has at times not been given equal consideration or respect by the government or by others in Canadian or Aboriginal society.” It also noted the existence of general stereotypes in society relating to off-reserve band members, including the one that to be “truly Aboriginal”, one has to live on the reserve (*Corbiere*, at paragraph 71).

[55] In *Esquega v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 878, [2008] 1 F.C.R. 795 (*Esquega*) (reversed on other grounds by 2008 FCA 182, [2009] 1 F.C.R. 448), this Court found that the residency requirement in subsection 75(1) of the *Indian Act* violated section 15 of the Charter. Under the terms of this provision, “[n]o person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band.” Relying on *Corbiere*, the Court found that “band members who live off-reserve have historically faced disadvantage as a result of legislation and policies designed to deny them the right to participate in band governance” and that “[s]uch legislation perpetuates the wrongful notion that band members who live off-reserve have no interest in participating in band governance and are therefore less worthy of doing so” (*Esquega*, at paragraph 88). The Court also found that off-reserve members hold a fundamental interest in

Elle touche à l’identité culturelle des Autochtones hors réserve par l’effet de stéréotypes. Elle présume que les Autochtones hors réserve ne sont pas intéressés à participer concrètement à la vie de leur bande ou à préserver leur identité culturelle, et qu’ils ne sont donc pas des membres de leur bande aussi méritants que les autres. L’effet, comme le message, est clair : les membres hors réserve des bandes indiennes ne sont pas aussi méritants que les membres qui vivent dans les réserves. Cette situation soulève l’application de l’aspect dignité de l’analyse fondée sur l’art. 15 et entraîne le déni du droit à l’égalité réelle.

[54] Dans sa discussion portant sur la préexistence d’un désavantage, les stéréotypes et la vulnérabilité dans l’arrêt *Corbiere*, la Cour suprême du Canada a également indiqué que « les membres hors réserve des bandes indiennes font partie d’une «minorité discrète et isolée», qui est définie tant par sa race que par son lieu de résidence, qui est vulnérable et qui, à l’occasion, ne s’est pas vu accorder l’égalité de respect ou de considération par le gouvernement ou par d’autres personnes au sein des sociétés canadienne et autochtone ». Elle a également souligné l’existence de stéréotypes généraux dans la société à l’égard des membres hors réserve, notamment celui selon lequel seuls les Autochtones vivant dans des réserves peuvent être considérés comme des « vrais Autochtones » (arrêt *Corbiere*, au paragraphe 71).

[55] Dans la décision *Esquega c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 878, [2008] 1 R.C.F. 795 (décision *Esquega*) (infirmée pour d’autres motifs par l’arrêt 2008 CAF 182, [2009] 1 R.C.F. 448), la Cour a conclu que l’exigence en matière de résidence énoncée au paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* contrevenait à l’article 15 de la Charte. Aux termes de cette disposition, « [s]eul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande ». Se fondant sur l’arrêt *Corbiere*, la Cour a conclu que « les membres de bande vivant hors réserve ont subi un désavantage historique à cause de lois et de politiques conçues pour les priver du droit de participer à l’administration de leur bande » et que « [c]es lois perpétuent l’idée erronée que les membres d’une bande qui vivent hors réserve n’ont aucun intérêt à prendre part à l’administration de leur bande et qu’ils sont donc moins dignes de le faire » (décision *Esquega*, au paragraphe 88). La

participating in band council and making decisions on behalf of their band (*Esquega*, at paragraph 91). The Court concluded that subsection 75(1) of the *Indian Act* discriminated “against off-reserve members by prohibiting them from participating in the representative governance of their band through band council on the basis of their ‘Aboriginality-residence’ status” (*Esquega*, at paragraph 92).

[56] This Court reached a similar conclusion in *Joseph*. In that case, the Dzawada’enuxw (Tsawataineuk) First Nation 2011 Code provided positions for both resident and non-resident band members. However, while three quarters of the band members were non-resident, three out of the four positions on Council were not available to them, including the position of the Chair. The Court noted that even if the non-resident members were represented in Council deliberations by the non-resident councillor, “when push comes to shove, that Councillor can be easily outvoted by the resident Councillors.” The Court found that the distinction in the 2011 Code created “a disadvantage by perpetuating the stereotype that non-resident Band members have reduced ability or interest in contributing to Band governance” and concluded that the restriction therefore violated section 15 of the Charter (*Joseph*, at paragraphs 57–58).

[57] A similar result was also reached in *Thompson* where this Court found paragraph 3.1(b) of the Leq’á:mel First Nation Election Regulations and Procedures to be invalid as contrary to subsection 15(1) of the Charter. This provision stipulated that in order to be eligible for the position of chief or councillor for the Lakahahmen First Nation, a person was required to reside in the Canadian Traditional Stó:lo Territory (*Thompson*, at paragraph 25).

Cour a également jugé que la participation aux activités du conseil de bande et la prise de décisions au nom de la bande revêtent une importance fondamentale pour les membres de la bande qui vivent hors réserve (décision *Esquega*, au paragraphe 91). La Cour a conclu que le paragraphe 75(1) de la *Loi sur les Indiens* est discriminatoire « envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l’administration représentative de leur bande par l’intermédiaire du conseil de bande, en raison de leur statut sur le plan de l’ “autochtonité-lieu de résidence” » (décision *Esquega*, au paragraphe 92).

[56] La Cour est parvenue à une conclusion semblable dans l’affaire *Joseph*. Dans cette affaire, le code électoral de 2011 de la Première nation Dzawada’enuxw (Tsawataineuk) permettait aux résidents et non-résidents d’occuper des postes au conseil de bande. Toutefois, comme les trois quarts des membres de la bande étaient non résidents, trois des quatre postes de conseiller étaient inaccessibles pour eux, sans parler du poste de président. La Cour a souligné que même si les membres non résidents étaient représentés par le conseiller non résident au cours des délibérations du conseil, « ce conseiller peut facilement être battu par les conseillers résidents lorsque les choses se corsent ». La Cour a conclu que la distinction établie dans le code de 2011 créait « un désavantage en perpétuant le stéréotype selon lequel les membres non résidents des bandes indiennes sont moins capables de participer à la gouvernance de celles-ci ou sont moins intéressés à le faire » et concluait que la restriction constituait une violation de l’article 15 de la Charte (décision *Joseph*, aux paragraphes 57 et 58).

[57] On est arrivé à un résultat semblable dans l’affaire *Thompson*, dans laquelle la Cour a conclu que l’alinéa 3.1b) du Règlement électoral de la Première nation Leq’á:mel était invalide puisqu’il était contraire au paragraphe 15(1) de la Charte. Cette disposition prévoyait que pour être admissible aux postes de chef ou de conseiller de la Première nation Lakahahmen, une personne devait résider sur le territoire traditionnel canadien du peuple Stó:lo (décision *Thompson*, au paragraphe 25).

[58] In this case, the residency requirement in the BCN Election Code does not appear on its face to be discriminatory. However, in reality, it imposes a burden on off-reserve members wishing to run for office, the effect of which is clearly discriminatory, thus perpetuating the pre-existing disadvantage of the group it was intended to benefit. In order to serve the community with which the band member is affiliated, the band member must, once elected, relocate on the reserve. This relocation comes only at a great cost, both personally and financially (*Corbiere*, at paragraphs 14 and 62).

[59] For example, the BCN Chief indicates in his affidavit that he asked the applicant if his wife would be moving with him onto the Calling Lake Reserve. The applicant responded that his wife would continue to reside at their home off reserve (applicant's record, Vol. 2, at page 190, paragraph 37). The obligation to reside on the reserve once elected thus had the effect of forcing the applicant to change his domestic situation. It also required the applicant's son and wife to change theirs when the applicant moved in with them during his first term in office (applicant's record, Vol. 5, at page 989).

[60] Another example of the residency requirement's impact on off-reserve band members who wish to be elected as councillors is found in a letter dated March 3, 2016. The BCN councillor writes that while she had the support of her husband to move onto the reserve if elected, her children were not happy with the situation. She further indicates that she and her husband had to do major renovations to the home they moved into, spending over \$10,000 "just to make it livable" and that her family went through a lot of struggles in order to live on the reserve (applicant's record, Vol. 2, at page 316).

[61] In addition to the personal and financial burden, the newly elected candidate's relocation on reserve is subject to the availability of housing and to the band

[58] Dans cette affaire, l'exigence en matière de résidence énoncée dans le code électoral de la NCB ne semble pas discriminatoire à première vue. Toutefois, en réalité, elle impose aux membres hors réserve qui décident de se porter candidat au conseil un fardeau dont l'effet est clairement discriminatoire, ce qui perpétue le désavantage préexistant du groupe qui devait en tirer des avantages. Pour pouvoir desservir la communauté à laquelle le membre de la bande est affilié, celui-ci doit, une fois réélu, déménager dans la réserve. Ce déménagement n'entraîne que des coûts élevés, tant sur le plan personnel que financier (arrêt *Corbiere*, aux paragraphes 14 et 62).

[59] Par exemple, le chef de la NBC indique dans son affidavit qu'il a demandé au demandeur si son épouse déménagerait avec lui dans la réserve de Calling Lake. Le demandeur a répondu que son épouse continuerait à habiter leur domicile situé hors réserve (dossier du demandeur, vol. 2, à la page 190, paragraphe 37). L'obligation d'élire résidence dans la réserve une fois élu a eu pour effet de forcer le demandeur à modifier sa situation familiale. Elle a également obligé le fils et l'épouse du demandeur à modifier la leur lorsque le demandeur a déménagé avec eux au cours de son premier mandat (dossier du demandeur, vol. 5, à la page 989).

[60] Un autre exemple des répercussions de l'exigence en matière de résidence sur les membres de la bande hors réserve qui désirent se porter candidat au poste de conseiller est décrit dans une lettre datée du 3 mars 2016. La conseillère de la NCB indique que bien qu'elle ait bénéficié du soutien de son mari pour déménager dans la réserve si elle était élue, ses enfants étaient mécontents de la situation. Elle a également indiqué qu'elle et son mari ont dû effectuer des renovations majeures à la maison dans laquelle ils déménageaient, dépensant plus de 10 000 \$ [TRADUCTION] « simplement pour rendre l'endroit vivable », et que sa famille a rencontré beaucoup de difficultés pour pouvoir vivre dans la réserve (dossier du demandeur, vol. 2, à la page 316).

[61] Outre le fardeau personnel et financier, le déménagement du candidat nouvellement élu dans la réserve est subordonné à la disponibilité d'un logement

Council's approval. It appears from the evidence on the record that as of April 2017, the total registered population of the BCN consisted of 7 944 members, of which 4 560 members resided off reserve. Both parties also agree that there is a shortage of band provided housing in the BCN reserve of Calling Lake. This situation can subject an elected candidate living off-reserve to arbitrary and political decisions, unlike an elected candidate living on reserve.

[62] Moreover, even if an elected candidate is allocated a lot on the reserve through a Temporary Land Occupancy Agreement, as was the case for the applicant and another elected councillor, the agreement requires the occupant to make improvements to the land before the end of the first anniversary of the agreement failing which other BCN members will be given the opportunity to utilize the property (applicant's record, Vol. 5, at page 1080).

[63] I acknowledge the argument of the respondents that the applicant could have established residency by moving a trailer or mobile home on the land that was assigned to him in June 2010. However, there is a dispute between the parties on whether the applicant could do so to establish his residency. Even if this was an option for the applicant, the fact remains that he must do so at the personal cost and inconvenience of maintaining two residences if he does not wish to sell his residence off reserve. The applicant indicates in his affidavit that he has resided in the same location since the 1980's. It would be unreasonable to expect that the applicant sell his residence and move onto the reserve prior to being elected as there is no guarantee that he will be successful in his bid for office. Similarly, it would be unreasonable to expect the applicant to sell his residence after being elected as a term in office is four years and there is no guarantee of re-election at the end of the term.

[64] In the context of their section 1 argument, the respondents submit that the foundation of the residency

et à l'approbation du conseil. Il semble, à la lumière des éléments de preuve au dossier, qu'en date d'avril 2017, la population totale inscrite au sein de la NCB était de 7 944 membres, dont 4 560 résidaient hors réserve. Les deux parties sont également d'accord quant à l'existence d'une pénurie de logements fournis par la bande dans la réserve de Calling Lake de la NCB. Cette situation peut obliger un candidat élu résidant hors de réserve à se soumettre à des décisions arbitraires et politiques, contrairement à un candidat élu vivant dans la réserve.

[62] En outre, même si le candidat élu se voit accorder un lot dans la réserve par l'entremise d'une entente d'occupation temporaire du territoire, comme ce fût le cas pour le demandeur et un autre conseiller élu, l'entente oblige l'occupant à apporter des améliorations au territoire avant la fin du premier anniversaire de l'entente, à défaut de quoi la propriété sera mise à la disposition d'autres membres de la NCB (dossier du demandeur, vol. 5, à la page 1080).

[63] Je reconnais l'argument des défendeurs selon lequel le demandeur aurait pu établir sa résidence en déménageant dans une roulotte ou une maison mobile sur le territoire qui lui a été assigné en juin 2010. Toutefois, les parties ne s'entendent pas sur la question à savoir si le demandeur aurait pu procéder de cette façon pour établir sa résidence. Même si cela constituait une option pour le demandeur, il reste qu'il aurait été obligé d'assumer les coûts personnels et les désagréments associés au maintien de deux résidences advenant qu'il ait souhaité ne pas vendre sa résidence hors de la réserve. Dans son affidavit, le demandeur a indiqué qu'il habite au même endroit depuis 1980. Il aurait été déraisonnable de s'attendre à ce que le demandeur vende sa résidence et déménage dans la réserve avant d'être élu puisqu'il n'avait aucune garantie qu'il serait élu au sein du conseil. De même, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que le demandeur vende sa résidence après avoir été élu puisque le mandat est de quatre ans et qu'il n'y a aucune garantie qu'il sera réélu à la fin de ce mandat.

[64] Dans le contexte de leur argument à la section 1, les demandeurs font valoir que le fondement de

requirement is the custom of the BCN. They argue that to be an accepted leader by the community, one must live amongst the people of the reserve community the leader represents. This argument, in my view, is troublesome since it is akin to the stereotype noted by the Supreme Court of Canada in *Corbiere* that to be “truly Aboriginal”, one must live on the reserve (*Corbiere*, at paragraph 71).

[65] The fact is that while off-reserve members may now vote and be elected as councillors of the BCN, the requirement that they establish residency on the reserve during their term in office imposes on them a burden that on-reserve members do not have. It also perpetuates the stereotype that only members on the reserve are able to decide the affairs of the band.

[66] Consequently, I find that the residency requirement in the BCN Election Code discriminates against off-reserve band members by prohibiting them from participating in the representative governance of their band Council on the basis of their off-reserve band member status.

C. Is the residency requirement justified under section 1 of the Charter?

[67] To establish that the infringement is justified, the respondents have the onus of demonstrating that the residency requirement provisions have a pressing and substantial objective and that the means chosen to achieve it are proportionate to it (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at paragraphs 69–70 [pages 138–139]).

[68] The respondents contend that the objectives of the residency requirement are: (1) to adhere to a long-standing custom; (2) to provide elected officials with the opportunity to better connect with the community on reserve that they are representing and foster a better level of involvement in local governance; (3)

l'exigence en matière de résidence est la coutume de la NCB. Ils soutiennent que pour être accepté comme chef dans la communauté, il faut vivre parmi la population de la réserve que les chefs représentent. À mon avis, cet argument est problématique puisqu'il s'apparente au stéréotype souligné par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Corbiere*, à savoir que pour être considéré comme un « vrai Autochtone », il faut vivre dans la réserve (arrêt *Corbiere*, au paragraphe 71).

[65] Le fait est que bien que les membres hors réserve puissent maintenant voter et être élus comme conseillers de la NCB, l'exigence les obligeant à établir leur résidence dans la réserve au cours de leur mandat leur impose un fardeau dont les membres résidant dans la réserve n'ont pas à s'acquitter. Cette pratique perpétue également le stéréotype selon lequel seuls les membres résidant dans la réserve sont habilités à se prononcer sur les affaires de la bande.

[66] Par conséquent, je conclus que l'exigence en matière de résidence énoncée dans le code électoral de la NCB est discriminatoire envers les membres vivant hors réserve en leur interdisant de participer à l'administration représentative de leur bande par l'intermédiaire du conseil de bande, en raison de leur statut de membre hors réserve.

C. L'exigence en matière de résidence est-elle justifiée en application de l'article 1 de la Charte?

[67] Pour établir que la violation est justifiée, il incombe aux défendeurs de démontrer que les dispositions de l'exigence en matière de résidence visent un objectif urgent et important et que les moyens choisis pour l'atteindre sont proportionnels (arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux paragraphes 69 et 70 [pages 138 et 139]).

[68] Les défendeurs soutiennent que les objectifs de l'exigence en matière de résidence sont : 1) de respecter une coutume de longue date; 2) d'offrir aux représentants élus l'occasion de tisser des liens plus étroits avec la communauté qu'ils représentent dans la réserve et de favoriser un meilleur niveau de participation à la

to give effect to the will of the BCN electors; and (4) to encourage off-reserve members to return where they can lead with the skills acquired off reserve. They argue that the residency requirement's goal to foster a councillor's real, substantial and present connection to the community is a legitimate objective which is inextricably connected to the restriction imposed.

[69] While I agree that the objective may be legitimate, I am not satisfied that there is a rational connection between the objectives advanced by the respondents and the limit on the ability of off-reserve band members to participate in their band Council's decision-making.

[70] I recognize that those most affected by the decisions of the band Council are those who live on the reserve. Nevertheless, the Supreme Court of Canada found that off-reserve band members also have important interests in band governance. They have an important financial interest in the affairs of the band. They are co-owners of the band's assets and the band Council represents them in negotiations with the government and within Aboriginal organizations. The availability of services on the reserve is equally important to off-reserve band members, especially those like the applicant who live in the vicinity of the reserve (*Corbiere*, at paragraphs 17, 78 and 80). Given that approximately half of the BCN's members live off the reserve, it is difficult to rationalize why on-reserve councillors would be more connected with the people and communities they represent. It has not been demonstrated why a councillor residing on the reserve can represent the interests of the off-reserve members and yet, an off-reserve councillor cannot represent the interests of the on-reserve members.

[71] Aside from broad statements in the respondents' affidavit evidence such as "since the signing of the treaty 8 in 1899, elected Bigstone Cree Nation Chiefs and Councillors have always resided on the Bigstone Cree Nation lands and never off-reserve", "people want

gouvernance locale; 3) de répondre aux exigences des électeurs de la NCB et 4) d'encourager les membres hors réserve à revenir pour mettre à profit les compétences acquises hors de réserve. Ils soutiennent que l'objectif de l'exigence en matière de résidence de favoriser des liens réels, étroits et actuels avec la communauté est un objectif légitime qui est inextricablement lié à la restriction imposée.

[69] Bien que je reconnaisse que l'objectif peut être légitime, je ne suis pas convaincue qu'il existe un lien rationnel entre les objectifs avancés par les défendeurs et la capacité limitée des membres de la bande vivant hors de réserve à participer aux décisions de leur conseil de bande.

[70] Je reconnais que les personnes les plus touchées par les décisions de la bande sont celles vivant dans la réserve. Toutefois, la Cour suprême du Canada a également conclu que les membres de la bande vivant hors de réserve ont également des intérêts importants à faire valoir en ce qui concerne l'administration de la bande. Ils ont des intérêts financiers importants dans les affaires de la bande. Ils sont copropriétaires des actifs de la bande et sont représentés par le conseil de la bande au sein des organisations autochtones et dans des négociations avec le gouvernement. La disponibilité des services dans la réserve est tout aussi importante pour les membres hors de la réserve, particulièrement ceux qui, comme le demandeur, habitent à proximité de la réserve (arrêt *Corbiere*, aux paragraphes 17, 78 et 80). Compte tenu du fait qu'environ la moitié des membres de la NCB résidant hors de la réserve, il est difficile de rationaliser pourquoi les conseillers dans la réserve auraient des liens plus étroits avec les gens et la communauté qu'ils représentent. On n'a pas démontré pourquoi un conseiller résidant dans la réserve peut représenter les intérêts des membres vivant hors de réserve, et pourtant, un conseiller vivant hors de réserve ne peut représenter les intérêts des membres vivant dans la réserve.

[71] Hormis des énoncés généraux dans les témoignages sous affidavit des répondants, par exemple [TRANSDUCTION] « depuis la signature du Traité 8, en 1899, les chefs et les conseillers de la Nation des Cris de Bigstone ont toujours habité dans les territoires de la nation et

their leaders to live amongst them”, the respondents have presented no evidence on the connection between the willingness or ability of off-reserve band members to participate in their band Council and their residency status. On the contrary, the respondents have adduced evidence that suggests that the residency status is based on the stereotypes that were rejected by the Supreme Court of Canada in *Corbiere*. The following statement is contained in one of the respondent’s affidavits: “[o]ur people believe that the best leadership comes from those living on the reserve. It is not so much a matter of whether or not the person is able to do the job, but whether the person is accepted by the people as a leader” (applicant’s record, Vol. 2, at page 318).

[72] Even if I accepted that the restriction on residence was rationally connected to the objectives advanced by the respondents, I cannot agree with the respondents’ argument that the residency requirement is minimally impairing because it does not disenfranchise members from voting or standing for office or from participating in the governance of their band.

[73] In support of their argument, the respondents rely on a decision of this Court in *Orr v. Peerless Trout First Nation*, 2015 FC 1053, 341 C.R.R. (2d) 222, confirmed on appeal at 2016 FCA 146, 484 N.R. 47. This decision, in my view, is distinguishable. The issue in that case concerned a band member’s ineligibility to run for office because the member was a plaintiff in a civil action against the band. Unlike the BCN Election Code, the restriction provided in the Peerless Trout First Nation’s Customary Election Regulations did not create a distinction based on an analogous ground nor did it perpetuate a disadvantage, the effect of which infringed a band member’s right to equality under subsection 15(1) of the Charter.

[74] The evidence shows that the issue of the residency requirement has been the subject of debate within the BCN membership for a number of years (applicant’s

jamais hors de la réserve » ou « les gens veulent que leurs leaders vivent parmi eux », les défendeurs n’ont présenté aucune preuve du lien entre la volonté ou la capacité des membres de la bande qui vivent hors de la réserve à participer au conseil de la bande et leur statut en matière de résidence. Au contraire, les défendeurs ont présenté des éléments de preuve qui indiquent que le statut de résidence est fondé sur des stéréotypes qui ont été rejetés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Corbiere*. L’énoncé suivant figure dans l’un des affidavits des défendeurs : [TRADUCTION] « [n]otre peuple croit que le meilleur leadership est celui assuré par les personnes qui vivent dans la réserve. Ce n’est pas tant une question de savoir si la personne peut ou non faire le travail, mais plutôt de savoir si la personne est acceptée par la population à titre de chef » (dossier du demandeur, vol. 2, à la page 318).

[72] Même si je retenais que la restriction imposée en matière de résidence soit rationnellement liée aux objectifs avancés par les défendeurs, je ne peux retenir leur argument selon lequel l’exigence en matière de résidence porte une atteinte minimale puisqu’elle ne prive pas les membres de leur droit de voter, d’être candidat à une élection ou participer à la gouvernance de leur bande.

[73] Pour soutenir leur argument, les défendeurs s’appuient sur une décision de la Cour dans l’affaire *Orr c. Première Nation de Peerless Trout*, 2015 CF 1053, confirmée en appel par 2016 CAF 146. À mon avis, cette décision est différente. La question dans cette affaire concernait un membre d’une bande qui ne pouvait se porter candidat à une élection puisque ce membre était demandeur dans une action civile intentée contre la bande. Contrairement au code électoral de la NCB, la restriction imposée dans la réglementation électorale coutumière de la Première Nation de Peerless Trout n’établissait pas de distinction fondée sur un motif analogue et ne perpétuait pas de désavantage dont l’effet est de violer le droit à l’égalité d’un membre en application du paragraphe 15(1) de la Charte.

[74] Les éléments de preuve montrent que la question de l’exigence en matière de résidence a fait l’objet de débats entre les membres de la NCB pendant un certain

record, Vol. 5, at pages 1026, 1027 and 1176). Minutes of a meeting held in April 2014 with the Chipewyan Lake membership demonstrate that three residency options were considered: (1) that the elected member live on the reserve; (2) that the elected member live within a certain distance from the affiliated community; and (3) that the residency requirement be removed (applicant's record, Vol. 5, at page 1027). The issue of the residency requirement was also under consideration in 2017. It appears from the record that one of the options considered was that the elected councillor be required to live on any BCN reserve or within a 30-kilometer radius from the BCN reserve that the councillor represented. The respondents have not presented any evidence nor did they make any submissions on why these other options would not meet the objectives of the BCN.

[75] The respondents argue that restrictions on residency are not particular to First Nations and they refer to members of Parliament and members of provincial legislative assemblies incurring the social and economic costs of establishing two residences. In my view, the respondents' comparison fails to take into account that the discrimination is grounded on the applicant's off-reserve band member status. In *Corbiere*, the Supreme Court of Canada noted the following, at paragraph 15:

... reserve status should not be confused with residence. The ordinary "residence" decisions faced by the average Canadians should not be confused with the profound decisions Aboriginal band members make to live on or off their reserves, assuming choice is possible. The reality of their situation is unique and complex. Thus no new water is charted, in the sense of finding residence, in the generalized abstract, to be an analogous ground.

[76] The respondents also argued that the changes that resulted from the adoption of the 2009 BCN Election Code marked a profound change in the manner in which elections were held. By providing that two

nombre d'années (dossier du demandeur, vol. 5, aux pages 1026, 1027 et 1176). Le procès-verbal de la réunion tenue en avril 2014 avec les membres du conseil de Chipewyan Lake montre que trois options en matière de résidence ont été envisagées : 1) que le membre élu réside dans la réserve; 2) que le membre élu réside à une certaine distance de la communauté affiliée; et 3) que l'exigence en matière de résidence soit éliminée (dossier du demandeur, vol. 5, à la page 1027). La question de l'exigence en matière de résidence a également été examinée en 2017. Le dossier montre que l'une des options envisagées était que le conseiller élu devait résider dans n'importe laquelle des réserves de la NCB ou dans un rayon de 30 kilomètres de la réserve de la NCB représentée par le conseiller. Les défendeurs n'ont pas présenté d'éléments de preuve et n'ont soumis aucune observation démontrant pourquoi ces autres options ne seraient pas conformes aux objectifs de la NCB.

[75] Les défendeurs soutiennent que les restrictions en matière de résidence ne sont pas exclusives aux Premières Nations et citent les députés et les membres des assemblées législatives provinciales, qui doivent assumer les coûts sociaux et économiques qu'entraîne l'établissement de deux résidences. À mon avis, la comparaison des défendeurs ne tient pas compte du fait que la discrimination est fondée sur le statut de membre hors réserve du demandeur. Dans l'arrêt *Corbiere*, la Cour suprême du Canada a fait remarquer ce qui suit au paragraphe 15 :

[...] [i]l ne faut pas confondre qualité de membre hors réserve et lieu de résidence. Les décisions que sont appelés à prendre les Canadiens en général relativement à leur « lieu de résidence » ne sauraient être comparées aux décisions lourdes de conséquences que prennent les membres des bandes autochtones lorsqu'ils choisissent de vivre dans les réserves ou à l'extérieur de celles-ci, à supposer que ce choix soit possible. La réalité de ces personnes est unique et complexe. Par conséquent, rien de nouveau n'a été établi, en ce sens qu'il n'a pas été jugé que le lieu de résidence constituait, de façon générale, un motif analogue.

[76] Les défendeurs soutiennent également que les changements qui ont découlé de l'adoption du code électoral de 2009 de la NCB ont entraîné un changement profond dans la manière de tenir les élections.

candidates must reside in each of the smaller communities, the BCN Election Code introduced the concept of direct representation. The respondents contend that this change reflects the voice of its membership and submit that this Court should show deference to the BCN's inherent right to self-government.

[77] While I recognize the importance of the respondents' inherent right to self-government, this Court has repeatedly stated that it must be exercised in compliance with the Charter (*Thompson*, at paragraph 8; *Cockerill*, at paragraphs 28–29; *Clifton*, at paragraph 45). The right to decide who better represents the interests of the band's membership ultimately lies in the hands of each band member at the time of election.

[78] Accordingly, I find that the respondents have not satisfied their burden of demonstrating that the residency requirement is justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter.

D. *Remedy*

[79] The applicant seeks the following relief:

- a. A declaration that he was wrongfully removed from office as a BCN councillor and that the decision of BCN Chief and Council rendered March 24, 2015 be set aside;
- b. A declaration that the applicant was at all times since March 24, 2015 a holder of the office of BCN councillor;
- c. A declaration that he was and remains eligible to receive the benefits and emoluments associated with holding office as a BCN councillor;
- d. A declaration that the provisions of paragraphs 17(b) and 19.1(g) of the Election Code are unconstitutional and are of no force or effect;

En prévoyant que deux candidats doivent résider dans l'une des deux communautés plus petites, le code électoral de la NCB a introduit le concept de représentation directe. Les défendeurs soutiennent que ce changement reflète l'avis de ses membres et fait valoir que la Cour devrait faire preuve de déférence à l'endroit du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de la NCB.

[77] Bien que je reconnaisse l'importance du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale des défendeurs, la Cour a affirmé à maintes reprises que ce droit doit être exercé de manière conforme à la Charte (décisions *Thompson*, au paragraphe 8; *Cockerill*, aux paragraphes 28 et 29 et *Clifton*, au paragraphe 45). Le droit de décider qui sont les personnes qui représentent le mieux les intérêts des membres de la bande est entre les mains de chaque membre de la bande au moment des élections.

[78] Par conséquent, je conclus que les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de démontrer que l'exigence en matière de résidence est justifiée comme une limite raisonnable en application de l'article 1 de la Charte.

D. *Réparation*

[79] Le demandeur sollicite les réparations suivantes :

- a. une déclaration précisant qu'il a été destitué à tort de sa charge de conseiller de la NCB et l'annulation de la décision rendue par le chef et le conseil de la NCB le 24 mars 2015;
- b. une déclaration selon laquelle le demandeur a, en tout temps depuis le 24 mars 2015, exercé la fonction de conseiller de la NCB;
- c. une déclaration selon laquelle il était et demeure admissible à recevoir les avantages et les émoluments associés à la charge de conseiller de la NCB;
- d. une déclaration selon laquelle les dispositions des alinéas 17b) et 19.1g) du code électoral sont inconstitutionnels et donc inopérants;

- e. A declaration that the applicant is eligible to run in the next BCN Chief and Council election; and
 - f. An order for costs on a full indemnity basis or as the Court may deem appropriate.
- e. une déclaration selon laquelle le demandeur est admissible à présenter sa candidature à la prochaine élection du chef et du conseil de la NCB;
 - f. une ordonnance quant aux dépens fondée sur une indemnité complète ou que la Cour jugera approprié.

[80] The respondents argue that the Court is without jurisdiction regarding the relief sought in b., c. and e. above. They further argue that the relief claimed by the applicant is in the nature of damages which cannot be awarded in an application for judicial review. In the alternative, the respondents request that if this Court finds paragraphs 17(b) and/or 19.1(g) of the BCN Election Code to be invalid as contrary to subsection 15(1) of the Charter and unjustifiable under section 1 of the Charter, such a declaration be suspended for a period of one year following the issuance of judgment in order to give the BCN an opportunity to amend the sections through a process of consultation by its own democratic process.

[80] Les défendeurs font valoir que la Cour n'a pas compétence relativement aux réparations demandées aux points b, c et e, ci-dessus. Ils soutiennent également que les réparations demandées par le demandeur constituent, essentiellement des dommages qui ne peuvent être accordés dans une demande de contrôle judiciaire. Subsidiairement, les défendeurs demandent qu'advenant que la Cour déclare les alinéas 17b) et 19.1g) de code électoral de la NCB comme invalides et contraires au paragraphe 15(1) de la Charte et non justifiables en application de l'article 1 de la Charte, cette déclaration doit être suspendue pendant une période d'un an après la publication du jugement pour permettre à la NCB de modifier les sections en amorçant une démarche de consultation au moyen de son propre processus démocratique.

[81] I agree with the respondents that the relief requested by the applicant in b., c. and e. cannot be granted by this Court, albeit for a different reason. The BCN Election Code establishes several grounds which may lead to the removal of a councillor. With the passage of time, I simply do not have the evidence that would enable me to declare that the applicant continued to meet all the requirements prescribed in the BCN Election Code to be an elected councillor since his removal from office. I am equally unable to declare that he meets all of the BCN Election Code's requirements to be a candidate in the next election which, according to the parties, should be held sometime in September 2018. However, the fact that he was removed from office by Council and that his removal prompted a by-election should not prevent the applicant from being a candidate in the next general election despite the wording of subsection 20.3(b) of the BCN Election Code.

[81] Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que les réparations demandées par le demandeur aux points b, c et e ne peuvent être accordées par la Cour, mais pour une autre raison. Le code électoral de la NCB établit plusieurs motifs qui peuvent mener à la destitution d'un conseiller. Compte tenu du temps écoulé, je ne dispose tout simplement pas des éléments de preuve qui me permettraient de déclarer que le demandeur a continué de répondre aux exigences prescrites par le code électoral de la NCB pour être élu conseiller depuis sa destitution de sa charge. Je ne peux non plus déclarer qu'il répond à toutes les exigences du code électoral de la NCB pour se porter candidat aux prochaines élections qui, selon les parties, devraient se tenir en septembre 2018. Toutefois, le fait qu'il a été destitué de sa charge par le conseil et que sa destitution a nécessité la tenue d'une élection partielle ne devrait pas empêcher le demandeur de soumettre sa candidature lors de la prochaine élection générale malgré le libellé de l'alinéa 20.3b) du code électoral de la NCB.

[82] Regarding the other relief claimed by the applicant, I note that he does not seek a declaration of invalidity with respect to subsections 17(c) and 17(d) of the BCN Election Code which impose a residency requirement on the councillors of Chipewyan Lake and Wabasca/Desmarais Reserves. These two provisions are worded in the same manner as subsection 17(b) which is applicable to the councillors from the Calling Lake Reserve. The only logical conclusion would be that subsections 17(c) and 17(d) of the BCN Election Code are equally of no force and effect on the basis that they infringe subsection 15(1) of the Charter. However, as the issue was not specifically addressed by the parties at the hearing and in the absence of a request to declare them constitutionally invalid, I will not issue a declaration to that effect. As a result, subsection 19.1(g) of the BCN Election Code must stand as it refers to section 17 as a whole.

[83] Therefore, the only relief left for the applicant is to have this Court set aside the decision of the BCN Council removing him from Council and declare subsection 17(b) of the BCN Election Code of no force and effect because it is contrary to section 15 of the Charter and cannot be saved by section 1 of the Charter.

[84] The respondents request that if the Court grants a declaration of invalidity, that such declaration be suspended for a period of one year following the issuance of the judgment.

[85] The respondents' request will not be granted.

[86] In *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2016 SCC 4, [2016] 1 S.C.R. 13, the Supreme Court of Canada wrote at paragraph 2:

... To suspend a declaration of the constitutional invalidity of a law is an extraordinary step, since its effect is to maintain an unconstitutional law in breach of the constitutional rights of members of Canadian society.... The burden on the Attorney General who seeks an extension of a suspension of a declaration of constitutional invalidity is heavy.

[82] Concernant les autres réparations demandées par le demandeur, je souligne qu'il ne cherche pas à obtenir une déclaration d'invalidité relativement aux alinéas 17c) et 17d) du code électoral de la NCB, qui impose une exigence en matière de résidence aux conseillers des réserves de Chipewyan Lake et de Wabasca/Desmarais. Ces deux dispositions sont libellées de la même façon que l'alinéa 17b), qui est applicable aux conseillers de la réserve de Calling Lake. La seule conclusion logique serait que les alinéas 17c) et 17d) du code électoral de la NCB soient également déclarés inopérants au motif qu'ils contreviennent au paragraphe 15(1) de la Charte. Toutefois, comme la question n'a pas été expressément abordée par les parties lors de l'audience et en l'absence d'une requête pour les déclarer invalides sur le plan constitutionnel, je ne rendrai aucun jugement à cet effet. Par conséquent, l'alinéa 19.1g) du code électoral de la NCB doit être maintenu puisqu'il renvoie à l'article 17 dans son ensemble.

[83] Par conséquent, la seule réparation possible pour le demandeur est que la Cour annule la décision du conseil de la NCB de le destituer du Conseil et déclare l'alinéa 17b) du code électoral de la NCB inopérant puisqu'il est contraire à l'article 15 de la Charte et ne peut être justifié par l'article 1 de la Charte.

[84] Les défendeurs demandent que cette déclaration soit suspendue pour une période d'un an après la délivrance du jugement si la Cour accorde une déclaration d'invalidité.

[85] La demande des défendeurs ne sera pas accueillie.

[86] Dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2016 CSC 4, [2016] 1 R.C.S. 13, la Cour suprême du Canada a écrit ceci au paragraphe 2 :

[...] Suspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité constitutionnelle d'une loi est une mesure extraordinaire, car elle a pour effet de maintenir en vigueur une loi inconstitutionnelle, en violation des droits constitutionnels des membres de la société canadienne. [...] C'est donc un lourd fardeau qui incombe au procureur général sollicitant la prorogation de la suspension de la prise d'effet d'une déclaration d'invalidité constitutionnelle.

[87] In the case at hand, the next general election is to be held in September 2018. If I were to suspend my declaration, it would have the effect of perpetuating the same violation. Candidates who wish to become a councillor but are not willing to assume residency on the reserve will continue to be denied the opportunity of being a candidate for a position on Council and as a result, will be deprived of the protection of their Charter right to equality for the next four years.

E. Costs

[88] At the hearing, the applicant requested that he be significantly indemnified for bringing his application before the Court. He argued that the issues raised were important and suggested costs in the amount of \$20,000.

[89] The respondents, on the other hand, argued that the bulk of the applicant's argument focused on the procedural fairness issues, not the constitutional issues. The respondents also contend that the applicant is responsible for the delays incurred in bringing this matter to a hearing. They suggest that each party bear its own costs. In the alternative, they ask that any costs payable to the applicant be off-set by an amount that the applicant is required to reimburse to the respondents.

[90] In the exercise of my discretion, I have decided not to award the applicant increased costs. The applicant is only partially successful in his arguments and secondly, he is partly responsible for the long delay in bringing this matter to a hearing. As a result, the applicant shall be awarded costs assessed in accordance with Column III of Tariff B [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106]. Moreover, I shall not order that the applicant's costs be off-set with any amounts the applicant may owe to the respondents as it would be inappropriate for me to do so in this application for judicial review.

[87] En l'espèce, la prochaine élection générale se tiendra en septembre 2018. Si je devais suspendre ma déclaration, cela aurait pour effet de perpétuer la même violation. Les candidats qui souhaitent devenir conseillers, mais ne sont pas disposés à établir leur résidence dans la réserve continueront à se voir refuser la possibilité de soumettre leur candidature au poste de conseiller et, par conséquent, seront privés de la protection de leur droit à l'égalité en application de la Charte pendant les quatre prochaines années.

E. Dépens

[88] Lors de l'audience, le demandeur a demandé à recevoir une indemnisation importante pour avoir soumis sa demande à la Cour. Il a fait valoir que les questions soulevées étaient importantes et a fait valoir des dépens de 20 000 \$.

[89] Les défendeurs, quant à eux, ont fait valoir que les arguments du demandeur étaient principalement axés sur des questions d'équité procédurale et non sur des questions constitutionnelles. Les défendeurs soutiennent également que le demandeur est responsable des délais écoulés avant de demander une audience en l'espèce. Ils proposent que chacune des parties s'acquitte de ses dépens. Subsidiairement, ils demandent que les dépens versés au demandeur soient compensés par le montant que le demandeur doit rembourser aux défendeurs.

[90] Dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, j'ai décidé de ne pas adjuger de dépens supplémentaires aux défendeurs. Le demandeur n'a eu que partiellement gain de cause relativement à ses arguments et il est également partiellement responsable du long délai survenu avant de demander une audience en l'espèce. Par conséquent, des dépens établis conformément la colonne III du tarif B [des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106] seront adjugés au demandeur. En outre, les dépens adjugés au demandeur ne seront pas compensés par les montants qu'il pourrait devoir aux défendeurs puisqu'il serait inapproprié pour moi de le faire dans la présente demande de contrôle judiciaire.

T-1294-16
2018 FC 643

T-1294-16
2018 CF 643

Le Groupe Maison Candiac Inc. (Applicant)

Le Groupe Maison Candiac Inc. (demandeur)

v.

c.

Attorney General of Canada (Respondent)

Procureur général du Canada (défendeur)

INDEXED AS: GROUPE MAISON CANDIAC INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : LE GROUPE MAISON CANDIAC INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, LeBlanc J.—Montréal, December 4 and 5, 2017; Ottawa, June 22, 2018.

Cour fédérale, juge LeBlanc—Montréal, 4 et 5 décembre 2017; Ottawa, 22 juin 2018.

Environment — Judicial review of emergency order issued by Governor in Council under powers conferred by Species at Risk Act, s 80(4)(c)(ii) — Order, entitled Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population) (Emergency Order or Order), prohibiting any activities involving drainage, excavation, deforestation, infrastructure construction in area to which applying — Violations of any prohibitions in Emergency Order constituting offence — Owners of properties located in area covered by Order not compensated — Applicant, company working primarily in residential development in Montréal suburbs — In July, 2016, certain of applicant's properties being developed becoming subject to Emergency Order — Governor in Council, on recommendation of Minister of Environment and Climate Change (Minister), considering Order necessary to protect Western Chorus Frog, small amphibian on List of Wildlife Species at Risk pursuant to Act, whose population facing imminent threats to its recovery — Applicant believing Emergency Order paralyzing development activities on lands in question — Seeking to have Emergency Order cancelled on basis invalid because adopted under enabling provision — Act, s. 80(4)(c)(ii) — which is ultra vires Parliament or because constituting form of expropriation without compensation — Whether Act, s. 80(4)(c)(ii) ultra vires Parliament rendering Emergency Order invalid; whether Emergency Order void on grounds constituting form of expropriation without compensation — Pith, substance of Act, s. 80(4)(c)(ii) examined — S. 80(4)(c)(ii) allowing Governor in Council to make emergency order to protect any species on List of Wildlife Species at Risk, on land other than federal land, in exclusive economic zone of Canada or on continental shelf of Canada — Provision having legitimate public purpose of criminal law; ancillary to system of prohibitions established by Act — S. 80(4)(c)(ii) also intending to suppress "evil" within meaning of criminal law — Real link existing between

Environnement — Contrôle judiciaire d'un décret d'urgence émis par le gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 80(4)c(ii) de la Loi sur les espèces en péril — Ce décret, le Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien) (le Décret d'urgence ou le Décret), interdit toute activité de drainage, d'excavation, de déboisement et de construction d'infrastructures dans l'aire d'application qui y est délimitée — Toute contravention aux interdictions prévues dans le Décret d'urgence constitue une infraction — Aucune compensation n'a été versée aux propriétaires des terrains situés dans l'aire d'application du Décret — Le demandeur est une entreprise œuvrant principalement dans le domaine du développement domiciliaire en banlieue de Montréal — En juillet 2016, certains terrains du demandeur, en voie d'être développés, ont été visés par le Décret d'urgence — Le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre de l'Environnement et du Changement climatique (le Ministre), a jugé le Décret nécessaire pour protéger un petit amphibien — la rainette faux-grillon de l'Ouest — inscrit à la Liste des espèces en péril établie aux termes de la Loi et dont il estimait la population exposée à des menaces imminentes pour son rétablissement — Le demandeur estimait que le Décret d'urgence paralysait ses activités de développement sur les terrains visés — Le demandeur a demandé l'annulation du Décret d'urgence, estimant qu'il était invalide soit parce qu'il avait été adopté en vertu d'une disposition habilitante — l'art. 80(4)c(ii) de la Loi — qui excède la compétence du Parlement, soit parce qu'il constituait une forme d'expropriation sans indemnisation — Il s'agissait de savoir si l'art. 80(4)c(ii) de la Loi excède la compétence du Parlement, entraînant ainsi l'invalidité du Décret d'urgence; et si le Décret d'urgence était nul au motif qu'il constituait une forme d'expropriation sans indemnisation — Le caractère véritable de l'art. 80(4)c(ii) de la Loi a été examiné — L'art. 80(4)c(ii) permet au gouverneur en

harm feared, evil to be suppressed — S. 80(4)(c)(ii) also does not colourably invade exclusively provincial heads of power — Power s. 80(4)(c)(ii) conferring limited to imposing prohibitions in relation to activities likely to harm species in question, habitat necessary for its survival or recovery — Also, system of prohibitions established by Act, s. 80(4)(c)(ii) resembling criminal law system — S. 80(4)(c)(ii) having all attributes of measure validly enacted by Parliament under authority vested therein under Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Even if Parliament not having authority required to enact provision, it would be saved by ancillary powers doctrine — Finally, Emergency Order not void on grounds constituting form of expropriation without compensation — Concepts of de facto expropriation or disguised expropriation having no impact on validity of Emergency Order — Application dismissed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Emergency order issued by Governor in Council under Species at Risk Act, s 80(4)(c)(ii) prohibiting any activities involving drainage, excavation, deforestation, infrastructure construction in area to which applying — Whether Act, s 80(4)(c)(ii) ultra vires Parliament rendering emergency order invalid — Applicant having to establish that Act, s. 80(4)(c)(ii) ultra vires Parliament — Act, s. 80(4)(c)(ii) having all attributes of measure validly enacted by Parliament under authority vested therein under Constitution Act, 1867 (CA 1867), s. 91(27) (criminal law)— Even if Parliament not having authority required to enact provision, it would be saved by ancillary powers doctrine — This is because of existence of rational, functional link connecting provision at issue to broader legislative scheme (Act), which otherwise valid.

This was an application for judicial review of an emergency order issued by the Governor in Council under the powers conferred by subparagraph 80(4)(c)(ii) of the *Species at Risk Act*. The order, entitled the *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)* (the Emergency Order or Order), prohibits any activities involving drainage, excavation,

conseil de prendre un décret d'urgence pour la protection de toute espèce inscrite à la Liste des espèces en péril, quelle qu'elle soit, se trouvant ailleurs que sur le territoire domanial, la zone économique exclusive ou le plateau continental du Canada — La disposition poursuit un objectif public légitime de droit criminel; il est accessoire au régime d'interdictions mis en place par la Loi — L'art. 80(4)(c)(ii) vise à réprimer un « mal » au sens du droit criminel — Il y a un lien réel entre le préjudice appréhendé et le mal à réprimer — L'art. 80(4)(c)(ii) n'empiète pas spécieusement sur les chefs de compétence provinciale exclusive — Le pouvoir que l'art. 80(4)(c)(ii) confère est limité à l'imposition d'interdictions en lien avec les activités susceptibles de nuire à l'espèce visée et à l'habitat qui est nécessaire à sa survie ou à son rétablissement — En outre, le régime d'interdictions établi par l'art. 80(4)(c)(ii) de la Loi a les attributs de forme d'un régime de droit criminel — L'art. 80(4)(c)(ii) possède tous les attributs d'une mesure validement adoptée par le Parlement en vertu de la compétence qui lui est dévolue aux termes de l'art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Même si le Parlement n'avait pas la compétence nécessaire pour adopter cette disposition, elle serait sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoirs — Enfin, le Décret d'urgence n'était pas nul au motif qu'il constituerait une forme d'expropriation sans indemnisation — Les concepts d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée n'ont eu aucun effet sur la validité du Décret d'urgence — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Décret d'urgence émis par le gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère l'art. 80(4)(c)(ii) de la Loi sur les espèces en péril, interdisant toute activité de drainage, d'excavation, de déboisement et de construction d'infrastructures dans l'aire d'application qui y est délimitée — Il s'agissait de savoir si l'art. 80(4)(c)(ii) de la Loi excède la compétence du Parlement, entraînant ainsi l'invalidité du Décret d'urgence — Il revenait au demandeur d'établir que l'art. 80(4)(c)(ii) de la Loi excède la compétence du Parlement — L'art. 80(4)(c)(ii) de la Loi possède tous les attributs d'une mesure validement adoptée par le Parlement en vertu de la compétence qui lui est dévolue aux termes de l'art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867 (droit criminel) — Même si le Parlement n'avait pas la compétence nécessaire pour adopter cette disposition, elle serait sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoirs — En effet, un lien rationnel et fonctionnel la rattache à un régime législatif plus vaste (la Loi), par ailleurs valide.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'un décret d'urgence émis par le gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la *Loi sur les espèces en péril*. Ce décret, le *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)* (le Décret d'urgence ou le Décret), interdit toute

deforestation and infrastructure construction in the area to which it applies. The Emergency Order states that any violation of these prohibitions constitutes an offence under section 97 of the Act. Also, it was announced that the owners of properties located in the area covered by the Order would not be compensated.

The applicant is a company that works primarily in residential development in Montréal suburbs. On July 8, 2016, certain of the applicant's properties that were being developed were subject to the Emergency Order. The Governor in Council, on the recommendation of the Minister of Environment and Climate Change (the Minister), considered the Order necessary to protect a small amphibian—the Western Chorus Frog—included on the List of Wildlife Species at Risk pursuant to the Act and whose population the Minister considered to be facing imminent threats to its recovery. The applicant believed that the Emergency Order, for all practical purposes, was paralyzing its development activities on the lands in question. The applicant was seeking to have the Emergency Order cancelled on the basis that it is invalid either because it was adopted under an enabling provision—subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act—which is *ultra vires* Parliament, or because it constitutes a form of expropriation without compensation.

The main issues were whether subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act is *ultra vires* Parliament rendering the Emergency Order invalid; and whether the Emergency Order was void on the grounds that it constituted a form of expropriation without compensation.

Held, the application should be dismissed.

It was up to the applicant to establish that subparagraph 80(4)(c)(ii) is *ultra vires* Parliament. The applicable test for determining the constitutional validity of a statutory provision in relation to the division of powers first required that the pith and substance of the provision in question be examined. Once this review is complete, it must be determined whether, based on its pith and substance, the provision in question falls under one of the legislative heads of power attributed by the *Constitution Act, 1867* (CA 1867) to the level of government that enacted it. If the provision falls within a jurisdiction attributed to this level of government, the provision is constitutionally valid and the analysis is complete. If that is not the case, the provision in question is not necessarily constitutionally invalid and can still be saved by the ancillary powers doctrine if it has been sufficiently integrated in an otherwise valid legislative scheme.

activité de drainage, d'excavation, de déboisement et de construction d'infrastructures dans l'aire d'application qui y est délimitée. Le Décret d'urgence prévoit que toute contravention à ces interdictions constitue une infraction visée à l'article 97 de la Loi. En outre, l'on a annoncé qu'il n'y aurait aucune compensation versée aux propriétaires des terrains situés dans l'aire d'application du Décret.

Le demandeur est une entreprise œuvrant principalement dans le domaine du développement domiciliaire en banlieue de Montréal. Le 8 juillet 2016, certains terrains du demandeur, en voie d'être développés, ont été visés par le Décret d'urgence. Le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre de l'Environnement et du Changement climatique (le Ministre), a jugé le Décret nécessaire pour protéger un petit amphibien — la rainette faux-grillon de l'Ouest — inscrit à la Liste des espèces en péril établie aux termes de la Loi et dont il estimait la population exposée à des menaces imminentes pour son rétablissement. Le demandeur estimait que le Décret d'urgence avait pour effet, à toutes fins utiles, de paralyser ses activités de développement sur les terrains visés. Le demandeur a demandé l'annulation du Décret d'urgence, estimant qu'il était invalide soit parce qu'il avait été adopté en vertu d'une disposition habilitante — le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la Loi — qui excède la compétence du Parlement, soit parce qu'il constituait une forme d'expropriation sans indemnisation.

Il s'agissait principalement de savoir si le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la Loi excède la compétence du Parlement, entraînant ainsi l'invalidité du Décret d'urgence; et si le Décret d'urgence était nul au motif qu'il constituait une forme d'expropriation sans indemnisation.

Jugement : La demande doit être rejetée.

Il revenait au demandeur d'établir que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) excède la compétence du Parlement. Le test applicable pour décider de la validité constitutionnelle d'une disposition législative eu égard au partage des compétences exige d'abord que l'on s'interroge sur le caractère véritable de la disposition en cause. Une fois cet exercice complété, il faut se demander si, de par son caractère véritable, la disposition contestée relève d'un des chefs de compétences législatives attribués par la *Loi constitutionnelle de 1867* (LC 1867) à l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée. Si elle relève d'un champ de compétence attribué à cet ordre de gouvernement, la disposition est constitutionnellement valide et l'analyse est complète. Si ce n'est pas le cas, ladite disposition ne s'en trouve pas pour autant invalidée constitutionnellement et elle peut toujours être sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires si elle est suffisamment intégrée dans un régime législatif par ailleurs valide.

Subparagraph 80(4)(c)(ii) allows the Governor in Council to make an emergency order to protect any species on the List of Wildlife Species at Risk, on land other than federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada. An order made under subparagraph 80(4)(c)(ii) may identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the Emergency Order relates and include provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat.

The applicant contended that, in pith and substance, subparagraph 80(4)(c)(ii) does not fall under any of the heads of power attributed to Parliament by the CA 1867; in particular, it argued that it is not a valid provision of criminal law because it is purely regulatory in nature. The pith and substance of subparagraph 80(4)(c)(ii) were examined. Subparagraph 80(4)(c)(ii) has a legitimate public purpose of criminal law. It is ancillary to the system of prohibitions established by the Act and makes it possible to circumvent the ordinary rules of this system when immediate action is required. Subparagraph 80(4)(c)(ii) also intends to suppress an “evil” within the meaning of the criminal law. There is a real link between the harm feared and the evil to be suppressed, namely between the sudden and brutal disappearance of a species at risk contributing to the preservation of biodiversity and our ecosystems and the reduction of the quality of the environment caused by human activity.

Subparagraph 80(4)(c)(ii) does not colourably invade exclusively provincial heads of power. An order made under subparagraph 80(4)(c)(ii) is not permanent. The power it confers is limited to imposing prohibitions in relation to activities likely to harm the species in question and the habitat that is necessary for its survival or recovery, and the identification of this habitat in the area to which the emergency order relates. It was hard to see, in this context, how subparagraph 80(4)(c)(ii) could be used to regulate, on a national scale, the protection of species at risk in the interest of efficiency and consistency or for any other reason. Moreover, there was no evidence in this case that Parliament, when it enacted subparagraph 80(4)(c)(ii), had an “ulterior motive” or was attempting to intrude unjustifiably upon provincial powers. To succeed, the applicant had to show that subparagraph 80(4)(c)(ii), under criminal law, constituted a colourable attempt by Parliament to encroach on the jurisdiction of the provinces but it failed to do so.

The system of prohibitions established by subparagraph 80(4)(c)(ii) resembles a criminal law system. There is no doubt that subparagraph 80(4)(c)(ii) is intended to impose prohibitions and that these prohibitions, by the operation

Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) permet au gouverneur en conseil de prendre un décret d’urgence pour la protection de toute espèce inscrite à la Liste des espèces en péril, quelle qu’elle soit, se trouvant ailleurs que sur le territoire domanial, la zone économique exclusive ou le plateau continental du Canada. Un décret pris en vertu du sous-alinéa 80(4)c)(ii) peut désigner l’habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l’espèce en question dans l’aire d’application du décret d’urgence et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à ceux-ci.

Le demandeur a fait valoir que, de par son caractère véritable, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) ne relève d’aucun chef de compétence attribué au Parlement par la LC 1867; en particulier, il a soutenu que cette disposition n’est pas une disposition valide de droit criminel puisqu’elle est de nature purement réglementaire. Le caractère véritable du sous-alinéa 80(4)c)(ii) a été examiné. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) poursuit un objectif public légitime de droit criminel. Il est accessoire au régime d’interdictions mis en place par la Loi et permet de contourner les dispositions ordinaires dudit régime dans les cas où une intervention immédiate est requise. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) vise à réprimer un « mal » au sens du droit criminel. Il y a un lien réel entre le préjudice appréhendé et le mal à réprimer, soit entre la disparition brutale et soudaine d’une espèce en péril contribuant à la préservation de la biodiversité et de nos écosystèmes et l’amointrissement, du fait de l’activité humaine, de la qualité de l’environnement.

Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) n’empiète pas spécieusement sur les chefs de compétence provinciale exclusive. Un décret adopté en vertu du sous-alinéa 80(4)c)(ii) n’a pas un caractère de permanence. Le pouvoir qu’il confère est limité à l’imposition d’interdictions en lien avec les activités susceptibles de nuire à l’espèce visée et à l’habitat qui est nécessaire à sa survie ou à son rétablissement, et à l’identification de cet habitat dans l’aire d’application du décret d’urgence. Il était difficile de voir, dans ce contexte, comment le sous-alinéa 80(4)c)(ii) pourrait servir à réguler, sur une base nationale, la protection des espèces en péril par souci d’efficacité et d’uniformité ou pour quelle qu’autre fin. D’ailleurs, il n’existait en l’espèce aucune preuve que le Parlement, lorsqu’il a adopté le sous-alinéa 80(4)c)(ii), avait une « arrière-pensée » ou qu’il tentait d’empiéter de façon injustifiable sur les compétences attribuées aux provinces. Pour réussir, le demandeur devait démontrer que le sous-alinéa 80(4)c)(ii), sous des airs de disposition de droit criminel, constituait en fait une tentative déguisée, de la part du Parlement, d’envahir les champs de compétences des provinces, mais il ne l’a pas fait.

Le régime d’interdictions établi par le sous-alinéa 80(4)c)(ii) a les attributs de forme d’un régime de droit criminel. Il ne fait pas de doute que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) vise à imposer des interdictions et que ces interdictions, par le jeu de l’article 97 de

of section 97 of the Act, are combined with sanctions. Giving the executive branch the power to carefully adapt the prohibited activity, as does subparagraph 80(4)(c)(ii), according to the particularities of the species and its habitat and the circumstances creating the imminent threat to its survival or recovery is a valid exercise of Parliament's criminal law power. The prohibition regime established by combining subparagraph 80(4)(c)(ii) and section 83 meets the requirements of a criminal law prohibition regime. Therefore, subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act has all the attributes of a measure validly enacted by Parliament under the authority vested in it under subsection 91(27) of the CA 1867.

While it was determined that subparagraph 80(4)(c)(ii) is constitutionally valid as a measure of criminal law, even if Parliament did not have the authority required to enact this provision, it would be saved by the ancillary powers doctrine. This is because a rational and functional link connects it to a broader legislative scheme, the Act, which is otherwise valid. However, this conclusion was only true to the extent that the Emergency Order was made in a context in which, in the opinion of the competent minister, the species under the order, pursuant to subsection 80(2) of the Act, faces imminent threats to its survival or recovery.

The Emergency Order was not void on the grounds that it constituted a form of expropriation without compensation. The concepts of *de facto* expropriation or disguised expropriation, which are part of the common and civil law, had no impact on the validity of the Emergency Order. This is because Parliament has already provided, in clear terms, a mechanism to compensate for losses suffered following the application of an emergency order and defines the scope of any "extraordinary impact" of such an order. When an emergency order is made under section 80 of the Act, any debate surrounding the lack of compensation is not relevant in determining the validity of the order, regardless of the basis for the alleged invalidity. Such a debate challenges a different decision-making process that meets a different and independent factual and legislative dynamic. Therefore, these concepts did not apply in this case.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act respecting land use planning and development*, CQLR, c. A-19.1.
Act respecting the conservation and development of wildlife, CQLR, c. C-61.1.
Act respecting threatened or vulnerable species, CQLR., c. E-12.01.

la Loi, sont assorties de sanctions. Doter l'Exécutif, comme le fait le sous-alinéa 80(4)c)(ii), du pouvoir d'adapter soigneusement l'activité interdite en fonction des particularités de l'espèce visée et de son habitat et des circonstances dans lesquelles la menace imminente pour sa survie ou son rétablissement se présente relève d'un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le régime d'interdictions établi par l'effet combiné du sous-alinéa 80(4)c)(ii) et de l'article 83 répond aux exigences d'un régime d'interdictions de droit criminel. En conséquence, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi possède tous les attributs d'une mesure validement adoptée par le Parlement en vertu de la compétence qui lui est dévolue aux termes du paragraphe 91(27) de la LC 1867.

S'il a été conclu que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) constitue un exercice valide du pouvoir législatif du Parlement en matière de droit criminel, même si le Parlement n'avait pas la compétence nécessaire pour adopter cette disposition, elle serait sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires. En effet, un lien rationnel et fonctionnel le rattache à un régime législatif plus vaste, la Loi, par ailleurs valide. Cependant, cette conclusion ne vaut que dans la mesure où le Décret d'urgence a été pris dans un contexte où, de l'avis du ministre compétent, l'espèce qui en fait l'objet est, suivant le paragraphe 80(2) de la Loi, exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement.

Le Décret d'urgence n'était pas nul au motif qu'il constituerait une forme d'expropriation sans indemnisation. Les concepts d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée, issues de la common law et du droit civil, n'ont eu aucun effet sur la validité du Décret d'urgence, puisque le Parlement a déjà prévu, en termes exprès, un mécanisme d'indemnisation pour les pertes subies du fait de l'application d'un décret d'urgence et en a délimité la portée aux « conséquences extraordinaires » qu'une telle application pourrait avoir. Dans le contexte de la prise d'un décret d'urgence aux termes de l'article 80 de la Loi, tout débat entourant l'absence d'indemnisation n'est pas pertinent à la détermination de la validité du décret, quel que soit le fondement de l'invalidité alléguée. Un tel débat met en cause un processus décisionnel différent, répondant à une dynamique factuelle et législative différente et indépendante. Ces concepts ne s'appliquaient donc pas en l'espèce.

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.
Code civil du Québec, RLRQ, ch. CCQ-1991, art. 952.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

- 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.
- Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16 (rep. by S.C. 1999, c. 33, s. 355), ss. 34, 35.
- Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33, s. 139(1).
- Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991, art. 952.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)*, SOR/2016-211, s. 2(1).
- Environment Quality Act*, CQLR, c. Q-2.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
- Firearms Act*, S.C. 1995, ch. 39.
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 2 “fish”, 47 “marine plant”.
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2.
- Migratory Birds Convention Act*, S.C. 1917, c. 18.
- Migratory Birds Convention Act, 1994*, S.C. 1994, c. 22.
- Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, Preamble, ss. 2 “aquatic species”, “endangered species”, extirpated species”, “federal land”, “species at risk”, “species of special concern”, “threatened species”, “wildlife species”, 5, 6, 14–31, 32–36, 37–55, 58–64, 65–72, 73, 74, 78, 80, 82, 83, 85–96, 97–119, Sch. 1.
- Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13.
- Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act*, S.C. 1992, c. 52.
- Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110.
- Décret d’urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*, DORS/2016-211, art. 2(1).
- Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16 (abrogé par L.C. 1999, ch. 33, art. 355), art. 34, 35.
- Loi canadienne sur la protection de l’environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33, art. 139(1).
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n^o 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 5], art. 91.
- Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, ch. 22.
- Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, RLRQ, ch. C-61.1.
- Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, S.C. 1917, ch. 18.
- Loi sur la protection d’espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial*, L.C. 1992, ch. 52.
- Loi sur la qualité de l’environnement*, RLRQ, ch. Q-2.
- Loi sur l’aménagement et l’urbanisme*, RLRQ, ch. A-19.1.
- Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13.
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.
- Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
- Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, préambule, art. 2 « espèce aquatique », « espèce disparue du pays », « espèce en péril », « espèce en voie de disparition », « espèce menacée », « espèce préoccupante », « espèce sauvage », territoire domanial », 5, 6, 14–31, 32–36, 37–55, 58–64, 65–72, 73, 74, 78, 80, 82, 83, 85–96, 97–119, ann. 1.
- Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*, RLRQ, ch. E-12.01.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2.
- Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 2 “poissons”, 47 « plante marine ».

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Canada. Federal, Provincial and Territorial Accord for the Protection of Species at Risk, 1996.
- Canada-Quebec. Cooperation Agreement for the Protection and Recovery of Species at Risk in Quebec, 2012.
- Convention for the Protection of Migratory Birds in Canada and the United States*, August 16, 1916.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Canada. Accord fédéral, provincial et territorial sur la Protection des espèces en péril, 1996.
- Canada-Québec. Entente de collaboration pour la protection et le rétablissement des espèces en péril au Québec, 2012.
- Convention pour la protection des oiseaux migrateurs au Canada et aux États-Unis*, 16 août 1916.

Convention on Biological Diversity, June 5, 1992, [1993] Can. T.S. No. 24, Preamble, Art. 6, 8.

Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, July 2, 1974.

Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24, préambule, art. 6, 8.

Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, 2 juillet 1974.

CASES CITED

APPLIED:

Centre Québécois du droit de l'environnement v. Canada (Environnement), 2015 FC 773, 8 Admin. L.R. (5th) 233; *Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91, affg 2014 FC 776, 91 C.E.L.R. (3d) 46; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, (1997) 151 D.L.R. (4th) 32; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *Habitations Îlot St-Jacques Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 535.

DISTINGUISHED:

West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal), 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635.

CONSIDERED:

Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport), [1992] 1 S.C.R. 3, (1992), 88 D.L.R. (4th) 1; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, (1986), 32 D.L.R. (4th) 161; *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693, (1974), 44 D.L.R. (3d) 584; *Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada (Environment)*, 2011 FC 962, [2013] 2 F.C.R. 201, *sub nom. Adam v. Canada (Environment)*.

REFERRED TO:

Groupe Maison Candiac Inc. v. Canada (Attorney General), 2017 FCA 216; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Saputo Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 69, [2012] 4 F.C.R. 499; *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2009 FC 725, 77 C.P.R. (4th) 407; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31,

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement), 2015 CF 773; *Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160, confirmant 2014 CF 776; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Habitations Îlot St-Jacques Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 535.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal), 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports), [1992] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Environnement)*, 2011 CF 962, [2013] 2 R.C.F. 201, *sub nom. Adam c. Canada (Environnement)*.

DÉCISIONS CITÉES :

Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général), 2017 CAF 216; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Saputo Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 69, [2012] 4 R.C.F. 499; *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2009 CF 725; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*,

[2002] 2 S.C.R. 146; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Re: Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, (1976), 68 D.L.R. (3d) 452; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, (1991), 66 C.C.C. (3d) 498; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Irving Oil Ltd. et al. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787, (1980), 29 N.B.R. (2d) 529.

AUTHORS CITED

Garant, Patrice. *Droit Administratif*, 7th ed. Montréal: Éditions Yvon Blais, 2017.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Toronto: Thomson Reuters Canada Ltd., 2016.

House of Commons. Standing Committee on Environment and Sustainable Development. *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., April 26, 2001 (Dale Gibson).

Regulatory Impact Analysis Statement, SI/2016-36, *C. Gaz.* 2016.II.2522.

APPLICATION for judicial review of an emergency order (*Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)*) issued by the Governor in Council under the powers conferred by subparagraph 80(4)(c)(ii) of the *Species at Risk Act*, which order prohibits any activities involving drainage, excavation, deforestation and infrastructure construction in the area to which it applies. Application dismissed.

APPEARANCES

Alain Chevrier and *Adam Jeffrey Beauregard* for applicant.
Pierre Salois and *Michelle Kellam* for respondent.

2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Irving Oil Ltd. et autres c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787.

DOCTRINE CITÉE

Chambre des communes. Comité permanent de l'environnement et du développement durable. *Témoignage*, 37^e lég., 1^{re} sess., 26 avril 2001 (Dale Gibson).

Garant, Patrice. *Droit Administratif*, 7^e éd. Montréal : Éditions Yvon Blais, 2017.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémentée, Toronto : Thomson Reuters Canada Ltd., 2016.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, TR/2016-36, *Gaz. C.* 2016.II.2522.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'un décret d'urgence (le *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*) émis par le gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la *Loi sur les espèces en péril*, lequel décret interdit toute activité de drainage, d'excavation, de déboisement et de construction d'infrastructures dans l'aire d'application qui y est délimitée. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Alain Chevrier et *Adam Jeffrey Beauregard* pour le demandeur.
Pierre Salois et *Michelle Kellam* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Dunton Rainville, Montréal, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for
 respondent.

Table of Contents

I. Introduction	1
II. Background	6
A. The protection of species at risk in Canada	6
B. The Western Chorus Frog	20
C. The Emergency Order	24
D. Groupe Candiac's remedy	38
III. Issues and standard of review	41
IV. Analysis	45
A. Is subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act <i>ultra vires</i> Parliament?	45
(1) The applicable framework for evaluating the constitutionality of subparagraph 80(4)(c)(ii)	45
(2) The Act	54
(a) Wildlife species listing process	58
(b) Development and implementation of recovery strategies and management plans for any species listed as a "spe- cies at risk"	61
(c) System of prohibitions and law en- forcement activities	68
(3) Section 80 of the Act	80
(4) Groupe Candiac's position	90
(5) Subparagraph 80(4)(c)(ii) is a valid measure of criminal law	99
(a) The criminal law power	99
(b) Subparagraph 80(4)(c)(ii) has a legitimate public purpose of criminal law	103
(c) Subparagraph 80(4)(c)(ii) does not colourably invade exclusively provin- cial heads of power	119
(d) The system of prohibitions estab- lished by sub-paragraph 80(4)(c)(ii) resembles a criminal law system	141

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Dunton Rainville, Montréal, pour le demandeur.
La sous-procureure générale du Canada pour le
 défendeur.

Table des matières

I. Introduction	1
II. Contexte	6
A. La protestation des espèces en péril au Canada	6
B. La rainette faux-grillon de l'Ouest	20
C. Le Décret d'urgence	24
D. Le recours de Groupe Candiac	38
III. Questions en litige et norme de contrôle...	41
IV. Analyse	45
A. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi excède-t-il la compétence du Parlement?	45
1) Le cadre d'analyse applicable à l'examen de la constitutionnalité du sous- alinéa 80(4)c)(ii)	45
2) La Loi	54
a) Processus d'inscription des espèces sauvages	58
b) Élaboration et mise en œuvre de pro- grammes de rétablissement et de plans de gestion pour toute espèce inscrite comme « espèce en péril »	61
c) Régime d'interdictions et de contrôle d'application de la Loi	68
3) L'article 80 de la Loi	80
4) La position de Groupe Candiac	90
5) Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) est une me- sure valide de droit criminel	99
a) La compétence en matière de droit criminel	99
b) Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) poursuit un objectif public légitime de droit criminel	103
c) Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) n'em- piète pas spécieusement sur les chefs de compétence provinciale exclusive...	119
d) Le régime d'interdictions établi par le sous-alinéa 80(4)c)(ii) a les at- tributs de forme d'un régime de droit criminel	141

(6) The peace, order and good government clause	166	6) La compétence relative à la paix, l'ordre et le bon gouvernement.....	166
(7) By assuming the powers of Parliament <i>ultra vires</i> , sub-paragraph 80(4)(c)(ii) is nevertheless sufficiently integrated in a valid legislative scheme to be saved	168	7) En le supposant <i>ultra vires</i> des pouvoirs du Parlement, le sous-alinéa 80(4) c)(ii) est néanmoins suffisamment intégré à un régime législatif valide pour être sauvegardé	168
(a) The scope of the heads of power in play.....	179	a) Les chefs de compétence en jeu.....	179
(b) The nature of subparagraph 80(4) (c)(ii)	181	b) La nature du sous-alinéa 80(4)c)(ii)...	181
(c) History of legislating on the matter in question	185	c) L'activité législative antérieure dans le domaine en cause	185
B. Is the Emergency Order void on the grounds that it constitutes a form of expropriation without compensation?	193	B. Le Décret d'urgence est-il nul au motif qu'il constituerait une forme d'expropriation sans indemnisation	193
(1) Groupe Candiac's position.....	193	1) La position de Groupe Candiac	193
(2) Attorney General's position	199	2) La position du procureur général.....	199
(3) The concepts of the <i>de facto</i> expropriation or disguised expropriation have no impact on the validity of the Emergency Order	204	3) Les concepts d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée sont sans effet sur la validité du Décret d'urgence.....	204

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

Voici les motifs du jugement rendu en français par

LEBLANC J.:

LE JUGE LEBLANC :

I. Introduction

I. Introduction

[1] The Groupe Maison Candiac Inc. (Groupe Candiac) is a company that works primarily in residential development. It buys large parcels of land, subdivides them, sometimes resells them, develops them and builds houses on them. Its activities are concentrated mainly on the South Shore of Montréal, primarily in the municipalities of La Prairie, Candiac and Saint-Philippe.

[1] Le Groupe Maison Candiac Inc. (Groupe Candiac) est une entreprise œuvrant principalement dans le domaine du développement domiciliaire. C'est ainsi qu'il achète de grandes surfaces de terrains, les subdivise, les revend parfois, les développe et y érige des maisons. Ses activités sont concentrées surtout sur la Rive-Sud de Montréal, principalement dans les municipalités de La Prairie, Candiac et Saint-Philippe.

[2] On July 8, 2016, certain Groupe Candiac properties that were being developed were subject to an emergency order issued by the Governor in Council under the powers conferred by subparagraph 80(4)(c) (ii) of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (the Act). The Governor in Council, on the recommendation of the Minister of Environment and Climate Change

[2] Le 8 juillet 2016, certains terrains de Groupe Candiac, en voie d'être développés, sont visés par un décret d'urgence émis par le gouverneur en conseil en vertu des pouvoirs que lui confère le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (la Loi). Le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre de l'Environnement et du Changement

(the Minister), considers the order necessary to protect a small amphibian—the Western Chorus Frog—included on the List of Wildlife Species at Risk pursuant to the Act and whose population he considers to be facing imminent threats to its recovery.

[3] This order, entitled the *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence — Canadian Shield Population)*, SOR/2016-211 (the Emergency Order), prohibits, for all practical purposes, on pain of sanctions, any activities involving drainage, excavation, deforestation and infrastructure construction in the area to which it applies. Groupe Candiac believes that the Emergency Order, for all practical purposes, paralyzes its development activities on the lands in question when it already had an authorization certificate from the Minister of Sustainable Development, Environment and the Fight against Climate Change allowing it to proceed with this development, subject to the observance of a number of obligations aimed at protecting the Western Chorus Frog population in that area.

[4] Groupe Candiac is asking the Court pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to cancel the Emergency Order because on the basis that it is invalid either because it was adopted under an enabling provision—subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act—which is ultra vires Parliament, or because it constitutes a form of expropriation without compensation.

[5] For the reasons that follow, I will not allow the conclusions sought by Groupe Candiac.

II. Background

A. *The protection of species at risk in Canada*

[6] The protection of species at risk in Canada is not a new concept. Already, in 1917, Parliament, in response to the *Convention for the Protection of Migratory Birds in Canada and the United States* entered into the previous year by the United States and the United Kingdom, adopted the *Migratory Birds Convention Act* (S.C. 1917,

climatique (le Ministre), juge le décret nécessaire pour protéger un petit amphibien — la rainette faux-grillon de l'Ouest — inscrit à la Liste des espèces en péril établie aux termes de la Loi et dont il estime la population exposée à des menaces imminentes pour son rétablissement.

[3] Ce décret — le *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'Ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*, DORS/2016-211 (le Décret d'urgence) interdit à toutes fins utiles, sous peine de sanctions, toute activité de drainage, d'excavation, de déboisement et de construction d'infrastructures dans l'aire d'application qui y est délimitée. Groupe Candiac estime que le Décret d'urgence a pour effet, à toutes fins utiles, de paralyser ses activités de développement sur les terrains visés alors qu'il a pourtant déjà en mains, dit-il, un certificat d'autorisation du ministère québécois du Développement durable, de l'Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques qui lui permet de procéder à ce développement, sous réserve du respect d'un certain nombre d'obligations visant notamment à protéger la population de rainettes faux-grillon de l'Ouest de ce secteur.

[4] Groupe Candiac s'adresse à la Cour aux termes de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, en vue de faire annuler le Décret d'urgence, estimant qu'il est invalide soit parce qu'il a été adopté en vertu d'une disposition habilitante — le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi — qui excède la compétence du Parlement, soit parce qu'il constitue une forme d'expropriation sans indemnisation.

[5] Pour les motifs qui suivent, je ne saurais faire droit aux conclusions recherchées par Groupe Candiac.

II. Contexte

A. *La protection des espèces en péril au Canada*

[6] La protection des espèces en péril au Canada ne date pas d'hier. Déjà, en 1917, le Parlement, dans la foulée de la *Convention pour la protection des oiseaux migrateurs au Canada et aux États-Unis* intervenue, l'année précédente, entre les États-Unis et le Royaume-Uni, adopte la *Loi sur la Convention concernant les*

c. 18). This main purpose of this convention was to establish a uniform protection system to preserve the useful and harmless species of migratory birds.

[7] In 1975, Canada ratified the *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* pursuant to which the Contracting States recognize :

- a. that wild fauna and flora in their many beautiful and varied forms are an irreplaceable part of the natural systems of the earth which must be protected for this and the generations to come;
- b. the ever-growing value of wild fauna and flora from aesthetic, scientific, cultural, recreational and economic points of view;
- c. that peoples and States are and should be the best protectors of their own wild fauna and flora;
- d. that international cooperation is essential for the protection of certain species of wild fauna and flora against over-exploitation through international trade; and
- e. the urgency of taking appropriate measures to this end.

[8] This convention was implemented in domestic law in 1992 with the adoption of the *Wild Animal and Plant Protection and Regulation of International and Interprovincial Trade Act* (S.C. 1992, c. 52). This Act specifically targets the protection of animal and plant species threatened with extinction by trade. The Minister is empowered to enter into agreements with provincial governments to ensure the harmonious and effective application of the Act. These agreements must, in particular, aim to avoid conflicts or duplication between the regulations established by the federal and provincial governments.

oiseaux migrateurs (S.C. 1917, ch. 18). Cette convention vise principalement la mise en place d'un système uniforme de protection destiné à protéger de l'extinction les oiseaux migrateurs inoffensifs ou utiles à l'homme.

[7] En 1975, le Canada ratifie la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* aux termes de laquelle les États contractants reconnaissent :

- a. que la faune et la flore sauvages constituent de par leur beauté et leur variété un élément irremplaçable des systèmes naturels, qui doit être protégé par les générations présentes et futures;
- b. la valeur toujours croissante, du point de vue esthétique, scientifique, culturel, récréatif et économique, de la faune et de la flore sauvages;
- c. que les peuples et les États sont et devraient être les meilleurs protecteurs de leur faune et de leur flore sauvages;
- d. que la coopération internationale est essentielle à la protection de certaines espèces de la faune et de la flore sauvages contre une surexploitation par suite du commerce international; et
- e. que des mesures doivent être prises d'urgence à cet effet.

[8] Cette convention est mise en œuvre en droit interne en 1992 par l'adoption de la *Loi sur la protection d'espèces animales ou végétales sauvages et la réglementation de leur commerce international et interprovincial* (L.C. 1992, ch. 52). Cette loi vise plus spécifiquement à protéger les espèces animales et végétales menacées d'extinction par le commerce. Le Ministre y est habilité à conclure des ententes avec les gouvernements provinciaux en vue de la mise en œuvre harmonieuse et efficace de la loi. Ces ententes doivent notamment viser à éviter les conflits ou doublages entre la réglementation mise en place par le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux.

[9] Meanwhile, Canada signs a certain number of international agreements and conventions to protect certain endangered species or natural environments, such as the polar bear, porcupine caribou, and wetlands of international importance, particularly those that provide a habitat for waterfowl.

[10] The Earth Summit, held in Rio de Janeiro, Brazil, in June 1992 under the auspices of the United Nations, led to the signing of an important international agreement, the *Convention on Biological Diversity*, [June 5, 1992, [1993] Can. T.S. No. 24] (the Convention on Biodiversity). This convention, which was ratified by 196 countries, is founded on a certain consensus, with the Contracting Parties stating, in particular, that they are [Convention on Biodiversity, Preamble]:

- a. conscious of “the intrinsic value of biological diversity and of the ecological, genetic, social, economic, scientific, educational, cultural, recreational and aesthetic values of biological diversity” and of “the importance of biological diversity for evolution and for maintaining life sustaining systems of the biosphere”;
- b. concerned “that biological diversity is being significantly reduced by certain human activities”; and
- c. convinced “that the conservation of biological diversity is a common concern of humankind”.

[11] Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, “[p]romote the protection of ecosystems, natural habitats and the maintenance of viable populations of species in natural surroundings”, “[r]ehabilitate and restore degraded ecosystems and promote the recovery of threatened species, inter alia, through the development and implementation of plans or other management strategies” and “[d]evelop or maintain necessary legislation and/or other regulatory provisions for the protection of threatened species and populations” (Article 8). Each Party shall, in accordance with its particular conditions and capabilities, “[d]evelop national

[9] Dans l’intervalle, le Canada signe un certain nombre d’accords et conventions internationaux visant la protection de certaines espèces ou certains milieux naturels en périls, comme l’ours polaire, le caribou-porc-épic, et les zones humides d’importance internationale, notamment celles servant d’habitats à la sauvagine.

[10] Le Sommet de la Terre, tenu à Rio de Janeiro au Brésil en juin 1992 sous l’égide des Nations Unies, donne lieu à la signature d’un accord international important, la *Convention sur la diversité biologique* [5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24] (la Convention sur la biodiversité). Cette convention, ratifiée par 196 pays, est fondée sur un certain nombre de consensus, les parties cocontractantes s’y disant, notamment [Convention sur la biodiversité, préambule]:

- a. conscientes de « la valeur intrinsèque de la diversité biologique et de la valeur de la diversité et de ses éléments constitutifs sur les plans environnemental, génétique, social, économique, scientifique, éducatif, culturel, récréatif et esthétique » et de « l’importance de la diversité biologique pour l’évolution et pour la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère » ;
- b. préoccupées « par le fait que la diversité biologique s’appauvrit considérablement par suite de certaines activités de l’homme », et
- c. convaincues « que la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l’humanité ».

[11] Chaque partie contractante s’y engage, dans toute la mesure du possible, à, entre autres, « [f]avorise[r] la protection des écosystèmes et des habitats naturels, ainsi que le maintien de populations viables d’espèces dans leur milieu naturel », « [r]emet[tre] en état et restaure[r] les écosystèmes dégradés et favorise[r] la reconstitution des espèces menacées moyennant, entre autres, l’élaboration et l’application de plans ou autres stratégies de gestion » et « [f]ormule[r] ou maint[enir] en vigueur les dispositions législatives et autres dispositions réglementaires nécessaires pour protéger les espèces et populations menacées » (article 8). Les parties

strategies, plans or programmes for the conservation and sustainable use of biological diversity or adapt for this purpose existing strategies, plans or programmes which shall reflect, inter alia, the measures set out in this Convention relevant to the Contracting Party concerned” (Article 6).

[12] In 1995, Canada revealed its strategy in response to the Convention on Biodiversity. This led to, in 1996, a Federal, Provincial and Territorial Accord for the Protection of Species at Risk (the Accord), which provides that the ministers responsible for wildlife at both levels of government commit to a national approach for the protection of species at risk, the goal being to prevent them from becoming extinct as a result of human activity.

[13] The signing ministers recognized that species do not recognize jurisdictional boundaries, that cooperation is crucial to the conservation and protection of species at risk, and that lack of full scientific certainty must not be used as a reason to delay measures to avoid or minimize threats to species at risk. They agree to, among other things, coordinate their activities within a pan-national body—the Canadian Endangered Species Conservation Council—to resolve issues for the protection of species at risk in Canada as well as any disputes resulting from implementation of the Accord.

[14] They also agree to establish “complementary legislation and programs” that provide for “effective protection of species at risk throughout Canada”. According to the Accord, these programs and legislation will :

- address all native wild species;
- provide an independent process for assessing the status of species at risk;
- legally designate species as threatened or endangered;
- provide immediate legal protection for threatened or endangered species;

s’y engagent aussi, en fonction des conditions et moyens qui leur sont propres, à « [é]labore[r] des stratégies, plans ou programmes nationaux tendant à assurer la conservation et l’utilisation durable de la diversité biologique ou adapte[r] à cette fin ses stratégies, plans ou programmes existants qui tiendront compte, entre autres, des mesures énoncées dans la présente Convention qui la concernent » (article 6).

[12] En 1995, le Canada dévoile sa stratégie en réponse à la Convention sur la biodiversité. S’en suit, en 1996, un Accord fédéral, provincial et territorial sur la Protection des espèces en péril (l’Accord) aux termes duquel les ministres responsables de la faune des deux paliers de gouvernements s’engagent envers une approche nationale pour la protection des espèces en péril, l’objectif étant de prévenir leur disparition en raison de l’activité humaine.

[13] Les ministres signataires y reconnaissent, notamment, que les espèces ne connaissent pas les frontières entre les compétences, que la collaboration est essentielle à la conservation et à la protection des espèces en péril, et que le fait de ne pas avoir une certitude scientifique absolue ne doit pas être une raison de retarder les mesures visant à éviter ou réduire les menaces pour les espèces en péril. Ils acceptent entre autres de coordonner leurs activités au sein d’un organe pan-national — le Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril — afin de résoudre les questions de protection des espèces en péril au Canada et régler tout litige découlant de la mise en œuvre de l’Accord.

[14] Ils acceptent aussi d’établir « une législation et des programmes complémentaires » visant à assurer « la protection efficace des espèces en péril partout au Canada ». Selon l’Accord, ces législations et programmes :

- s’appliqueront à toutes les espèces sauvages indigènes;
- établiront un processus indépendant d’évaluation du statut des espèces en péril;
- désigneront de façon légale les espèces comme étant menacées ou en danger de disparition;
- prévoiront une protection légale immédiate pour les espèces menacées et en danger de disparition;

- provide protection for the habitat of threatened or endangered species;
 - provide for the development of recovery plans within one year for endangered species and two years for threatened species that address the identified threats to the species and its habitat;
 - ensure multi-jurisdictional cooperation for the protection of species that cross borders through the development and implementation of recovery plans;
 - consider the needs of species at risk as part of environmental assessment processes;
 - implement recovery plans in a timely fashion;
 - monitor, assess and report regularly on the status of all wild species;
 - emphasize preventive measures to keep species from becoming at risk;
 - improve awareness of the needs of species at risk;
 - encourage citizens to participate in conservation and protection actions;
 - recognize, foster and support effective and long-term stewardship by resource users and managers, landowners, and other citizens; and
 - provide for effective enforcement.
- prévoiront la protection des habitats des espèces menacées et en danger de disparition;
 - prévoiront l'élaboration de plans de rétablissement qui pourront contrer les menaces identifiées qui nuisent à l'espèce et à son habitat. Ces plans seront élaborés à l'intérieur d'un an pour les espèces en danger de disparition et de deux ans pour les espèces menacées;
 - garantiront la participation de toutes les compétences pour la protection des espèces transfrontalières, par l'élaboration et la mise en œuvre de plans de rétablissement;
 - considéreront les besoins des espèces en péril dans les processus d'évaluation environnementale;
 - mettront en œuvre les plans de rétablissement en temps opportun;
 - surveilleront, évalueront et feront rapport régulièrement sur le statut de toutes les espèces sauvages;
 - mettront l'accent sur les mesures préventives pour empêcher les espèces de devenir en péril;
 - accroîtront la sensibilisation aux besoins des espèces en péril;
 - encourageront les citoyens à participer à la conservation et aux mesures de protection;
 - reconnaîtront, favoriseront et appuieront l'intendance efficace et à long terme par les utilisateurs et les gestionnaires de la ressource, les propriétaires fonciers et les citoyens;
 - assureront la mise en application efficace de la loi.

[15] The Act, which was adopted in 2002, followed the implementation of the Canadian government's strategy in response to the Convention on Biodiversity and the Accord. Its stated purpose [at section 6] is to prevent wildlife species "from being extirpated or becoming extinct, to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity and to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened." As Justice Martineau reminds us in *Centre Québécois du droit de l'environnement v. Canada (Environnement)*, 2015 FC 773, 98 Admin. L.R. (5th) 233 (*Centre Québécois du droit de l'environnement*), a case I will get back to because it falls within the factual framework of this case,

[15] La Loi, adoptée en 2002, découle ainsi de la mise en œuvre de la stratégie du gouvernement canadien en réponse à la Convention sur la biodiversité et de l'Accord. Son objet déclaré [à l'article 6] est de « prévenir la disparition — de la planète ou du Canada seulement — des espèces sauvages, [de] permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées et [de] favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées ». Elle vise ainsi, nous rappelle le juge Martineau dans l'affaire *Centre québécois du droit de l'environnement c. Canada (Environnement)*, 2015 CF 773 (*Centre québécois du droit de l'environnement*), une

the Act is therefore intended to implement Canada's obligations under the Convention on Biodiversity (*Centre Québécois du droit de l'environnement*, at paragraph 6).

[16] I will provide further details on the Act in my analysis.

[17] Quebec is doing well. In 1999, it adopted the *Act respecting threatened or vulnerable species*, CQLR, c. E-12.01 (*Act respecting threatened or vulnerable species*). This Act puts the Minister of Sustainable Development, Environment and Parks in charge of proposing to the Quebec government a policy of protection and management of designated threatened or vulnerable species or of species likely to be so designated. The *Act respecting the conservation and development of wildlife*, CQLR, c. C-61.1, establishes various prohibitions that relate to the conservation of wildlife resources, including threatened or vulnerable species. The *Environment Quality Act*, CQLR, c. Q-2, requires an authorization certificate for any person who wants to undertake any construction, work or activity in wetlands or bodies of water, in order to protect the environment and protect biodiversity. Municipalities also have authority under the *Act respecting land use planning and development*, CQLR, c. A-19.1, to identify, in their zoning by-laws, zones dedicated to the conservation of fauna and flora.

[18] Since 2012, there has been an agreement between the governments of Quebec and Canada to protect and recover species at risk in Quebec. This agreement—the Cooperation Agreement for the Protection and Recovery of Species at Risk in Quebec—is founded on the recognition that cooperation between the two levels of government and the complementarity of their respective strategies is important to ensure, within the limits of their respective jurisdictions, more effective protection and recovery of species at risk. Essentially, this agreement establishes the principles and modes of cooperation between the two levels of government.

affaire sur laquelle je reviendrai puisqu'elle s'inscrit dans la trame factuelle du présent dossier, à mettre en œuvre les obligations du Canada en vertu de la Convention sur la biodiversité (*Centre québécois du droit de l'environnement*, au paragraphe 6).

[16] Je reviendrai plus en détails sur la Loi dans le cadre de mon analyse.

[17] Le Québec n'est pas en reste. En 1999, il adopte la *Loi sur les espèces menacées ou vulnérables*, RLRQ, ch. E-12.01 (Loi québécoise sur les espèces menacées). Cette loi charge le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs de proposer au gouvernement de la province une politique de protection et de gestion des espèces menacées ou vulnérables désignées ou susceptibles d'être ainsi désignées. La *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, RLRQ, ch. C-61.1, établit, pour sa part, diverses interdictions relatives à la conservation des ressources fauniques, y compris des espèces menacées ou vulnérables. La *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, ch. Q-2, requiert, quant à elle, un certificat d'autorisation pour toute personne qui désire entreprendre une construction, un ouvrage ou une activité en milieu humide ou hydrique, l'objectif du certificat étant de protéger l'environnement et préserver la biodiversité. Les municipalités disposent aussi de pouvoirs, aux termes de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, RLRQ, ch. A-19.1, les habilitant à identifier, dans leurs règlements de zonage, des zones vouées à la conservation de la faune et de la flore.

[18] Depuis 2012, il existe une entente entre les gouvernements du Québec et du Canada pour la protection et le rétablissement des espèces en péril au Québec. Cette entente – l'Entente de collaboration pour la protection et le rétablissement des espèces en périls au Québec — est fondée sur la reconnaissance que la collaboration entre les deux ordres de gouvernement et la complémentarité de leurs programmes respectifs sont importantes pour assurer, dans le respect de leurs compétences, pouvoirs, privilèges, prérogatives et immunités respectifs, une protection et un rétablissement des espèces en péril plus efficaces. Pour l'essentiel, ladite entente établit des principes et des modes de collaboration entre les deux ordres de gouvernement.

[19] According to the evidence in the record, there is a consensus among scientists about a steep decline in biodiversity indicators worldwide, with no sign of a slowdown. Moreover, we are currently experiencing the sixth period of mass extinction since life began on earth, but the first linked to human activity. In Canada, of the 976 species listed on November 1, 2016, by the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC), established under section 14 of the Act, 739, a proportion of 76 percent, are considered species at risk within the meaning of the Act (Scientific expert report on the protection of species and their habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, respondent's record, Volume 4, page 1248).

B. *The Western Chorus Frog*

[20] The Western Chorus Frog is a small amphibian. In adulthood, it is generally no more than 2.5 cm in length and weighs about 1 gram. It prefers marshes and wooded wetland areas for breeding. Also for breeding, it requires seasonally dry temporary ponds devoid of predators, particularly fish. It rarely moves more than 300 metres from its breeding ground throughout its life.

[21] In Canada, it is found mainly in southern Ontario and southwestern Quebec, mainly in the Outaouais and Montréal regions. In Montréal, where the lands targeted by the Emergency Order are located, this species occupies no more than 10 percent of its former range. Since the 1950s, its population in Quebec has declined an average of 37 percent every 10 years, which is a “catastrophic” trend, according to COSEWIC. One of the six metapopulations of Western Chorus Frog identified in Montréal is in the La Prairie region, within the municipalities of Candiac and Saint-Philippe. This is the second largest metapopulation in Montréal. A metapopulation consists of a set of local populations connected by connectivity areas allowing the movement of frogs from one population to the other (affidavit of Mark Dionne, respondent's record, Volume 1, page 3).

[19] Selon la preuve au dossier, le déclin marqué, sans signes de ralentissement, des indicateurs de biodiversité à l'échelle de la planète ferait consensus au sein de la communauté scientifique. D'ailleurs, nous traverserions présentement la sixième période d'extinction de masse depuis l'origine de la vie sur Terre, mais la première liée à l'activité humaine. Au Canada, des 976 espèces recensées en date du 1^{er} novembre 2016 par le Comité sur la situation des espèces en péril au Canada (COSEPAC), constitué en vertu de l'article 14 de la Loi, 739, soit une proportion de 76 p. 100, sont considérées comme des espèces en péril au sens de la Loi (Rapport d'expert scientifique concernant la protection des espèces et de leurs habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, dossier du défendeur, vol. 4, à la page 1248).

B. *La rainette faux-grillon de l'Ouest*

[20] La rainette faux-grillon de l'Ouest est un petit amphibien. À l'âge adulte, elle ne mesure généralement pas plus de 2,5 centimètres et pèse environ 1 gramme. Elle privilégie les milieux humides herbeux ou boisés situés, pour fins de reproduction, à proximité d'habitats aquatiques. À ce dernier égard, elle cherche des étangs temporaires, asséchés par période, d'où les prédateurs, en particulier les poissons, sont absents. Elle se déplace rarement, au cours de sa vie, à plus de 300 mètres de son lieu de reproduction.

[21] Au Canada, on la retrouve maintenant essentiellement dans le sud de l'Ontario et le sud-ouest du Québec, principalement en Outaouais et en Montréal. En Montréal, soit là où se trouvent les terrains visés par le Décret d'urgence, cette espèce n'occuperait plus que 10 p. 100 de son ancienne aire de répartition. Depuis les années 50, sa population, au Québec, aurait décliné de 37 p. 100 en moyenne à tous les 10 ans, une tendance « catastrophique » selon le COSEPAC. L'une des six métapopulations de rainettes faux-grillon de l'Ouest répertoriées en Montréal se trouve dans la région de La Prairie, aux limites des municipalités de Candiac et Saint-Philippe. Il s'agit de la deuxième plus grande métapopulation en Montréal. Une métapopulation est constituée d'un ensemble de populations locales reliées entre elles par des zones de connectivité qui permettent le mouvement des rainettes d'une population à l'autre

[22] The biggest threat to the Western Chorus Frog is that its habitats are on lands deemed suitable for urban or agriculture development. The resulting draining and filling of the land have a fatal effect on many individuals and significantly change the quality of the species' habitat by causing the disappearance of temporary ponds essential for breeding, in particular.

[23] Since 2008, the Western Chorus Frog, Great Lakes / St. Lawrence – Canadian Shield population, has been listed as a “threatened species” under the Act. A “threatened species” is defined in section 2 of the Act as a “wildlife species that is likely to become an endangered species if nothing is done to reverse the factors leading to its extirpation or extinction.” In Quebec, since 2001, it has been listed under the *Act respecting threatened or vulnerable species* as a “vulnerable wildlife species”. As a result, it was the subject of a recovery plan to halt the decline of its population. In 2008, a conservation plan that specifically addressed the Western Chorus Frog in the Montérégie region was adopted by the Quebec Minister of Natural Resources and Wildlife.

C. *The Emergency Order*

[24] The Emergency Order has its own story.

[25] According to subsection 80(1) of the Act, such an order can only be issued on the “recommendation of the competent minister”. However, according to subsection 80(2) of the Act, when this minister is of the opinion that a species on the list of wildlife species in Schedule 1 of the Act (the List of Wildlife Species at Risk), “faces imminent threats to its survival or recovery”, he or she must recommend to the Governor in Council that an emergency order be made.

(affidavit de Mark Dionne, dossier du défendeur, vol. 1, à la page 3).

[22] La plus grande menace qui pèse sur la rainette faux-grillon de l'Ouest viendrait du fait que ses habitats se trouvent sur des terres jugées d'intérêt pour le développement, qu'il soit urbain ou agricole. L'assèchement et le remblaiement des terres qui en résultent s'avèreraient en effet fatal pour plusieurs individus en plus de modifier de façon importante la qualité de l'habitat de l'espèce par la disparition des étangs temporaires essentiels à sa reproduction, notamment.

[23] Depuis 2008, la population de rainettes faux-grillon de l'Ouest des Grands Lacs, du Saint-Laurent et du Bouclier canadien est classée « espèce menacée » aux termes de la Loi. Une « espèce menacée » est définie à l'article 2 de la Loi comme une « [e]spèce sauvage susceptible de devenir une espèce en voie de disparition si rien n'est fait pour contrer les facteurs menaçant de la faire disparaître ». Au Québec, elle est, depuis 2001, classée, aux termes de la Loi québécoise sur les espèces menacées, comme une « espèce faunique vulnérable ». Elle fait l'objet, à ce titre, d'un plan de rétablissement destiné à mettre un terme au déclin de sa population. En 2008, un plan de conservation spécifique pour la rainette faux-grillon de l'Ouest de la région de la Montérégie est adopté par le ministre québécois des ressources naturelles et de la faune.

C. *Le Décret d'urgence*

[24] Le Décret d'urgence a sa propre petite histoire.

[25] Suivant le paragraphe 80(1) de la Loi, un tel décret ne peut être émis que sur « recommandation du ministre compétent ». Toutefois, selon ce que prévoit le paragraphe 80(2) de la Loi, lorsque ce ministre est d'avis qu'une espèce figurant sur la liste des espèces sauvages figurant à l'annexe 1 de la Loi (la Liste des espèces en périls), « est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement », il est tenu de recommander au gouverneur en conseil l'émission d'un décret d'urgence.

[26] In this case, the Minister, who is the “competent minister” under section 80, initially refused to make such a recommendation. That was in March 2014. Specifically, the Minister rejected a request from Quebec environmentalist group Nature Québec, which, between May and October 2013, had asked the Minister to recommend the making of an emergency order. It claimed that there was an imminent threat to what may have remained of the Western Chorus Frog metapopulation in La Prairie, namely that of the “Bois de la Commune”, as a result of the deforestation and alteration of the wetlands surrounding the completion of a housing project called “Domaine de la Nature” (*Centre Québécois du droit de l’environnement*, at paragraph 32).

[27] The Minister disagreed, considering that the scope of the project proposed in that sector did not threaten the possibility of the species’ presence elsewhere in Quebec and Ontario. The Minister therefore concluded that the Western Chorus Frog was not facing an imminent threat to its survival or recovery.

[28] This decision was set aside by Justice Martineau on June 22, 2015, in *Centre Québécois du droit de l’environnement*. In particular, he rejected the Minister’s view that the mandatory requirement provided in subsection 80(2) of the Act is limited to cases where a species is exposed to imminent threats to its survival or recovery on a national basis. He deemed this view untenable and contrary to the Act [at paragraphs 77–78]:

The Court has already rejected the restrictive interpretation suggested by the respondents—whereby the mandatory requirement provided in subsection 80(2) is limited to cases where a species is exposed to imminent threats to its survival or recovery on a national basis—in *Adam*, above, at para 39. Not only did the Minister arbitrarily and capriciously ignore the scientific opinion of her own Department’s experts and the Chorus Frog recovery team, but the Minister’s logic leads to an absurd outcome, in contradiction of the Act : as long as individuals of the species are threatened by human activity locally, an imminent threat cannot exist since other individuals elsewhere in the country are not under threat nationally.

[26] En l’espèce, le Ministre, qui le « ministre compétent » aux fins de l’article 80, refuse d’abord de faire une telle recommandation. Nous sommes alors en mars 2014. Il rejette ainsi la demande qui lui est faite par un groupe environnementaliste québécois — Nature Québec — qui le somme, entre mai et octobre 2013, de recommander l’émission d’un décret d’urgence en raison, plaide-t-il, d’une menace imminente pesant sur ce qui peut rester à La Prairie de la métapopulation de rainettes faux-grillon de l’Ouest, soit celle du « Bois de la Commune », suite au déboisement et à l’altération des milieux humides entourant la réalisation d’un projet domiciliaire connu sous le nom de « Domaine de la Nature » (*Centre québécois du droit de l’environnement*, au paragraphe 32).

[27] Le Ministre ne partage pas cet avis, estimant que la portée des travaux envisagés dans ce secteur ne menace pas la possibilité de la présence de l’espèce ailleurs au Québec et en Ontario. Il en conclut donc que la rainette faux-grillon de l’Ouest n’est pas confrontée à une menace imminente pour sa survie ou son rétablissement.

[28] Cette décision est annulée par le juge Martineau le 22 juin 2015 dans *Centre québécois du droit de l’environnement*. En particulier, celui-ci rejette le point de vue du Ministre suivant lequel l’obligation impérative imposée par le paragraphe 80(2) de la Loi soit limitée aux seuls cas où une espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement sur une base nationale. Il juge ce point de vue insoutenable et contraire à la Loi [aux paragraphes 77 et 78] :

Or, l’interprétation restrictive que suggèrent les défendeurs — voulant que l’obligation impérative imposée au paragraphe 80(2) soit limitée aux seuls cas où une espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement sur une base nationale — a déjà été rejetée par la Cour dans *Adam*, précité, au para 39. Non seulement la ministre a-t-elle écarté d’une manière arbitraire et capricieuse l’opinion scientifique des experts de son ministère et de l’équipe de rétablissement de la rainette faux-grillon, mais suivre la logique ministérielle mène à un résultat absurde et contraire à la Loi : tant que les individus de l’espèce sont menacés localement par l’action humaine, il ne peut y avoir de menace imminente puisque les autres individus ailleurs au pays ne sont pas menacés nationalement.

Through the lens of its complex mechanics, the federal Act perceives critical habitat as a single unit, each part contributing to the species' survival and recovery across Canada. The two major threats to the Western Chorus Frog are urbanization and agricultural development. These threats are present across Canada. According to the evidentiary record, these two threats are extreme, serious, continuous and ongoing, and jeopardize the survival and recovery of the Western Chorus Frog in Canada. If we rely on the information that was available at the time of the disputed decision, the work included in the *Domaine de la nature* project will destroy a portion of the species' critical habitat. The result is the brutal and sudden disappearance of the Bois de la Commune metapopulation in La Prairie—unless, of course, mitigation measures are taken to allow the species to recover in the area identified by the possible recovery program. [Emphasis in original.]

[29] Therefore, Justice Martineau ordered the Minister to reconsider her decision within six months following the judgment and to take account of the reasons for judgment and intervening developments.

[30] In July 2015, the Minister started the work leading to the reconsideration of her decision. Thus, she began a vast process of information-gathering with a number of stakeholders from various backgrounds, governments, and so on. She also ordered three scientific evaluations from her department on, in particular, the imminent threats facing the Western Chorus Frog and the measures in place to protect it, including those imposed under Quebec legislation.

[31] On December 4, 2015, the Minister concluded that there was an imminent threat to the recovery of the Western Chorus Frog and recommended that the Governor in Council make an emergency order. She considered, among other things, that the measures taken to reduce the impact of the “*Domaine de la Nature*” housing project, renamed “*Symbiocité*”, would likely not ensure the long-term viability of the Western Chorus Frog population affected by the project.

D'un point de vue de sa mécanique complexe, la Loi fédérale envisage l'habitat essentiel de l'espèce comme un tout, chaque partie de celui-ci contribuant à la survie et au rétablissement de l'espèce au Canada. Les deux principales menaces à la rainette faux-grillon de l'Ouest sont l'urbanisation et le développement agricole. Celles-ci existent sur l'ensemble du territoire canadien. Selon les preuves au dossier, ces deux menaces sont des menaces élevées, graves, continues et constantes qui compromettent la survie et le rétablissement de la rainette faux-grillon de l'Ouest au Canada. Si l'on se fie aux informations disponibles au moment de la décision contestée, la réalisation des travaux du projet « *Domaine de la nature* » détruira une partie de l'habitat essentiel de l'espèce. Le corollaire, c'est la disparition d'une façon brutale et soudaine de la métapopulation du Bois de la Commune à La Prairie – à moins bien entendu, qu'il y ait des mesures de mitigation permettant le rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par l'éventuel programme de rétablissement. [Souligné dans l'original.]

[29] Le juge Martineau ordonne donc au Ministre de reconsidérer sa décision et lui ordonne de le faire dans les six mois suivant la date de son jugement en tenant compte des motifs de celui-ci et des développements survenus depuis.

[30] En juillet 2015, le Ministre amorce les travaux devant conduire à la reconsidération de sa décision. C'est ainsi qu'il lance un vaste processus de collecte d'information auprès d'un certain nombre d'intervenants de divers milieux, gouvernementaux et autres. Il commande aussi de son ministère trois évaluations scientifiques devant porter, notamment, sur les menaces imminentes pesant sur la rainette faux-grillon de l'Ouest et les mesures en place pour la protéger, y compris celles imposées en vertu de la législation québécoise.

[31] Le 4 décembre 2015, le Ministre conclut à l'existence d'une menace imminente au rétablissement de la rainette faux-grillon de l'Ouest et recommande au gouverneur en conseil l'émission d'un décret d'urgence. Il juge entre autres que les mesures prises pour atténuer l'impact du projet domiciliaire du « *Domaine de la Nature* » — rebaptisé « *Symbiocité* » — ne permettront probablement pas d'assurer la viabilité à long terme de la métapopulation de rainettes faux-grillon de l'Ouest touchée par le projet.

[32] Almost at the same time as that decision, the Minister included in the Public Registry established by the Act (the Registry), the recovery strategy for the Western Chorus Frog, Great Lakes / St. Lawrence – Canadian Shield population, which sets out the measures required to halt or reverse the species' decline. One of the short-term objectives of this strategy is to maintain the areas of occupied suitable habitat as well as the breeding population level within each local population. Another is to maintain the level of connectivity between the local populations comprising a metapopulation.

[33] On June 17, 2016, the Emergency Order was made. The total area of the zone included in the area covered by the order is 1.85 km². It was supposed to take effect on July 17, 2016. However, on July 8, 2016, the Governor in Council made a second emergency order with the same purpose and the same scope as the emergency order of June 17, 2016, but that would take effect immediately to counter the fact that work with heavy machinery continued to be observed in the area covered by the order, even after the order had been issued.

[34] The impact study conducted in conjunction with the Emergency Order specified that this was one of the issues leading to its adoption :

As the population of the Western Chorus Frog (GLSLCS) continues to decline, coupled with the threat to the connectivity and viability of existing metapopulations and the lack of adequate measures to protect its habitat, the Minister of the Environment concluded in December 2015 that, given the threat to the La Prairie metapopulation posed by the Symbiocité residential project, the recovery of the Western Chorus Frog (GLSLCS) is imminently threatened such that immediate intervention is required.

The Minister's conclusion was informed by a scientific assessment based on the best available information, which determined that the planned future phases of residential development in La Prairie, as currently proposed, would result in the loss of connectivity among remaining populations in the La Prairie metapopulation and the direct loss of habitat, including breeding ponds. The areas remaining after such development are therefore unlikely to

[32] Presque concomitamment à cette décision, le Ministre dépose au Registre public établi par la Loi (le Registre), le programme de rétablissement de la rainette faux-grillon de l'Ouest de la population des Grands Lacs, du Saint-Laurent et du Bouclier canadien, lequel spécifie les mesures nécessaires pour freiner ou renverser le déclin de la population de cette espèce. L'un des objectifs à court terme de ce programme est de maintenir les superficies d'habitats convenables occupées ainsi que le niveau de la population reproductrice au sein de chaque population locale. Un autre est de maintenir le niveau de connectivité entre les populations locales composant une métapopulation.

[33] Le 17 juin 2016, le Décret d'urgence est émis. La superficie totale de la zone comprise dans l'aire d'application du décret est de 1,85 km². Il doit entrer en vigueur le 17 juillet 2016. Toutefois, le 8 juillet 2016, le gouverneur en conseil émet un second décret d'urgence, ayant le même objet et la même portée que celui du 17 juin, mais avec prise d'effet immédiate pour contrer le fait que des travaux de machinerie lourde continuent d'être observés dans l'aire d'application du Décret d'urgence malgré l'émission de celui-ci.

[34] L'étude d'impact faite en marge du Décret d'urgence précise ceci quant aux enjeux ayant mené à son adoption :

Alors qu'il y a un déclin continu de la population de rainette faux-grillon de l'ouest (GLSLBC), des menaces à la connectivité et à la viabilité des métapopulations existantes et l'absence de mesures adéquates pour protéger son habitat, la ministre de l'Environnement a conclu en décembre 2015 que la rainette faux-grillon de l'ouest (GLSLBC) était exposée à une menace imminente pour son rétablissement en raison de la menace que présente le projet résidentiel Symbiocité pour la métapopulation de La Prairie et, par conséquent, qu'une intervention immédiate est requise.

La conclusion de la ministre est basée sur une évaluation scientifique qui tient compte de la meilleure information disponible. L'étude conclut que les phases prévues du projet de développement résidentiel à La Prairie, telles qu'on les comprend actuellement, entraînerait la perte de connectivité entre les populations restantes de la métapopulation de la Prairie et la perte directe d'habitat, incluant des étangs de reproduction. Il est peu probable

sustain the viability of the La Prairie metapopulation in the long-term. Therefore, without immediate intervention, the objectives as set out in the Recovery Strategy of the Western Chorus Frog (GLSLCS) are unlikely to be met. As a result, pursuant to subsection 80(2) of SARA, the Minister recommended to the Governor in Council that an Emergency Order be put in place to address the imminent threat to the Western Chorus Frog (GLSLCS). The Governor in Council accepted the Minister's recommendation and the *Emergency Order for the Protection of the Western Chorus Frog (Great Lakes / St. Lawrence – Canadian Shield Population)* has been made.

[Regulatory Impact Analysis Statement, SI/2016-36, *C. Gaz.* 2016.II.2522.]

[35] While precisely indicating its application area, the Emergency Order states it is prohibited to :

Prohibited activities

2 (1)

- (a) remove, compact or plow the soil;
- (b) remove, prune, damage, destroy or introduce any vegetation, such as a tree, shrub or plant;
- (c) drain or flood the ground;
- (d) alter surface water in any manner, including by altering its flow rate, its volume or the direction of its flow;
- (e) install or construct, or perform any maintenance work on, any infrastructure;
- (f) operate a motor vehicle, an all-terrain vehicle or a snowmobile anywhere other than on a road or paved path;
- (g) install or construct any structure or barrier that impedes the circulation, dispersal or migration of the Western Chorus Frog;
- (h) deposit, discharge, dump or immerse any material or substance, including snow, gravel, sand, soil,

que les zones restantes après ces phases puissent assurer la viabilité de la métapopulation à long terme. Ainsi, les objectifs établis dans le programme de rétablissement de la rainette faux-grillon de l'ouest (GLSLBC) ne pourront vraisemblablement pas être atteints sans intervention immédiate. Par conséquent, en vertu du paragraphe 80(2) de la [Loi], la ministre a recommandé au gouverneur en conseil de prendre un décret d'urgence pour contrer la menace imminente pesant sur la rainette faux-grillon de l'ouest (GLSLBC). Le gouverneur en conseil a accepté la recommandation de la ministre et a pris le *Décret d'urgence visant la protection de la rainette faux-grillon de l'ouest (population des Grands Lacs / Saint-Laurent et du Bouclier canadien)*.

[Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, TR/2016-36, *Gaz. C.* 2016.II.2522.]

[35] Tout en délimitant précisément son aire d'application, le Décret d'urgence comporte les interdictions suivantes :

Activités interdites

2 (1) [...]

- a) retirer, tasser ou labourer la terre;
- b) enlever, tailler, endommager, détruire ou introduire toute végétation, notamment les arbres, les arbustes ou les plantes;
- c) drainer ou ennoyer le sol;
- d) altérer de quelque façon les eaux de surface, notamment modifier leur débit, leur volume ou le sens de leur écoulement;
- e) installer ou construire une infrastructure ou procéder à toute forme d'entretien d'une infrastructure;
- f) circuler avec un véhicule routier, un véhicule tout-terrain ou une motoneige ailleurs que sur la route ou les sentiers pavés;
- g) installer ou construire des ouvrages ou des barrières qui font obstacle à la circulation, à la dispersion ou à la migration de la rainette faux-grillon de l'Ouest;
- h) verser, rejeter, déposer ou immerger toute matière ou substance, notamment de la neige, du gravier,

construction material, greywater or swimming pool water; and

- (i) use or apply a pest control product as defined in section 2 of the Pest Control Products Act or a fertilizer as defined in section 2 of the Fertilizers Act.

[36] It also states that any violation of these prohibitions constitutes an offence under section 97 of the Act, which stipulates that every person commits an offence who “contravenes a prescribed provision of a regulation or an emergency order.”

[37] In a statement issued in conjunction with the issue of the Emergency Order, the Minister announced that the owners of properties located in the area covered by the order would not be compensated.

D. *Groupe Candiac’s remedy*

[38] Groupe Candiac believes that the direct impact of the Emergency Order is that it prevents Groupe Candiac from carrying out its housing project as it was designed, costing the company around 20 million dollars.

[39] It brought this application on August 5, 2016. On March 24, 2017, Groupe Candiac filed a motion for leave to amend its notice of application for judicial review and to file a supplementary record and affidavits. With this amendment, it wants to be able to show that making the Emergency Order was unreasonable on the grounds that the population of chorus frogs in the area covered by the Order, and therefore on the properties owned by Groupe Candiac and subject to the order, was not properly classified. They are not Western Chorus Frogs but rather Boreal Chorus Frogs, a species that is not at risk.

[40] The motion was dismissed by the Court, because the proposed amendment would radically change the nature of the issues and would unduly delay the legal debate started before the Court. Groupe Candiac tried to have this decision overturned, but its appeal was dismissed by the Federal Court of Appeal (*Groupe Maison*

du sable, de la terre, des matériaux de construction, des eaux grises ou des eaux de piscine; et

- i) utiliser ou épandre tout **engrais** au sens de l’article 2 de *la Loi sur les engrais* ou tout **produit antiparasitaire** au sens de l’article 2 de *la Loi sur les produits antiparasitaires*.

[36] Il prévoit aussi que toute contravention à ces interdictions constitue une infraction visée à l’article 97 de la Loi, lequel stipule que commet une infraction quiconque contrevient, notamment, « à toute disposition d’un règlement ou d’un décret d’urgence précisée par ce règlement ou ce décret ».

[37] Dans un communiqué émis en marge de l’émission du Décret d’urgence, le Ministre annonce qu’il n’y aura aucune compensation versée aux propriétaires des terrains situés dans l’aire d’application du décret.

D. *Le recours de Groupe Candiac*

[38] Groupe Candiac estime que l’effet direct du Décret d’urgence est de l’empêcher de réaliser son projet domiciliaire tel qu’il a été conçu, et de lui causer des pertes de l’ordre de 20 millions de dollars.

[39] Il institue le présent recours le 5 août 2016. Le 24 mars 2017, Groupe Candiac produit une requête visant à être autorisé à modifier son avis de demande de contrôle judiciaire et à déposer un dossier et des affidavits complémentaires. Par cet amendement, il souhaite pouvoir démontrer que l’émission du Décret d’urgence était déraisonnable au motif que la population de rainettes se trouvant dans l’aire d’application du Décret, et donc sur les terrains dont elle est propriétaire et qui sont visés par celui-ci, n’a pas été classifiée correctement. Ce serait des rainettes faux-grillon boréales, une espèce qui n’est pas en péril, et non des rainettes faux-grillon de l’Ouest.

[40] Cette requête est rejetée par la Cour au motif que l’amendement proposé changerait radicalement la nature des questions en litige et retarderait en conséquence indûment le débat judiciaire entamé devant la Cour. Groupe Candiac tente de faire renverser cette décision, mais son appel est rejeté par la Cour d’appel fédérale

Candiac Inc. v. Canada (Attorney General), 2017 FCA 216).

(*Groupe Maison Candiac Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 216).

III. Issues and standard of review

III. Questions en litige et norme de contrôle

[41] This case raises the following two issues :

[41] La présente affaire soulève les deux questions suivantes :

- (a) Is subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act *ultra vires* Parliament, rendering the Emergency Order invalid?
- (b) Is the Emergency Order void on the grounds that it constitutes a form of expropriation without compensation?

- a) Le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la Loi excède-t-il la compétence du Parlement, entraînant ainsi l'invalidité du Décret d'urgence en vertu duquel il a été adopté?
- b) Le Décret d'urgence est-il nul au motif qu'il constitue une forme d'expropriation sans indemnisation?

[42] It has been well established that the standard of review applicable to the issues that challenge the constitutional validity of a statutory provision is that of correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58).

[42] Il est bien établi que la norme de contrôle applicable aux questions mettant en cause la validité constitutionnelle d'une disposition législative est celle de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 58).

[43] Regarding the second issue, neither party addressed the standard of review that applies in this case. In any event, in my opinion, this issue can be determined as a pure question of law in respect of which neither the Governor in Council nor the Minister has particular expertise. This tends to favour the application of the standard of correctness (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 90–92). Moreover, this standard of review has generally been applied to issues challenging the *vires* of the exercise of regulatory power, and I see no reason to deviate from these earlier decisions, especially since this issue challenges, for all practical purposes, the applicability, in law, of the principles of *de facto* appropriation or disguised expropriation derived from private law to exercise the power of the Governor in Council under section 80 of the Act (*Saputo Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 69, [2012] 4 F.C.R. 499, at paragraph 10; *Synchrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 776, 91 C.E.L.R. (3d) 46 (*Synchrude FC*), at paragraph 104; *Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2009 FC 725, 77 C.P.R. (4th) 407, at paragraph 43). This case does not challenge

[43] Quant à la seconde question en litige, ni l'une ni l'autre des parties ne traite de la norme de contrôle qui y est applicable. Quoi qu'il en soit, à mon sens, cette question se présente comme une pure question de droit à l'égard de laquelle ni le gouverneur en conseil, ni le Ministre ne possède d'expertise particulière. Cela milite en faveur de l'application de la norme de la décision correcte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 90–92). D'ailleurs, cette norme de contrôle a généralement été appliquée aux questions mettant en cause le *vires* de l'exercice du pouvoir réglementaire et je ne vois aucune raison de déroger à cette jurisprudence surtout qu'ici cette question met en cause, à toutes fins utiles, l'applicabilité, en droit, des principes d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée tirés du droit privé à l'exercice du pouvoir dévolu au gouverneur en conseil par l'article 80 de la Loi (*Saputo Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 69, [2012] 4 R.C.F. 499, au paragraphe 10; *Synchrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 776 (*Synchrude CF*), au paragraphe 104; *Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2009 CF 725, au

the reasonableness of the exercise of this power in the circumstances of this case, which, in my opinion, allows us to distinguish it from the case of *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635 recently decided by the Supreme Court of Canada.

[44] The situation obviously would have been different if the Court had been called to decide on the legality of the Minister's decision not to offer any compensation to the owners affected by the Emergency Order. However, that is not the issue before the Court.

IV. Analysis

A. *Is subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act ultra vires Parliament?*

- (1) The applicable framework for evaluating the constitutionality of subparagraph 80(4)(c)(ii)

[45] The applicable test for determining the constitutional validity of a statutory provision in relation to the division of powers is well known. We must first examine the pith and substance of the provision in question. This means defining its primary purpose, thrust or dominant characteristic. To do so, the analysis must consider the purpose of the provision, namely the concerns it aims to address and its impact (*R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213 (*Hydro-Québec*), at paragraph 113; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (*Firearms Reference*), at paragraphs 15–16; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146 (*Kitkatla*), at paragraphs 52–53 and 55; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 (*Canadian Western Bank*), at paragraphs 26–27; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 (*COPA*), at paragraph 17).

paragraphe 43). Le présent litige ne met pas en cause la raisonnable de l'exercice de ce pouvoir dans les circonstances de la présente affaire, ce qui permet, à mon avis, de le distinguer de l'affaire *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 décidée tout récemment par la Cour suprême du Canada.

[44] La situation aurait été évidemment différente si la Cour avait été appelée à décider de la légalité de la décision du Ministre de ne verser aucune indemnité aux propriétaires touchés par le Décret d'urgence. Toutefois, là n'est pas la question soumise à la Cour.

IV. Analyse

A. *Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi excède-t-il la compétence du Parlement?*

- 1) Le cadre d'analyse applicable à l'examen de la constitutionnalité du sous-alinéa 80(4)c)(ii)

[45] Le test applicable pour décider de la validité constitutionnelle d'une disposition législative eu égard au partage des compétences est bien connu. Il faut d'abord s'interroger sur le caractère véritable de la disposition en cause. Il s'agit alors de cerner son objet principal, son idée maîtresse ou encore sa caractéristique dominante. Pour ce faire, l'analyse doit porter à la fois sur l'objet de la disposition, c'est-à-dire sur les préoccupations auxquelles elle cherche à répondre, et sur ses effets (*R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213 (*Hydro-Québec*), au paragraphe 113; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (*Renvoi sur les armes à feu*), aux paragraphes 15–16; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146 (*Kitkatla*), aux paragraphes 52–53 et 55; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (*Banque canadienne de l'Ouest*), aux paragraphes 26–27; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (*COPA*), au paragraphe 17).

[46] This review is based on the text in this provision. It can also be based on extrinsic materials, such as parliamentary debates and government publications (*Firearms Reference*, at paragraph 17; *Canadian Western Bank*, at paragraph 27).

[47] Once this review is complete, we must consider if, based on its pith and substance, the provision in question falls under one of the legislative heads of power attributed by the *Constitution Act, 1867* (CA 1867) to the level of government that enacted it (*Re : Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at page 450; *Firearms Reference*, at paragraph 25).

[48] If the provision falls within a jurisdiction attributed to this level of government, the provision is constitutionally valid and the analysis is complete. If that is not the case, the provision in question is not necessarily constitutionally invalid. In fact, it can still be saved by the ancillary powers doctrine if it has been sufficiently integrated in an otherwise valid legislative scheme (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at paragraph 45; *COPA*, at paragraph 16; *Kitkatla*, at paragraph 58; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at paragraph 23).

[49] It is useful, at this stage, to bear in mind an important principle of the pith and substance doctrine, namely, that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government (*Canadian Western Bank*, at paragraph 29). In other words, this doctrine tolerates in many respects the overlap of federal and provincial laws, a law that falls under the jurisdiction of one level of government can impact the jurisdiction of the other level of government (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3 (*Oldman River*), at pages 68–69; *Canadian Western Bank*, at paragraphs 24 and 28). It also recognizes that certain subjects can have both a provincial and federal dimension. Thus, the fact that a matter may for one purpose and in one aspect fall within one

[46] Cet examen se fait à partir du texte même de la disposition. Il peut aussi se faire à partir de documents extrinsèques, comme les débats parlementaires et les publications gouvernementales (*Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 17; *Banque canadienne de l'Ouest*, au paragraphe 27).

[47] Une fois cet exercice complété, il faut alors se demander si, de par son caractère véritable, la disposition contestée relève d'un des chefs de compétences législatives attribués par la *Loi constitutionnelle de 1867* (LC 1867) à l'ordre de gouvernement qui l'a adoptée (*Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la page 450; *Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 25).

[48] Si la disposition relève d'un champ de compétence attribué à cet ordre de gouvernement, la disposition est constitutionnellement valide et l'analyse est complète. Si ce n'est pas le cas, ladite disposition ne s'en trouve pas pour autant invalidée constitutionnellement. En effet, elle peut toujours être sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires si elle est suffisamment intégrée dans un régime législatif par ailleurs valide (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, au paragraphe 45; *COPA*, au paragraphe 16; *Kitkatla*, au paragraphe 58; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, au paragraphe 23).

[49] Il est utile de ne pas perdre de vue, à ce stade-ci, un principe important de la doctrine du caractère véritable, soit celui reconnaissant l'impossibilité pratique d'une législature à exercer efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement (*Banque canadienne de l'Ouest*, au paragraphe 29). En d'autres termes, cette doctrine tolère à plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales, une loi relative à un champ de compétence d'un palier de gouvernement pouvant valablement toucher un champ de compétence de l'autre palier de gouvernement (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3 (*Oldman River*), aux pages 68–69; *Banque canadienne de l'Ouest*, aux paragraphes 24 et 28). Elle reconnaît aussi que certaines matières peuvent comporter

level of government does not mean that it cannot, for another purpose and in another aspect, fall within the competence of another level of government (*Canadian Western Bank*, at paragraph 30; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457 (*Assisted Human Reproduction Reference*), at paragraphs 184–185).

[50] I also think it is useful, at this stage, to bear in mind that environmental protection, which, as the Supreme Court of Canada noted in *Oldman River*, has become “one of the major challenges of our time,” is not in the list of legislative heads of power attributed to one of the levels of government by the Canadian Constitution (see also : *Hydro-Québec*, at paragraph 112). In this sense, it is an “abstruse matter which does not comfortably fit within the existing division of powers without considerable overlap and uncertainty” (*Oldman River*, at pages 16 and 64). In this sense, the courts, when they are called on to define the extent to which each level of government can use its legislative powers in that regard, must bear in mind, while making sure to respect the fundamental balance of the division of powers by the CA 1867, that “the Constitution must be interpreted in a manner that is fully responsive to emerging realities and to the nature of the subject matter sought to be regulated” and that the “pervasive and diffuse nature of the environment” poses, in this sense, particular difficulties (*Hydro-Québec*, at paragraph 86).

[51] The Attorney General maintains that subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act constitutes a valid measure of criminal law. Alternatively, he claims that it was validly enacted pursuant to the introductory paragraph of section 91 of the CA 1867, which gives Parliament the power to make laws for the peace, order and good government of Canada. Alternatively, he argued that subparagraph 80(4)(c)(ii), if it must be deemed as falling outside of Parliament’s jurisdiction, is sufficiently integrated in an otherwise valid vast legislative scheme to be constitutionally saved.

à la fois une facette provinciale et une facette fédérale. Ainsi, le fait qu’une même matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence d’un palier de gouvernement ne signifie pas que cette matière ne puisse, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence de l’autre ordre de gouvernement (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 30; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457 (*Renvoi sur la procréation assistée*), aux paragraphes 184–185).

[50] Je crois également utile de rappeler, à ce stade-ci, que la protection de l’environnement, qui, comme la Cour suprême du Canada l’a rappelé dans l’arrêt *Oldman River*, est devenue « l’un des principaux défis de notre époque », ne figure pas dans la liste des chefs de compétences législatives attribués à l’un ou l’autre palier de gouvernement par la Constitution canadienne (voir aussi : *Hydro-Québec*, au paragraphe 112). En ce sens, il s’agit d’une « matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude » (*Oldman River*, aux pages 16 et 64). En ce sens aussi, les tribunaux, lorsqu’ils sont appelés à définir la mesure dans laquelle chaque palier de gouvernement peut utiliser ses pouvoirs législatifs en cette matière, doivent se rappeler, tout en veillant à respecter l’équilibre fondamental du partage des compétences envisagé par la LC 1867, que « la Constitution doit être interprétée de manière à tenir compte pleinement des nouvelles réalités et de la nature du sujet que l’on veut réglementer » et que le « caractère omniprésent et diffus de l’environnement » pose, en ce sens, des difficultés particulières (*Hydro-Québec*, au paragraphe 86).

[51] Le procureur général soutient que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) de la Loi constitue une mesure valide de droit criminel. Alternativement, il prétend qu’il a été validement adopté en vertu du paragraphe introductif de l’article 91 de la LC 1867, lequel confère au Parlement le pouvoir de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada. Subsidiairement toujours, il plaide que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii), s’il devait être jugé comme ne relevant pas de la compétence du Parlement, est suffisamment intégré dans un vaste régime législatif par ailleurs valide pour être sauvegardé constitutionnellement.

[52] However, it is up to Groupe Candiac to establish that subparagraph 80(4)(c)(ii) is *ultra vires* Parliament (*Firearms Reference*, at paragraph 39).

[53] Before getting to the heart of the matter, a brief description of the structure of the Act and its key provisions is necessary first to clearly identify the legislative scheme that section 80 and subparagraph 80(4)(c)(ii) fall under.

(2) The Act

[54] As I already stated, the Act aims to prevent the disappearance of wildlife species and permit the recovery of those that, as a result of human activity, have become “extirpated”, “endangered” or “threatened”. It also aims to help manage “species of special concern” to prevent them from becoming endangered or threatened.

[55] These species are all “species at risk” within the meaning of the Act. They are defined as follows :

- (a) “extirpated” species means a wildlife species that no longer exists in the wild in Canada, but exists elsewhere in the wild;
- (b) “endangered” species means a wildlife species that is facing imminent extirpation or extinction;
- (c) “threatened” species means a wildlife species that is likely to become an endangered species if nothing is done to reverse the factors leading to its extirpation or extinction; and
- (d) species “of special concern” means a wildlife species that may become a “threatened” or an “endangered” species because of a combination of biological characteristics and identified threats.

[56] These four categories of species at risk are all “wildlife species”, meaning a species, subspecies, variety

[52] Il revient toutefois à Groupe Candiac d’établir que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) excède la compétence du Parlement (*Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 39).

[53] Avant d’aborder le vif du sujet, une brève description de la structure de la Loi et de ses dispositions clés s’impose d’entrée de jeu de manière à bien cerner le schème législatif dans lequel l’article 80 et son sous-alinéa 80(4)c)(ii), s’inscrivent.

2) La Loi

[54] Telle que je l’ai déjà évoqué, la Loi vise à prévenir la disparition des espèces sauvages et à permettre le rétablissement de celles qui, dues à l’activité humaine, sont devenues des « espèces disparues du pays », des « espèces en voie de disparition » ou des « espèces menacées ». Elle vise aussi à favoriser la gestion des « espèces préoccupantes » pour éviter qu’elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées.

[55] Ces espèces sont toutes des « espèces en périls » au sens de la Loi. Elles sont définies comme suit :

- a) l’espèce « disparue du pays » est une espèce sauvage qu’on ne trouve plus à l’état sauvage au Canada, mais qu’on trouve ailleurs à l’état sauvage;
- b) l’espèce « en voie de disparition » est une espèce sauvage qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète;
- c) l’espèce « menacée » : est une espèce sauvage susceptible de devenir une espèce en voie de disparition si rien n’est fait pour contrer les facteurs menaçant de la faire disparaître; et
- d) l’espèce « préoccupante » est une espèce sauvage qui peut devenir une espèce « menacée » ou une espèce « en voie de disparition » par l’effet cumulatif de ses caractéristiques biologiques et des menaces signalées à son égard.

[56] Ces quatre catégories d’espèces en péril ont toutes en commun d’être des « espèces sauvages », c’est-à-dire,

or geographically or genetically distinct population of animal, plant or other organism, other than a bacterium or virus, that is wild by nature and is native to Canada, or has extended its range into Canada without human intervention and has been present in Canada for at least 50 years.

[57] Essentially, the Act is comprised of three main elements : (i) adding wildlife species to the List of Wildlife Species at Risk; (ii) the development and implementation of recovery strategies and management plans for species listed as at risk; and (iii) the implementation of a system of prohibitions, with appropriate sanctions, and law enforcement activities under the Act.

(a) Wildlife species listing process

[58] First, the Act established a process for listing wildlife species (sections 14 to 31). This process is guided by the COSEWIC, a committee of independent experts appointed by the Minister. These experts, as members of COSEWIC, are not part of the public service of Canada. COSEWIC's main mission is to assess the status of each wildlife species it considers to be at risk and, as part of the assessment, identify existing and potential threats to the species. It is then responsible for classifying the species as extinct, extirpated, endangered, threatened or of special concern. It can conclude whether or not the species is at risk at the time of its assessment or it can indicate that it does not have sufficient information to render a decision. It is also responsible for periodically assessing the status of species at risk and, if appropriate, reclassifying or declassifying them (section 15).

[59] Once it has completed its assessment, COSEWIC must submit a copy of it to the Minister. The Minister must then indicate how the Minister intends to respond to the assessment and, to the extent possible, provide timelines for action (section 25). Then, the Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, accept COSEWIC's assessment and add the species in

des espèces, sous-espèces, variétés ou populations géographiquement ou génétiquement distinctes d'animaux, de végétaux ou d'autres organismes d'origine sauvage, sauf une bactérie ou un virus, qui, selon le cas, sont indigènes du Canada ou se sont propagées au Canada, sans intervention humaine et y sont présentes depuis au moins 50 ans.

[57] Pour l'essentiel, la Loi s'articule autour de trois grands axes : i) l'inscription des espèces sauvages sur la Liste des espèces en péril; ii) l'élaboration et la mise en œuvre de programmes de rétablissement et de plans de gestion pour les espèces inscrites comme espèces en péril; et iii) la mise en place d'un régime d'interdictions, assorties de sanctions, et de mesures de contrôle d'application de la Loi.

a) Processus d'inscription des espèces sauvages

[58] Dans un premier temps, la Loi met en place un processus d'inscription des espèces sauvages (articles 14 à 31). Ce processus est chapeauté par le COSEPAC, un comité d'experts indépendants nommés par le Ministre. Ces experts, en leur qualité de membres du COSEPAC, ne font pas partie de la fonction publique fédérale. Le COSEPAC a plus particulièrement pour mission d'évaluer la situation de toute espèce sauvage qu'il estime en péril et, ce faisant, de signaler les menaces réelles ou potentielles pesant sur elle. Il lui appartient ensuite de déterminer si l'espèce est disparue, disparue du pays, en voie de disparition, menacée ou préoccupante. Il peut conclure que c'est le cas, que ce n'est pas le cas au moment de son évaluation ou encore qu'il ne dispose pas de l'information voulue pour rendre une décision. Il lui revient aussi d'évaluer périodiquement la situation des espèces en péril et, au besoin, de les reclassifier ou de les déclassifier (article 15).

[59] Dès qu'il complète son évaluation, le COSEPAC en remet une copie au Ministre. Celui-ci doit alors énoncer comment il se propose de réagir à l'évaluation, et dans la mesure du possible, selon quel échéancier (article 25). Il appartient ensuite au gouverneur en conseil, sur recommandation du Ministre, soit de confirmer l'évaluation du COSEPAC et d'inscrire l'espèce en

question to the List of Wildlife Species at Risk, decide not to add the species to the List, or refer the matter back to COSEWIC for further information or consideration. However, if, within nine months after receiving COSEWIC's assessment, the Governor in Council still has not made a decision, the Minister shall, by order, amend the List of Wildlife Species at Risk in accordance with COSEWIC's assessment (section 27).

[60] A wildlife species can also be listed on the Species at Risk List on an emergency basis when the Minister, at the request of any person, is of the opinion that there is an imminent threat to the survival of the species in question (section 28). When the Minister reaches this conclusion, the Minister must make a recommendation to the Governor in Council that the List be amended to list the species as an “endangered species” (section 29). Within one year after the making of the order, COSEWIC, after having a status report on the wildlife species prepared, must confirm to the Minister the classification of the species, recommend to the Minister that the species be reclassified, or recommend to the Minister that the species be removed from the list (section 30). The Minister may then make a recommendation to the Governor in Council with respect to amending the List (section 31).

(b) Development and implementation of recovery strategies and management plans for any species listed as a “species at risk”

[61] Second, the Act provides a mechanism for developing and implementing recovery strategies for any species on the Species at Risk List (sections 37 to 55) or management plans for any wildlife species listed as a species of special concern (sections 65 to 72). When possible, such strategies and plans are developed in collaboration with any provincial or territorial minister in the province or territory where the species in question is found or any federal minister responsible for the area where the species is found. This duty of cooperation also extends to any Aboriginal organization that the competent minister believes is directly affected by the strategy or management plan, or to the wildlife management board established under a land claims agreement when

cause sur la Liste des espèces en péril, soit de décider de ne pas inscrire l'espèce sur cette liste, soit de renvoyer la question au COSEPAC pour renseignements supplémentaires ou réexamen. Toutefois, si, dans les neuf mois après avoir reçu l'évaluation du COSEPAC, le gouverneur en conseil n'a toujours pas pris de décision, le Ministre, par arrêté, modifie la Liste des espèces en péril en conformité avec l'évaluation faite par le COSEPAC (article 27).

[60] Une espèce sauvage peut aussi être inscrite d'urgence sur la Liste des espèces en péril lorsque le Ministre, sur demande de toute personne, est d'avis que la survie de l'espèce en cause est menacée de façon imminente (article 28). Lorsqu'il en arrive à ce constat, le Ministre est alors tenu de recommander au gouverneur en conseil de modifier ladite liste pour y inscrire l'espèce comme « espèce en voie de disparition » (article 29). Dans l'année qui suit la prise du décret, le COSEPAC, après avoir fait préparer un rapport de situation sur l'espèce en cause, confirme au Ministre la classification de l'espèce ou lui recommande soit de la reclassifier, soit d'en radier l'inscription (article 30). Le Ministre peut alors recommander au gouverneur en conseil de modifier la Liste des espèces en péril en conséquence (article 31).

b) Élaboration et mise en œuvre de programmes de rétablissement et de plans de gestion pour toute espèce inscrite comme « espèce en péril »

[61] Dans un deuxième temps, la Loi prévoit un mécanisme d'élaboration et de mise en œuvre de programmes de rétablissement pour toute espèce inscrite sur la Liste des espèces en péril (articles 37 à 55) ou de plans de gestion pour toute espèce sauvage inscrite comme espèce préoccupante (articles 65 à 72). Dans la mesure du possible, de tels programmes et de tels plans sont élaborés en collaboration avec tout ministre provincial ou territorial dans la province ou le territoire où se trouve l'espèce visée ou tout ministre fédéral dont relèvent les aires où se trouve l'espèce. Ce devoir de collaboration s'étend aussi à toute organisation autochtone que le ministre compétent croit directement touchée par le programme ou le plan de gestion, ou encore au conseil de gestion des

the species is in an area where such a board performs functions in respect of wildlife species. Such a strategy must also be prepared in consultation with the landowners and any other persons whom the competent minister considers to be directly affected by the strategy (sections 39 and 66).

[62] In developing a recovery strategy for a given species, the competent minister must determine whether the recovery is technically feasible. If the recovery is determined feasible, the competent minister must ensure that the strategy addresses threats to the survival of the species and its habitat, and includes, among other things, a broad strategy to be taken to address those threats (section 41).

[63] The competent minister first prepares a proposed recovery strategy and includes it in the Registry (section 42). Within 60 days after it is included in the Registry, any person may file comments with the competent minister regarding the proposed recovery strategy (section 43). The competent minister must report on the implementation of any recovery strategy every five years (section 46). The same requirements apply to the development of a management plan for a wildlife species of special concern (sections 68 and 72).

[64] Moreover, any recovery strategy must be accompanied by one or more management plans developed by the competent minister based on the recovery strategy. The development of an action plan is subject to the same collaboration requirements as a recovery strategy (section 47). An action plan must include, with respect to the area to which the action plan relates, an identification of the species' critical habitat, a statement of the measures that are to be taken to implement the recovery strategy for the species' survival and the protection of its critical habitat, a statement of the methods to be used to monitor the recovery of the species and its long-term viability, and an evaluation of the socio-economic costs of the action plan and the benefits to be derived from it (section 49).

ressources fauniques établi par un accord de revendication territoriale lorsque l'espèce se trouve dans une aire où un tel conseil exerce des attributions à l'égard d'espèces sauvages. Un tel programme doit aussi être préparé en consultation avec les propriétaires fonciers et toute autre personne que le ministre compétent estime directement touchée par le programme (articles 39 et 66).

[62] Le ministre compétent doit déterminer, en élaborant un programme de rétablissement pour une espèce donnée, si le rétablissement est réalisable sur le plan technique. Si le rétablissement est jugé réalisable, le ministre compétent doit s'assurer que le programme traite des menaces à la survie de l'espèce et de son habitat, et comporte, entre autres, les grandes lignes du plan à suivre pour leur faire face (article 41).

[63] Le ministre compétent prépare d'abord un projet de programme de rétablissement, qu'il dépose dans le Registre (article 42). Dans les 60 jours suivant son dépôt au Registre, toute personne peut transmettre au ministre compétent ses observations relativement au projet de programme de rétablissement (article 43). La mise en œuvre de tout programme de rétablissement doit faire l'objet d'un rapport de suivi à tous les cinq ans de la part du ministre compétent (article 46). Les mêmes exigences s'appliquent à l'élaboration d'un plan de gestion destiné à une espèce sauvage préoccupante (articles 68 et 72).

[64] Tout programme de rétablissement doit par ailleurs être accompagné d'un ou plusieurs plans d'action élaborés par le ministre compétent sur le fondement dudit programme. L'élaboration d'un plan d'action est assujettie aux mêmes exigences en matière de collaboration que celle d'un programme de rétablissement (article 47). Le plan d'action doit, en ce qui a trait à l'aire à laquelle il s'applique, comporter, notamment, une désignation de l'habitat essentiel de l'espèce concernée, un exposé des mesures à prendre pour mettre en œuvre le programme de rétablissement quant à la survie de l'espèce et quant à la protection de son habitat essentiel, un exposé des méthodes à utiliser pour surveiller le rétablissement de l'espèce et sa viabilité à long terme, de même qu'une évaluation des répercussions socio-économiques de la mise en œuvre du plan d'action et des avantages en découlant (article 49).

[65] Just as with the recovery strategy, any person may file written comments with the competent minister regarding any action plan included in the Registry by that minister.

[66] In implementing an action plan or management plan with respect to aquatic species, a migratory bird protected by the *Migratory Birds Convention Act, 1994*, S.C. 1994, c. 22 (Protected Migratory Bird), or any other wildlife species on “federal lands”, the competent minister makes any regulations that are necessary in the opinion of the competent minister (sections 59 and 71). An “aquatic species”, according to the definition given in the Act, means a wildlife species that is a fish, as defined in section 2 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, or a marine plant, as defined in section 47 of that Act. “Federal land” is defined by the Act as three main categories of federal land : (i) land that belongs to Her Majesty in right of Canada, or that Her Majesty in right of Canada has the power to dispose of, and all waters on and airspace above that land; (ii) the internal waters of Canada and the territorial sea of Canada; and (iii) reserves and any other lands that are set apart for the use and benefit of a band under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (section 2).

[67] The competent minister must monitor the implementation of an action plan five years after the plan comes into effect. The follow-up report must discuss the progress toward meeting the objectives and the ecological and socio-economic impacts of its implementation (section 55).

(c) System of prohibitions and law enforcement activities

[68] Finally, as the third main component, the Act establishes a prohibition system (sections 32 to 36 and 58 to 64), with sanctions (sections 97 to 119), the application of which is assured by law enforcement activities (sections 85 to 96).

[69] A first group of prohibitions concerns the individuals of a species at risk and its residence (sections 32

[65] Tout comme à l’égard d’un programme de rétablissement, toute personne peut transmettre au ministre compétent des observations écrites relativement à tout projet de plan d’action déposé au Registre par ce ministre (article 50).

[66] Aux fins de la mise en œuvre d’un plan d’action ou un plan de gestion visant une espèce aquatique, un oiseau migrateur protégé par la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs*, L.C. 1994, ch. 22 (Oiseau Migrateur Protégé) ou toute autre espèce sauvage se trouvant sur le « territoire domanial », le ministre compétent prend, par règlement, toutes les mesures qu’il estime nécessaires (articles 59 et 71). Une « espèce aquatique », selon la définition qu’en donne la Loi, est une espèce sauvage de poissons au sens de l’article 2 de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, ou une plante marine au sens de l’article 47 de cette loi. Pour sa part, le « territoire domanial », est défini par la Loi comme étant constitué de trois grandes catégories d’espace domanial : i) les terres appartenant à Sa Majesté du chef du Canada ou qu’elle a le pouvoir d’aliéner, leurs eaux et leur espace aérien; ii) les eaux intérieures et la mer territoriale du Canada; et (iii) les réserves et autres terres mises de côté à l’usage et au profit d’une bande indienne en application de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (article 2).

[67] Un plan d’action doit aussi faire l’objet, de la part du ministre compétent, d’un suivi quinquennal de sa mise en œuvre. Le rapport de suivi doit se pencher notamment sur les progrès réalisés en vue de l’atteinte des objectifs du plan et sur les répercussions écologiques et socio-économiques de sa mise en œuvre (article 55).

c) Régime d’interdictions et de contrôle d’application de la loi

[68] Enfin, comme troisième grand volet, la Loi met en place un régime d’interdictions (articles 32 à 36 et 58 à 64), assorties de sanctions (articles 97 à 119), dont la mise en œuvre est assurée au moyen de mesures de contrôle d’application de la Loi (articles 85 à 96).

[69] Un premier groupe d’interdictions concerne les individus eux-mêmes d’une espèce en péril et leur

to 36). Thus, no person, on pain of sanction, shall kill, harm, harass, capture or take an individual of a wildlife species that is listed as an endangered or threatened species, nor shall any person possess, collect, buy or sell such an individual, or any part or derivative of such an individual (section 32). Also, no person shall damage or destroy the residence of an individual of a wildlife species that is listed as an extirpated species if a recovery strategy has recommended the reintroduction of the species into the wild in Canada (section 33).

[70] These prohibitions, if they are not related to individuals of an aquatic species or species of Protected Migratory Birds, or their residence, do not apply in a province other than on federal lands unless it is stipulated in an order by the Governor in Council, adopted on the recommendation of the Minister. However, such a recommendation can be made only after the Minister has consulted the competent provincial minister. If, however, the Minister is of the opinion that the laws of the province do not effectively protect the species or the residences of its individuals, the Minister shall recommend that the Governor in Council make the order (section 34).

[71] This first group of prohibitions also protects the individuals of wildlife species that are not listed as species at risk under the Act but are classified as an endangered species or threatened species by a provincial or territorial minister. However, these prohibitions apply only to individuals and residences on federal land in the province or territory (section 36).

[72] A second group of prohibitions aims to protect the critical habitat of a species listed on the List of Wildlife Species at Risk (sections 58 to 64). Critical habitat means the habitat that is necessary for the survival or recovery of a listed wildlife species and that is identified as the species' critical habitat in the recovery strategy or in an action plan for the species (section 2). Thus, no person shall destroy any part of the critical habitat of such a species if the critical habitat is on federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental

résidence (articles 32 à 36). C'est ainsi qu'il est interdit, sous peine de sanction, de tuer un individu d'une espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée, de lui nuire, de le harceler, de le capturer, ou de le prendre, tout comme il est interdit de posséder, collectionner, vendre ou acheter un tel individu, une partie de celui-ci ou un produit qui en provient (article 32). Il est tout aussi interdit d'endommager ou de détruire sa résidence, y compris la résidence de tout individu d'une espèce disparue du pays dont un programme de rétablissement a recommandé la réinsertion à l'état sauvage au Canada (article 33).

[70] Ces interdictions, dans le cas où il ne s'agit pas d'individus d'une espèce aquatique ou d'une espèce d'Oiseaux Migrateurs Protégés, ou de leur résidence, ne s'appliquent toutefois dans une province, ailleurs que sur le territoire domanial, que si un décret du gouverneur en conseil, adopté sur recommandation du Ministre, le prévoit. Une telle recommandation ne peut être faite cependant qu'après que le Ministre ait notamment consulté le ministre provincial compétent. Si, toutefois, le Ministre est d'avis que le droit de la province ne protège pas efficacement l'espèce ou la résidence de ses individus, il est alors tenu de recommander au gouverneur en conseil la prise du décret (article 34).

[71] Ce premier groupe d'interdictions vise aussi les individus, et leur résidence, d'espèces sauvages non inscrites comme espèces en péril aux termes de la Loi, mais classées comme espèce en voie de disparition ou menacée par un ministre provincial ou territorial. Ces interdictions ne s'appliquent toutefois qu'aux individus et résidences se trouvant sur le territoire domanial situé dans la province ou le territoire (article 36).

[72] Un second groupe d'interdictions vise à protéger l'habitat essentiel d'une espèce inscrite sur la Liste des espèces en péril (articles 58 à 64). L'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite est celui qui est nécessaire à sa survie ou à son rétablissement et qui est désigné comme tel dans le programme de rétablissement ou le plan d'action élaboré à l'égard de cette espèce (article 2). C'est ainsi qu'il est interdit de détruire un élément de l'habitat essentiel d'une telle espèce lorsque son habitat essentiel se trouve sur le territoire domanial, dans la

shelf of Canada, or if the species is an aquatic species or a species of Protected Migratory Birds (section 58).

[73] This prohibition also applies to any part of the critical habitat of a wildlife species classified by a provincial or territorial minister as an endangered species, that is on federal land and that the provincial or territorial minister has identified as essential to the survival or recovery of the species. However, the prohibition applies only to the portions of this habitat that the Governor in Council may, on the recommendation of the competent minister, by order, specify (section 60).

[74] Moreover, no person shall destroy any part of the habitat of an endangered or threatened species on the List of Wildlife Species at Risk, other than an aquatic species or species of Protected Migratory Birds that is in a province or territory and that is not a part of federal lands. Once again, the prohibition applies only to the portions of this habitat that the Governor in Council may, on the recommendation of the competent minister, by order, specify. This recommendation can be made when a provincial or territorial minister requests it. However, it must be made if, after consultation with the appropriate provincial or territorial minister, the competent minister is of the opinion that there are no provisions in, or other measures under, this or any other Act of Parliament that protect the particular portion of the critical habitat and the laws of the province or territory do not effectively protect the critical habitat (section 61). Such an order expires five years after the day on which it was made and can be extended.

[75] Moreover, the Minister may, in accordance with the regulations, provide fair and reasonable compensation to any person for losses suffered as a result of any extraordinary impact of the application of section 58, 60 or 61 (section 64). The regulations must prescribe the procedures to be followed in claiming compensation, the methods to be used in determining the eligibility of a person for compensation, the amount of loss suffered by a person and the amount of compensation in respect of

zone économique exclusive ou sur le plateau continental, ou lorsque l'espèce en cause est inscrite comme une espèce aquatique ou une espèce d'Oiseaux Migrateurs Protégés (article 58).

[73] Cette interdiction s'applique aussi à tout élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage classée par un ministre provincial ou territorial comme espèce en voie de disparition, qui se trouve sur le territoire domanial et qui est désigné par le ministre provincial ou territorial comme nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce. Toutefois, l'interdiction ne s'applique qu'aux parties de cet habitat que le gouverneur en conseil désigne par décret, sur recommandation du ministre compétent (article 60).

[74] Il est par ailleurs également interdit de détruire un élément de l'habitat d'une espèce en voie de disparition ou menacée inscrite sur la Liste des espèces en péril, autre qu'une espèce aquatique ou une espèce d'Oiseaux Migrateurs Protégés, et se trouvant dans une province ou un territoire ailleurs que sur le territoire domanial. Encore là, cette interdiction ne s'applique qu'aux parties de cet habitat que le gouverneur en conseil désigne par décret, sur recommandation du ministre compétent. Cette recommandation peut être faite lorsqu'un ministre provincial ou territorial a demandé qu'elle soit faite. Elle doit cependant être faite lorsqu'après avoir consulté le ministre provincial ou territorial compétent, le ministre compétent est d'avis, d'une part, qu'aucune disposition de la Loi ou de toute autre loi fédérale, ni aucune mesure prise sous leur régime, ne protègent la partie de l'habitat essentiel ainsi désignée et, d'autre part, que le droit de la province ou du territoire concerné ne la protège pas efficacement (article 61). Un tel décret est d'une durée de cinq ans et peut être prorogé.

[75] Par ailleurs, toute personne visée par l'application des articles 58, 60 et 61 peut se voir verser par le Ministre, en conformité avec les règlements adoptés à cet effet, une indemnité juste et raisonnable pour les pertes subies en raison des conséquences extraordinaires pouvant découler de cette application (article 64). Les règlements doivent notamment fixer la marche à suivre pour réclamer une indemnité, le mode de détermination du droit à l'indemnité, de la valeur de la perte subie et du

any loss, and the terms and conditions for the provision of compensation.

[76] The offence and penalty regime associated with these two prohibition groups is set out in section 97 of the Act. Thus, every person commits an offence who contravenes subsection 32(1) or (2), section 33, or subsection 36(1), 58(1), 60(1) or 61(1). The severity of the penalty—a fine, imprisonment or both—varies depending on if there was a conviction on indictment or a summary conviction and on whether the offender is a corporation, a non-profit corporation or an individual. Moreover, section 108 allows alternative measures to be used to deal with a person who is alleged to have committed an offence, if certain conditions are met.

[77] However, this regime does not apply to a person who is engaging in activities “related to public safety, health or national security, that are authorized by or under any other Act of Parliament or activities under the *Health of Animals Act* and the *Plant Protection Act* for the health of animals and plants”, or activities “authorized under section 73, 74 or 78 by an agreement, permit, licence, order or similar document” (section 83). Section 73 gives the competent minister the power to enter into an agreement with a person—or issue a permit to a person—authorizing the person to engage in an activity affecting a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals if (i) the activity is scientific research relating to the conservation of the species and conducted by qualified persons; (ii) the activity benefits the species or is required to enhance its chance of survival in the wild; or (iii) affecting the species is incidental to the carrying out of the activity. Section 74 allows, under the conditions set out in section 73, an agreement, permit, licence, order or other similar document to be entered into, issued or made authorizing a person or organization to engage in an activity affecting a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals. According to section 78, the same is true for an agreement, permit, licence or order to be entered into, issued

montant de l’indemnité pour cette perte, et les modalités de l’indemnisation.

[76] Le régime d’infractions et de peines en lien avec ces deux groupes d’interdictions est prévu à l’article 97 de la Loi. Ainsi, quiconque contrevient aux paragraphes 32(1) ou (2), à l’article 33 ou aux paragraphes 36(1), 58(1) 60(1) ou 61(1), notamment, commet une infraction. La sévérité de la peine — une amende, un emprisonnement ou les deux — va varier selon qu’il y a déclaration de culpabilité par mise en accusation ou par procédure sommaire et selon que le contrevenant est une personne morale autre qu’une personne morale sans but lucratif, une personne morale sans but lucratif ou une personne physique. L’article 108 permet par ailleurs, lorsque certaines conditions sont réunies, le recours à des mesures de rechange à l’égard d’une personne accusée d’une infraction aux termes de la Loi.

[77] Ce régime ne s’applique toutefois pas à une personne exerçant des activités « en matière soit de sécurité ou de santé publiques ou de sécurité nationale autorisées sous le régime de toute autre loi fédérale, soit de santé des animaux et des végétaux autorisés sous le régime de la *Loi sur la santé des animaux* et la *Loi sur la protection des végétaux* », ou encore des activités « autorisées par un accord, un permis, une licence, un arrêté ou un autre document visé aux articles 73, 74 ou 78 » (article 83). L’article 73 confère au ministre compétent le pouvoir de conclure avec une personne un accord — ou à lui délivrer un permis — l’autorisant à exercer une activité touchant une espèce en péril, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus lorsque cette activité i) consiste en des recherches scientifiques sur la conservation des espèces menées par les personnes compétentes; ii) profite à l’espèce ou est nécessaire à l’augmentation des chances de survie de l’espèce à l’état sauvage; ou iii) ne touche l’espèce que de façon incidente. L’article 74 permet pour sa part, aux conditions prévues à l’article 73, la conclusion de tout accord, la délivrance de tout permis ou licence ou la prise de tout arrêté ayant pour objet d’autoriser, en application de toute autre loi fédérale, l’exercice d’une activité touchant une espèce en péril, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus. Il en va de même,

or made by a provincial or territorial minister under an Act of the legislature of a province or a territory.

[78] Lastly, the Minister, in implementing the system of prohibitions and offences established by the Act, has the powers vested in him or her under sections 85 to 96, which deal with law enforcement activities. Thus, the Minister has the authority to designate enforcement officers for the purposes of this Act, who are authorized, after obtaining a judicial warrant, to conduct inspections, searches and seizures at any location authorized by the warrant (sections 85 to 92). The Minister has the power to investigate any alleged offence under the Act. The Minister has the authority to investigate all matters that he or she considers necessary to determine the facts relating to the alleged offence (sections 93 and 94). The Minister may suspend or conclude the investigation if he or she is of the opinion that the alleged offence does not require further investigation or the investigation does not substantiate the alleged offence (section 95). At any stage of the investigation, the competent minister may send any documents or other evidence to the Attorney General for a consideration of whether an offence has been or is about to be committed, and for any action that the Attorney General may wish to take (section 95).

[79] Finally, this Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province (section 5). It is also based on the principle from the Convention on Biodiversity that if there are threats of serious or irreversible damage to a wildlife species, cost-effective measures to prevent the reduction or loss of the species should not be postponed for a lack of full scientific certainty (Act, Preamble; also see : *Centre québécois du droit de l'environnement*, at paragraph 6).

(3) Section 80 of the Act

[80] Under section 80 of the Act, the Governor in Council may, on the recommendation of the competent minister, make an emergency order to provide for the protection of a listed wildlife species. The emergency

suivant l'article 78, de tout accord, permis, licence ou arrêté conclu, délivré ou pris par un ministre provincial ou territorial en application d'une loi provinciale ou territoriale.

[78] Enfin, le Ministre, dans la mise en œuvre du régime d'interdictions et d'infractions institué par la Loi, dispose des pouvoirs qui lui sont dévolus aux termes des articles 85 à 96, lesquels portent sur le contrôle d'application de la Loi. C'est ainsi qu'il est habilité, à cette fin, à désigner des agents de l'autorité chargés de l'application de la Loi, lesquels sont notamment autorisés, sur obtention préalable d'un mandat judiciaire, à perquisitionner, fouiller et saisir en tout lieu autorisé par le mandat (articles 85 à 92). Pour sa part, le Ministre dispose du pouvoir d'enquêter sur toute allégation de contravention à la Loi. Il est alors habilité à enquêter sur tous les éléments qu'il juge indispensables pour établir les faits relatifs à l'infraction reprochée (articles 93 et 94). Il peut clore ou interrompre son enquête s'il estime que l'infraction reprochée ne justifie plus sa poursuite ou que les résultats de l'enquête ne permettent pas de conclure à la perpétration de l'infraction (article 95). Autrement, il peut, à toute étape de l'enquête, transmettre tout élément de preuve au procureur général pour lui permettre de décider si une infraction a été commise ou est sur le point de l'être et de prendre les mesures de son choix (article 95).

[79] Finalement, la Loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province (article 5). Elle repose aussi sur le principe découlant de la Convention sur la biodiversité suivant lequel le manque de certitude scientifique ne peut constituer un prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir la disparition ou la décroissance d'une espèce sauvage lorsqu'il existe par ailleurs une menace d'atteinte grave ou irréversible à cette espèce (Loi, préambule; voir aussi : *Centre québécois du droit de l'environnement*, au paragraphe 6).

3) L'article 80 de la Loi

[80] L'article 80 de la Loi confère au gouverneur en conseil, sur recommandation du ministre compétent, le pouvoir de prendre un décret d'urgence visant la protection d'une espèce inscrite à la Liste des espèces en péril.

order may identify any habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates. Before making a recommendation, the competent minister must consult “every other competent minister.” This “other competent minister” will be the Minister responsible for the Parks Canada Agency, the Minister of Fisheries and Oceans or the Minister, as applicable.

[81] Moreover, under subsection 80(2), the Minister must recommend to the Governor in Council that an emergency order be made if he or she is of the opinion that a species “faces imminent threats to its survival or recovery.”

[82] According to paragraphs 80(4)(a), (b) and subparagraph 80(4)(c)(i), this type of order may be made to protect an aquatic species, a species of Protected Migratory Bird or any other species on the List of Wildlife Species at Risk on federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada.

[83] When an emergency order is made pursuant to one or more of these paragraphs or subparagraphs, it may provide for three things : (i) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates; (ii) include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat; and (iii) include provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat.

[84] Subparagraph 80(4)(c)(ii) allows the Governor in Council to make an emergency order to protect any species on the List of Wildlife Species at Risk, on land other than federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada. In other words, this provision allows the Governor in Council to make an emergency order to protect any species on the List of Wildlife Species at Risk, whether or not it is an aquatic or Protected Migratory Bird species and regardless of its range.

Il peut y désigner tout habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce en cause dans l'aire visée par le décret. Avant de faire sa recommandation, le ministre compétent doit avoir consulté « tout autre ministre compétent ». Cet « autre ministre compétent », sera, selon le cas, le ministre responsable de l'Agence Parcs Canada, le ministre des Pêches et Océans ou le Ministre.

[81] Lorsqu'il estime qu'une espèce « est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement », le Ministre est par ailleurs tenu, aux termes du paragraphe 80(2) de la Loi, de recommander au gouverneur en conseil la prise d'un décret d'urgence.

[82] Suivant les alinéas 80(4)a), (b) et le sous-alinéa 80(4)c)(i), ce type de décret peut être pris pour la protection d'une espèce aquatique, d'une espèce d'Oiseaux Migrateurs Protégés ou encore de toute autre espèce inscrite à la Liste des espèces en péril se trouvant sur le territoire domanial, la zone économique exclusive ou le plateau continental du Canada.

[83] Lorsqu'un décret d'urgence est pris en vertu de l'un ou l'autre de ces alinéas et sous-alinéas, il peut prévoir trois choses : i) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce en question dans l'aire d'application du décret; imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat; et iii) comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce ou à l'habitat visés.

[84] Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) permet pour sa part au gouverneur en conseil de prendre un décret d'urgence pour la protection de toute espèce inscrite à la Liste des espèces en péril, quelle qu'elle soit, se trouvant ailleurs que sur le territoire domanial, la zone économique exclusive ou le plateau continental du Canada. En d'autres termes, cette disposition habilite le gouverneur en conseil à prendre un décret d'urgence pour la protection de toute espèce inscrite à la Liste des espèces en péril, qu'elle soit ou non une espèce aquatique ou un Oiseau Migrateur Protégé et quel que soit son aire de répartition.

[85] Like an order made under paragraphs 80(4)(a), (b) and subparagraph 84(4)(c)(i), an order made under subparagraph 80(4)(c)(ii) may identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates and include provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat. However, it may not include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat.

[86] Section 80, in its entirety, reads as follows :

Emergency order

80 (1) The Governor in Council may, on the recommendation of the competent minister, make an emergency order to provide for the protection of a listed wildlife species.

Obligation to make recommendation

(2) The competent minister must make the recommendation if he or she is of the opinion that the species faces imminent threats to its survival or recovery.

Consultation

(3) Before making a recommendation, the competent minister must consult every other competent minister.

Contents

(4) The emergency order may

- (a)** in the case of an aquatic species,
 - (i)** identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and
 - (ii)** include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat;
- (b)** in the case of a species that is a species of migratory birds protected by the *Migratory Birds Convention Act, 1994*,
 - (i)** on federal land or in the exclusive economic zone of Canada,

[85] Tout comme celui pris en vertu des alinéas 80(4)a), et b) et du sous-alinéa 80(4)c)(i), un décret pris en vertu du sous-alinéa 80(4)c)(ii) peut désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce en question dans l'aire d'application du décret et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à ceux-ci. Toutefois, il ne peut imposer de mesures de protection de l'espèce et de l'habitat.

[86] L'article 80, en son entièreté, se lit comme suit :

Décrets d'urgence

80 (1) Sur recommandation du ministre compétent, le gouverneur en conseil peut prendre un décret d'urgence visant la protection d'une espèce sauvage inscrite.

Recommandation obligatoire

(2) Le ministre compétent est tenu de faire la recommandation s'il estime que l'espèce est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement.

Consultation

(3) Avant de faire la recommandation, il consulte tout autre ministre compétent.

Contenu du décret

(4) Le décret peut :

- a)** dans le cas d'une espèce aquatique :
 - (i)** désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,
 - (ii)** imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire;
- b)** dans le cas d'une espèce d'oiseau migrateur protégée par la *Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs* se trouvant :
 - (i)** sur le territoire domanial ou dans la zone économique exclusive du Canada :

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat, and

(ii) on land other than land referred to in subparagraph (i),

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions requiring the doing of things that protect the species and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat; and

(c) with respect to any other species,

(i) on federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada,

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions requiring the doing of things that protect the species and that habitat and provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat, and

(ii) on land other than land referred to in subparagraph (i),

(A) identify habitat that is necessary for the survival or recovery of the species in the area to which the emergency order relates, and

(B) include provisions prohibiting activities that may adversely affect the species and that habitat.

Exemption

(5) An emergency order is exempt from the application of section 3 of the *Statutory Instruments Act*.

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire,

(ii) ailleurs que sur le territoire visé au sous-alinéa (i) :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat;

c) dans le cas de toute autre espèce se trouvant :

(i) sur le territoire domanial, dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental du Canada :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) imposer des mesures de protection de l'espèce et de cet habitat, et comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de leur nuire,

(ii) ailleurs que sur le territoire visé au sous-alinéa (i) :

(A) désigner l'habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l'espèce dans l'aire visée par le décret,

(B) comporter des dispositions interdisant les activités susceptibles de nuire à l'espèce et à cet habitat.

Exclusion

(5) Les décrets d'urgence sont soustraits à l'application de l'article 3 de la Loi sur les textes réglementaires.

[87] According to paragraph 97(1)(b) of the Act, every person who contravenes a provision of an emergency order under section 80 and prescribed by this order commits an offence punishable in the same way as the offence committed in subsections 32(1) or (2), in section 33 or in subsections 36(1), 58(1), 60(1) or 61(1) of the Act. Under subsection 97(2), the emergency order may prescribe which of its provisions may give rise to an offence.

[88] The exception system set out in section 83 of the Act, that is, the same, as we saw, that applies to both groups of prohibitions established by the Act, also applies to the emergency orders made under section 80, including subparagraph 80(4)(c)(ii).

[89] Finally, the Act does not specify the duration of an emergency order made under its authority. However, it specifies in section 82 that the competent minister must make a recommendation to the Governor in Council that the emergency order be repealed if the competent minister is of the opinion that the species to which the order relates “would no longer face imminent threats to its survival or recovery even if the order were repealed.”

(4) Groupe Candiac’s position

[90] Groupe Candiac does not dispute the Act in its entirety. Apart from subparagraph 80(4)(c)(ii), it submits that the Act is perfectly in line with the division of powers in the CA 1867. That is because, according to the applicant, the Act first and foremost protects wildlife species—aquatic species and Protected Migratory Birds—and spaces—federal land—and there is no question about how it relates to the legislative authority of Parliament.

[91] Moreover, it goes on to say that the Act is based on the explicit recognition that responsibility for the conservation of wildlife in Canada is “shared among the governments in this country” and that “it is important for them to work cooperatively to pursue the establishment of complementary legislation and programs for the protection and recovery of species at risk in Canada” (Act, Preamble). In other words, the Act reflects this

[87] Suivant l’alinéa 97(1)b) de la Loi, quiconque contrevient à toute disposition d’un décret d’urgence pris en vertu de l’article 80 et précisée par ce décret commet, lui aussi, une infraction punissable de la même manière que l’infraction commise aux paragraphes 32(1) ou (2), à l’article 33 ou aux paragraphes 36(1), 58(1) 60(1) ou 61(1) de la Loi. Le décret d’urgence, suivant le paragraphe 97(2), peut préciser lesquelles de ces dispositions créent une infraction.

[88] Le régime d’exemptions prévu à l’article 83 de la Loi, soit le même, comme nous l’avons vu, qui s’applique aux deux groupes d’interdictions institués par la Loi, s’applique aussi aux décrets d’urgence émis aux termes de l’article 80, y compris du sous-alinéa 80(4)c)(ii).

[89] Enfin, la Loi ne précise pas la durée d’un décret d’urgence pris sous son autorité. Toutefois, elle prévoit, à l’article 82, que le ministre compétent est tenu de recommander son abrogation au gouverneur en conseil lorsqu’il estime que l’espèce sauvage visée « ne serait plus exposée à des menaces imminentes pour sa survie et son rétablissement si le décret était abrogé ».

4) La position de Groupe Candiac

[90] Groupe Candia ne conteste pas la Loi dans son ensemble. Sauf pour le sous-alinéa 80(4)c)(ii), il soutient en effet que la Loi est en parfaite harmonie avec le partage des compétences opéré par la LC 1867. Il en est ainsi, selon lui, parce que la Loi vient protéger d’abord et avant tout des espèces sauvages — les espèces aquatiques et les Oiseaux Migrateurs Protégés — et des espaces — les terres domaniales — dont le rattachement aux compétences législatives du Parlement ne fait aucun doute.

[91] D’ailleurs, poursuit-il, la Loi est bâtie sur la reconnaissance explicite que la conservation des espèces sauvages au Canada est une « responsabilité partagée par les gouvernements du pays » et que la collaboration entre eux « est importante en vue d’établir des lois et des programmes complémentaires pouvant assurer la protection et le rétablissement des espèces en péril au Canada » (Loi, préambule). En d’autres termes, la Loi reflèterait

recognition by playing, in the protection and recovery of species at risk in Canada, a complementary role to the one played by the provinces, specifically a role limited to the species and areas under federal jurisdiction.

[92] Subparagraph 80(4)(c)(ii), according to Groupe Candiac, stands out by offering a “safety net” allowing emergency intervention when a species at risk and area not under federal jurisdiction is facing an imminent threat. By giving the Governor in Council the authority to act as the ultimate protector of species at risk in Canada, all species and all areas combined, it takes away, for all intents and purposes, the provinces’ power to play their role with respect to species at risk that are neither aquatic species nor Protected Migratory Birds and are located in areas under their jurisdiction. As evidence of this, it points to the certificate obtained from the Minister of Sustainable Development, Environment and the Fight against Climate Change under the Quebec legislation on the environment, which authorized it to proceed with the development work on lands included in the area to which the Emergency Order relates, and which, according to the applicant, became invalid after the Order was made.

[93] The pith and substance of subparagraph 80(4)(c)(ii) is to allow the Government of Canada to impose, under certain circumstances deemed urgent, standards of conduct to ensure, on provincial territory, the protection of species at risk other than the species under its jurisdiction.

[94] However, Groupe Candiac contends that, in pith and substance, subparagraph 80(4)(c)(ii) does not fall under any of the heads of power attributed to Parliament by the CA 1867. In particular, it is of the view that this provision does not satisfy the jurisprudential markers of a valid provision of criminal law, because it is purely regulatory in nature. In this way, it differs from the provisions in the *Canadian Environmental Protection Act* that were in issue in *Hydro-Québec* (R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 16, version) (CEPA), [now repealed by S.C. 1999,

cette reconnaissance en jouant, dans la protection et le rétablissement des espèces en péril au Canada, un rôle complémentaire à celui joué par les provinces, soit un rôle limité aux espèces et espaces relevant de la compétence fédérale.

[92] Le sous-alinéa 80(4)c)(ii), selon Groupe Candiac, ferait ainsi cavalier seul en offrant un « filet de sécurité » permettant une intervention d’urgence, lorsqu’il y a menace imminente, à l’égard d’espèces en péril et d’espaces qui ne sont pas de juridiction fédérale. En habilitant de cette façon le gouverneur en conseil à se poser en quelque sorte en gardien ultime de la protection des espèces en périls au Canada, toutes espèces et tous espaces confondus, il viendrait ainsi usurper, à toutes fins utiles, le pouvoir des provinces de jouer leur rôle à cet égard à l’endroit des espèces en périls qui ne sont ni des espèces aquatiques, ni des Oiseaux Migrateurs Protégés et qui sont situées dans des espaces relevant de leur juridiction. Il en veut pour preuve le certificat obtenu du ministère québécois du Développement durable, de l’Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques aux termes de la législation québécoise sur l’environnement qui l’autorisait à procéder aux travaux de développement de ses terrains compris dans l’aire d’application du Décret d’urgence, lequel certificat est devenu, soutient-il, sans objet en raison de la prise dudit Décret.

[93] Le caractère véritable du sous-alinéa 80(4)c)(ii) serait donc de permettre au gouvernement du Canada d’imposer, dans certaines circonstances jugées urgentes, des normes de conduite visant à assurer, sur le territoire des provinces, la protection d’espèces en péril autres que les espèces relevant de sa compétence.

[94] Or, soutient Groupe Candiac, de par son caractère véritable, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) ne relève d’aucun chef de compétence attribué au Parlement par la LC 1867. En particulier, il estime que cette disposition ne satisfait pas aux indicateurs jurisprudentiels d’une disposition valide de droit criminel puisqu’elle serait de nature purement réglementaire. En cela, elle se distinguerait des dispositions de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement* qui étaient en cause dans l’arrêt *Hydro-Québec* (version L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 16

c. 33, s. 355] of which the Supreme Court of Canada confirmed the constitutional validity as valid measures of criminal law.

[95] This is the case because rather than making general prohibitions that apply to the whole country, accompanied by regulatory exemptions, Parliament chose to implement, with the combined effect of subparagraph 80(4)(c)(ii) and section 83, a system authorizing the executive branch to impose in a discretionary manner, in a designated area, prohibitions with sanctions from which exemptions based on agreements, permits, licences or orders are possible, the content of which is again left to the discretion of the executive branch. Moreover, the technique used puts the alleged offence in the superintending and reforming power of the courts from an administrative law standpoint, a situation that is in conflict with the rule that the legality of provisions creating criminal offences can be assessed only with respect to the CA 1867 or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter).

[96] Groupe Candiac adds that subparagraph 80(4)(c)(ii) was not adopted to suppress an evil or counter a feared injury, as required by the validity flags of a measure of criminal law, but strictly in the interest of efficiency or consistency in the application of standards that the Government of Canada wishes to implement across the country to protect species at risk. Therefore, subparagraph 80(4)(c)(ii) has a “colourable purpose” under which Parliament wrongfully interferes in the provinces’ jurisdiction.

[97] Moreover, according to Groupe Candiac, Parliament’s jurisdiction over peace, order and good government does not justify the adoption of subparagraph 80(4)(c)(ii). Justified, according to the Attorney General, under the national dimensions doctrine, one of the two parts of this authority, its purpose—to ensure the protection, on an emergency basis, of a species at risk under the jurisdiction of the provinces, but facing imminent threats to its survival or recovery—does not, in the opinion of Groupe Candiac, have the indivisibility,

[maintenant abrogée par L.C. 1999, ch. 33, art. 355]) (LCPE) et dont la Cour suprême du Canada a confirmé la validité constitutionnelle en tant que mesures valides de droit criminel.

[95] Il en serait ainsi parce que plutôt que de procéder par voie d’interdictions générales applicables à l’ensemble du pays, accompagnées d’exemptions réglementaires, le Parlement a choisi de mettre en place, par l’effet combiné du sous-alinéa 80(4)c)(ii) et de l’article 83, un régime permettant à l’Exécutif d’imposer de manière discrétionnaire, sur un territoire désigné, des interdictions assorties de sanctions desquelles il est permis d’être exempté sur la base d’accords, permis, licences ou arrêtés dont le contenu est encore une fois laissé à la discrétion de l’Exécutif. De surcroît, la technique utilisée assujettirait l’infraction reprochée au pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux sur le plan du droit administratif, une situation antinomique à la règle voulant que la légalité des dispositions créant des infractions criminelles ne puisse s’apprécier qu’en regard de la LC 1867 ou de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

[96] Groupe Candiac ajoute que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) n’aurait pas été adopté pour réprimer un mal ou contrer un préjudice appréhendé, comme le requiert les indicateurs de validité d’une mesure de droit criminel, mais strictement par souci d’efficacité ou d’uniformité dans l’application des normes que le gouvernement du Canada souhaite mettre en place à l’échelle du pays pour protéger les espèces en péril. Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) aurait ainsi un objet « déguisé » sous le couvert duquel le Parlement s’immiscerait sans droit dans les champs de compétence des provinces.

[97] Par ailleurs, la compétence du Parlement en matière de paix, ordre et bon gouvernement ne saurait davantage, selon Groupe Candiac, justifier l’adoption du sous-alinéa 80(4)c)(ii). Justifié, suivant le procureur général, sous l’égide de la théorie des dimensions nationales, l’une des deux composantes de cette compétence, son objet — assurer la protection, sur une base urgente, d’une espèce en péril relevant de la compétence des provinces, mais exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement — n’aurait, de l’avis

singleness or particularity required to be clearly distinguishable from matters of provincial interest in this area. In this regard, Groupe Candiac notes that Parliament itself recognized that the conservation of wildlife species in Canada was, on the contrary, “shared among the governments in this country”

[98] Moreover, there were no gaps to be filled in the province’s powers in that area, as shown by the various measures, legislation and so on adopted by Quebec to protect species at risk on its territory, including the Western Chorus Frog. Regardless, Groupe Candiac argues that if the national dimensions doctrine were to apply to the protection of species at risk, it would apply only to cross-border wildlife species, which is clearly not the case for the Western Chorus Frog, which never travels more than 300 metres on average from its breeding ground throughout its life.

(5) Subparagraph 80(4)(c)(ii) is a valid measure of criminal law

(a) **The criminal law power**

[99] Parliament has jurisdiction over criminal law according to subsection 91(27) of the CA 1867. This power is exclusive and plenary, and its reach has always been broadly defined; it is often said it is not “frozen in time” and that it “stands on its own” as federal jurisdiction. It is expressed not only in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, but also in a number of acts, including the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27; the *Tobacco Act*, S.C. 1997, c. 13; the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39; and the CEPA (*Firearms Reference*, at paragraphs 28–29; *Hydro-Québec*, at paragraphs 119–122).

[100] Thus, a law is considered to be under Parliament’s jurisdiction in this area when it stipulates a prohibition combined with a sanction and this prohibition is founded

de Groupe Candiac, ni l’indivisibilité, ni l’unicité, ni la particularité requises pour se démarquer clairement des matières d’intérêt provincial en ce domaine. Groupe Candiac rappelle à cet égard que le Parlement lui-même a reconnu que la conservation des espèces sauvages au Canada était, au contraire, « une responsabilité partagée par les gouvernements du pays ».

[98] Il n’y aurait par surcroît aucune lacune à combler dans les pouvoirs provinciaux en ce domaine, comme en font foi, notamment, les différentes mesures, législatives et autres, adoptées par le Québec pour protéger les espèces en périls sur son territoire, dont la rainette faux-grillon de l’Ouest. Quoi qu’il en soit, Groupe Candiac plaide que si la théorie des dimensions nationales devait trouver application dans le domaine de la protection des espèces en péril, elle ne pourrait s’appliquer qu’aux espèces sauvages transfrontalières, ce qui n’est manifestement pas le cas de la rainette faux-grillon de l’Ouest qui, sa vie durant, ne se déplacera pas, en moyenne, à plus de 300 mètres de son lieu de reproduction.

5) Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) est une mesure valide de droit criminel

a) **La compétence en matière de droit criminel**

[99] Le Parlement tient sa compétence en matière de droit criminel du paragraphe 91(27) de la LC 1867. Cette compétence est exclusive et plénière et sa portée a toujours été définie largement ; on dit souvent d’ailleurs qu’elle n’est pas « figé dans le temps » et qu’elle a une « place à part » comme chef de compétence fédérale. Elle s’exprime d’ailleurs non seulement dans le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, mais aussi dans une vaste gamme de lois, comme la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, la *Loi sur le tabac*, L.C. 1997, ch. 13, la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39 et la LCPE (*Renvoi sur les armes à feu*, aux paragraphes 28–29; *Hydro Québec*, aux paragraphes 119–122).

[100] C’est ainsi qu’une loi sera considérée comme relevant de la compétence du Parlement en cette matière lorsqu’elle stipule une interdiction assortie d’une

on a “legitimate public purpose”, associated with an “evil” that the legislature seeks to fight or suppress or with threatened interests that it seeks to safeguard (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (*RJR-MacDonald*), at paragraph 28). Public peace, order, security, health and morality are considered legitimate public purposes of criminal law. However, this list is not exhaustive. Environmental protection was added in recent years (*Hydro-Québec*, at paragraph 123). Groupe Candiac is not arguing that.

[101] Parliament’s plenary criminal law power has only one reservation with regard to the division of powers : it cannot be employed colourably. In other words, it cannot be used to “...colourably invade areas of exclusively provincial legislative competence” (*Hydro-Québec*, at paragraph 121, citing *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at page 237).

[102] Consequently, in this case, we must first determine if, in pith and substance, subparagraph 80(4)(c)(ii) has a legitimate public purpose in criminal law and, therefore, a purpose associated with the suppression of an “evil”. In my opinion, there is no doubt. We must then determine if it colourably invades areas of exclusively provincial legislative competence. In my view, it does not. Finally, we must determine whether the system of prohibitions established by subparagraph 80(4)(c)(ii) resembles a criminal law system. I am of the opinion that it does.

(b) Subparagraph 80(4)(c)(ii) has a legitimate public purpose of criminal law

[103] As we have seen, the pith and substance of subparagraph 80(4)(c)(ii) is, according to Groupe Candiac, to allow the Government of Canada to impose, under certain circumstances deemed urgent, standards of conduct to ensure, on provincial territory, the protection of species at risk other than the species under its jurisdiction.

sanction et que cette interdiction est fondée sur un « objectif public légitime », associé à un « mal » que le législateur cherche à combattre et à réprimer ou à des intérêts menacés qu’il cherche à protéger (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 (*RJR-MacDonald*), au paragraphe 28). La paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé et la moralité sont considérés comme les objectifs publics légitimes habituels du droit criminel. Toutefois, cette liste n’est pas exhaustive. La protection de l’environnement s’y est ajoutée au cours des dernières années (*Hydro-Québec*, au paragraphe 123). Groupe Candiac ne conteste pas cela.

[101] Le pouvoir plénier du Parlement en matière de droit criminel ne souffre que d’une seule réserve sur le plan du partage des compétences : il ne peut être utilisé de façon déguisée. En d’autres termes, il ne peut être utilisé de manière à « “[...] empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive” » (*Hydro Québec*, au paragraphe 121, citant *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la page 237).

[102] Il s’agit donc, ici, de déterminer d’abord, si, de par son caractère véritable, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) poursuit un objectif public légitime de droit criminel et, donc, un objectif associé à la répression d’un « mal ». À mon avis, cela ne fait aucun doute. Il s’agira ensuite de déterminer s’il empiète spécieusement sur des domaines de compétences législatives provinciales exclusives. À mon avis, il ne le fait pas. Enfin, il faudra décider si le régime d’interdictions établi par le sous-alinéa 80(4)c)(ii) possède les attributs de forme d’un régime de droit criminel. Selon moi, c’est le cas.

b) Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) poursuit un objectif public légitime de droit criminel

[103] Comme on l’a vu, le caractère véritable du sous-alinéa 80(4)c)(ii) serait, selon Groupe Candiac, de permettre au gouvernement du Canada d’imposer, dans certaines circonstances jugées urgentes, des normes de conduite visant à assurer, sur le territoire des provinces, la protection d’espèces en péril autres que les espèces relevant de sa compétence.

[104] According to the Attorney General, it is, by virtue of the purpose and the legal and practical effects of subparagraph 80(4)(c)(ii), to give the Governor in Council emergency intervention authority when a species at risk is about to suffer harm that will compromise its survival or recovery. This is reflected in the Preamble of the Act and serves, as affirmed by the main protagonists of the Act before Parliament, as a “safety net” when the citizen, provincial or territorial measures already in place do not protect a species from an imminent threat to its survival. This emergency power has two parts, namely the identification of the habitat that is necessary for the survival or the recovery of the species and the prohibition, on pain of sanctions, of activities that expose this species to imminent threats against its survival or recovery. The purpose and ultimate legal and practical effect are to obtain immediate protection of the species to prevent, in the words of Justice Martineau in *Centre québécois du droit de l’environnement*, its “brutal and sudden” disappearance (*Centre québécois du droit de l’environnement*, at paragraph 78).

[105] I prefer this characterization. I would add the following. Given the necessity of acting quickly in the event of an imminent threat, subparagraph 80(4)(c)(ii) authorizes making an order without having to make consultations and sticking to the formalities necessary in cases where, under sections 34 and 61 of the Act, one of the two groups of prohibitions under the Act must be applied for a species other than an aquatic species or Protected Migratory Bird, and in an area other than on federal lands.

[106] Thus, like section 35 of the CEPA, which *Hydro-Québec* considered and which allowed an interim order to be made to deal with a significant danger to the environment, subparagraph 80(4)(c)(ii) is ancillary to the system of prohibitions established by the Act and, also like section 35, it makes it possible to circumvent the ordinary rules of this system when immediate action is required (*Hydro-Québec*, at paragraph 155).

[104] Selon le procureur général, il serait, de par l’objet et les effets juridiques et pratiques du sous-alinéa 80(4)c(ii), de doter le gouverneur en conseil d’un pouvoir d’intervention d’urgence lorsqu’une espèce en péril est sur le point de subir un préjudice qui compromettra sa survie ou son rétablissement. Il refléterait ainsi le préambule de la Loi et servirait, comme l’ont affirmé les principaux protagonistes de la Loi devant le Parlement, de « filet de sécurité » là où les mesures déjà en place, qu’elles soient citoyennes, provinciales ou territoriales, ne permettent pas de contrer une menace imminente susceptible d’être fatale à l’avenir de l’espèce. Ce pouvoir d’urgence aurait deux composantes, à savoir l’identification de l’habitat qui est nécessaire à la survie ou au rétablissement de l’espèce en cause et l’interdiction, sous peine de sanctions, des activités exposant cette espèce à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement. L’objectif et l’effet juridique et pratique ultimes seraient ainsi de procurer une protection immédiate à l’espèce de manière à prévenir, pour emprunter les propos du juge Martineau dans la décision *Centre québécois du droit de l’environnement*, sa disparition « d’une façon brutale et soudaine » (*Centre québécois du droit de l’environnement*, au paragraphe 78).

[105] Je préfère cette caractérisation. J’ajouterais ceci. Vu la nécessité d’agir d’urgence, dans la mesure où la menace est imminente, le sous-alinéa 80(4)c(ii) autorise la prise d’un décret sans qu’il ne soit nécessaire de procéder aux consultations et de s’astreindre aux formalités qui s’imposent lorsqu’il s’agit, via les articles 34 et 61 de la Loi, de rendre applicables dans une province l’un ou l’autre des deux groupes d’interdictions prévus à la Loi à une espèce autre qu’une espèce aquatique ou qu’un Oiseau Migrateur Protégé, et dans un endroit autre que le territoire domanial.

[106] En cela, comme l’était l’article 35 de la LCPE considéré dans l’arrêt *Hydro-Québec*, lequel permettait la prise d’un arrêté d’urgence de manière à parer à tout danger appréciable pour l’environnement, le sous-alinéa 80(4)c(ii) est accessoire au régime d’interdictions mis en place par la Loi et, comme c’était aussi le cas de l’article 35, il permet de contourner les dispositions ordinaires dudit régime dans les cas où une intervention immédiate est requise (*Hydro-Québec*, au paragraphe 155).

[107] Now, does subparagraph 80(4)(c)(ii) intend to suppress an “evil” within the meaning of the criminal law? As the Supreme Court of Canada case law teaches, Parliament has discretion, in exercising its criminal law power, “to determine what evil it wishes by penal prohibition to suppress and what threatened interest it thereby wishes to safeguard” (*Hydro-Québec*, at paragraph 119).

[108] In this case, Groupe Candiac argues that there is no evil to suppress. It maintains that, as was the case for the provisions struck down in *Assisted Human Reproduction Reference*, subparagraph 80(4)(c)(ii) is motivated first and foremost by a concern for efficiency and consistency in the application of standards that the Government of Canada wishes to establish for the protection of wildlife species in Canada, no matter what species it is or where its population resides in Canada. Thus, from the moment it deems that a particular wildlife species is not sufficiently protected by a province, this provision allows the Government of Canada to apply the Act to wildlife species under “provincial jurisdiction”. However, Groupe Candiac argues that ensuring the desired efficiency and consistency, even for wildlife species under “provincial jurisdiction”, by exercising the criminal law power, colourably invades the jurisdiction of the provinces.

[109] I disagree.

[110] For one thing, I believe that subparagraph 80(4)(c)(ii) is intended to suppress an “evil”. I have difficulty in understanding how the release of toxic substances into the environment, caused by human activity, can properly constitute a source of legitimate criminal concern, but not an imminent threat, caused by human activity, to the survival or recovery of a species at risk, which, like all other species, is essential to maintaining life-sustaining systems of the biosphere, the depletion of which, by human activity, no longer needs to be demonstrated, nor does the impact of this depletion on the quality of the environment.

[107] Maintenant, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) cherche-t-il à réprimer un « mal » au sens du droit criminel? Comme l’enseigne la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, le Parlement dispose de toute la discrétion voulue, dans l’exercice de sa compétence en matière de droit criminel, pour « décider quel mal il désire supprimer au moyen d’une interdiction pénale et quel intérêt menacé il souhaite ainsi sauvegarder » (*Hydro Québec*, au paragraphe 119).

[108] Ici, Groupe Candiac prétend qu’il n’y a pas de mal à réprimer. Il soutient que, comme c’était le cas des dispositions invalidées dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) est animé d’abord et avant tout par un souci d’efficacité et d’uniformité dans l’application des normes que le gouvernement du Canada souhaite mettre en place pour la protection des espèces sauvages au Canada, quelle que soit l’espèce et quel que soit l’endroit où sa population se trouve sur le territoire canadien. Ainsi, du moment qu’il juge qu’une espèce sauvage donnée n’est pas suffisamment protégée par une province, cette disposition permettrait au gouvernement du Canada de rendre la Loi applicable aux espèces sauvages de « juridiction provinciale ». Or, assurer l’efficacité et l’uniformité souhaitée, même à l’égard des espèces sauvages de « juridiction provinciale », en ayant recours à la compétence en matière de droit criminel, revient, plaide Groupe Candiac, à envahir de façon déguisée les champs de compétence des provinces.

[109] Je ne suis pas d’accord.

[110] D’une part, j’estime que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) vise à réprimer un « mal ». J’ai de la difficulté à voir comment le rejet, du fait de l’activité humaine, de substances toxiques dans l’environnement peut à bon droit constituer une source de préoccupation légitime de droit criminel, mais non l’imminence, du fait de l’activité humaine, d’une situation qui menace la survie même ou le rétablissement d’une espèce en péril, laquelle, comme toutes les autres, est essentielle à la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère dont l’appauvrissement, du fait de l’activité humaine, n’est maintenant plus à démontrer tout comme n’est plus à démontrer l’impact de cet appauvrissement sur la qualité de l’environnement.

[111] This is, according to a very large consensus reached by nearly every nation on the planet in the very recent Convention on Biodiversity, a “common concern of humankind”, a new paradigm, as it were, in how we think about the environment and its preservation for this generation of human beings and the next.

[112] I reiterate that, based on the evidence in the record, most of the biodiversity indicators, on a global scale, are showing a marked decline with no sign of a slowdown. This is primarily the result of human activity that, for the first time in human history, is the main cause of the period of mass extinction that we are currently experiencing, the sixth since the origin of life on Earth. Notably, the extinction rates of wildlife species are currently one thousand times higher than in the past. Canada is no exception. Of the 976 species listed by COSEWIC in the fall of 2016, 15 have become extinct, 23 are extirpated, 320 are endangered, 172 are threatened, and 209 are of special concern (Scientific expert report on the protection of species and their habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, respondent’s record, Volume 4, at pages 1255–1256).

[113] Moreover, loss of habitat is generally considered the main cause of biodiversity loss for terrestrial species globally. It is the leading cause for amphibians (Scientific expert report on the protection of species and their habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, respondent’s record, Volume 4, at page 1258). According to this report, the impact of biodiversity loss is as follows :

[TRANSLATION] Biodiversity loss alters how ecosystems function and makes ecosystems less resilient to environmental changes, including climate change. Biodiversity acts as an independent factor that directly controls many important ecosystem functions, such as nutrient recycling, water filtration, oxygen production or carbon sequestration. Biodiversity loss diminishes

[111] Voilà, selon le très large consensus dégagé par la quasi-totalité des nations de ce monde dans la somme toute récente Convention sur la biodiversité, une préoccupation « commune à l’humanité », un nouveau paradigme, en quelque sorte, dans la façon de concevoir l’environnement et sa préservation dans l’intérêt de la présente génération d’êtres humains et, surtout, des générations futures.

[112] Je rappelle que suivant la preuve au dossier, la plupart des indicateurs de biodiversité, à l’échelle de la planète, montrent des signes de déclin marqué sans aucun signe de ralentissement. Cela serait principalement le résultat de l’activité humaine qui, pour la première fois dans l’histoire de l’humanité, serait ainsi la cause principale de la période d’extinction de masse que l’on observe actuellement, la sixième depuis l’origine de la vie sur Terre. Notamment, les taux d’extinction des espèces sauvages seraient aujourd’hui mille fois plus élevés que par le passé. Le Canada n’y échappe pas. Des 976 espèces recensées par le COSEPAC à l’automne 2016, 15 sont disparues, 23 sont disparues du pays, 320 sont en voie de disparition, 172 sont menacées et 209 sont préoccupantes (Rapport d’expert scientifique concernant la protection des espèces et de leurs habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, dossier du défendeur, vol 4, aux pages 1255–1256).

[113] D’ailleurs, la perte d’habitat est généralement considérée comme la principale cause de perte de biodiversité pour les espèces terrestres globalement. Dans le cas des amphibiens, ce serait là la cause majeure (Rapport d’expert scientifique concernant la protection des espèces et de leurs habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, dossier du défendeur, vol 4, à la page 1258). Selon ce rapport, les conséquences de la perte de biodiversité seraient les suivantes :

La perte de biodiversité altère le fonctionnement des écosystèmes et rend les écosystèmes moins résilients aux changements environnementaux, incluant les changements climatiques. La biodiversité agit comme facteur indépendant qui contrôle directement plusieurs fonctions écosystémiques importantes, comme par exemple le recyclage des nutriments, la filtration de l’eau, la production d’oxygène, ou la séquestration du carbone. Les pertes de

ecosystem functions and thereby reduces the quality of the environment.

(Scientific expert report on the protection of species and their habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, respondent's record, Volume 4, at page 1259.)

[114] In my opinion, subparagraph 80(4)(c)(ii) follows the same logic of protection of the environment, which is a legitimate public purpose of criminal law, as the system for regulating the release of toxic substances in the environment, determined in *Hydro-Québec*, as having been validly enacted under Parliament's criminal law power. In both cases, the intent was to suppress conduct likely to diminish the quality of the environment. As was the case in the system in question in *Hydro-Québec*, in this case, I believe, there is a real link between the harm feared and the evil to be suppressed, namely between the sudden and brutal disappearance of a species at risk contributing to the preservation of biodiversity and our ecosystems and the reduction of the quality of the environment caused by human activity, which is now a universal concern shared by nearly every nation on the planet.

[115] As noted by the majority in *Hydro-Québec*, it would be surprising if Parliament could not use its plenary criminal law powers to protect the environment and suppress the evils associated with it [*Hydro-Québec*, at paragraphs 123–125]:

... But I entertain no doubt that the protection of a clean environment is a public purpose within Rand J.'s formulation in the *Margarine Reference*, cited *supra*, sufficient to support a criminal prohibition. It is surely an "interest threatened" which Parliament can legitimately "safeguard", or to put it another way, pollution is an "evil" that Parliament can legitimately seek to suppress. Indeed, as I indicated at the outset of these reasons, it is a public purpose of superordinate importance; it constitutes one of the major challenges of our time. It would be surprising indeed if Parliament could not exercise its plenary power over criminal law to protect this interest and to suppress the evils associated with it by appropriate penal prohibitions.

biodiversité diminuent les fonctions écosystémiques et, donc, amoindrissent la qualité de l'environnement.

(Rapport d'expert scientifique concernant la protection des espèces et de leurs habitats, Gabriel Blouin-Demers, PhD, dossier du défendeur, vol. 4, à la page 1259.)

[114] Le sous-alinéa 80(4)c)(ii) s'inscrit, selon moi, dans la même logique de protection de l'environnement, un objectif public légitime de droit criminel faut-il le rappeler, que le régime de régulation du rejet des substances toxiques dans l'environnement, jugé, dans l'arrêt *Hydro Québec*, comme ayant été validement adopté en vertu de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. On cherche ultimement, dans les deux cas, à réprimer des conduites susceptibles d'amoindrir la qualité de l'environnement. Comme c'était le cas du régime en cause dans l'arrêt *Hydro Québec*, il y a ici, à mon sens, un lien réel entre le préjudice appréhendé et le mal à réprimer, soit entre la disparition brutale et soudaine d'une espèce en péril contribuant à la préservation de la biodiversité et de nos écosystèmes et l'amoindrissement, du fait de l'activité humaine, de la qualité de l'environnement, maintenant une préoccupation universelle partagée par la quasi-totalité des nations du monde.

[115] Comme l'ont souligné les juges majoritaires dans *Hydro-Québec*, il serait surprenant que le Parlement ne puisse utiliser ses pouvoirs pléniers en matière de droit criminel pour protéger l'environnement et supprimer les maux qui y sont associés [*Hydro-Québec*, aux paragraphes 123 à 125] :

[...] Mais je ne doute nullement que la protection d'un environnement propre est un objectif public, au sens de ce qu'a exprimé le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, qui est suffisant pour justifier une interdiction criminelle. C'est sûrement un [TRADUCTION] « intérêt menacé » que le Parlement peut légitimement « sauvegarder » ou, en d'autres mots, la pollution est un « mal » que le Parlement peut légitimement chercher à supprimer. En fait, comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, c'est un objectif public d'une importance supérieure; il constitue l'un des principaux défis de notre époque. Il serait, en effet, surprenant que le Parlement ne puisse pas exercer son plein pouvoir en matière de droit criminel pour protéger cet intérêt et supprimer les maux qui lui sont associés au moyen d'interdictions pénales appropriées.

This approach is entirely consistent with the recent pronouncement of this Court in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, where Gonthier J., speaking for the majority, had this to say, at para. 55 :

It is clear that over the past two decades, citizens have become acutely aware of the importance of environmental protection, and of the fact that penal consequences may flow from conduct which harms the environment.... Everyone is aware that individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment. I would agree with the Law Reform Commission of Canada, *Crimes Against the Environment*, supra, which concluded at p. 8 that :

... a fundamental and widely shared value is indeed seriously contravened by some environmental pollution, a value which we will refer to as the *right to a safe environment*.

To some extent, this right and value appears to be new and emerging, but in part because it is an extension of existing and very traditional rights and values already protected by criminal law, its presence and shape even now are largely discernible. Among the new strands of this fundamental value are, it may be argued, those such as *quality of life*, and *stewardship* of the natural environment. At the same time, traditional values as well have simply expanded and evolved to include the environment now as an area and interest of direct and primary concern. Among these values fundamental to the purposes and protections of criminal law are the *sanctity of life*, the *inviolability and integrity of persons*, and the *protection of human life and health*. It is increasingly understood that certain forms and degrees of environmental pollution can directly or indirectly, sooner or later, seriously harm or endanger human life and human health.

Not only has environmental protection emerged as a fundamental value in Canadian society, but this has also been recognized in legislative provisions such as s. 13(1)(a) EPA.

It is worthy of note that following Working Paper 44 (1985), from which Gonthier J. cites, the Law Reform Commission of Canada in a subsequent report to Parliament (*Recodifying Criminal Law*,

Ce point de vue est en totale harmonie avec l'arrêt récent de notre Cour *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, où le juge Gonthier affirme au nom des juges majoritaires, au par. 55 :

Il est clair qu'au cours des deux dernières décennies, les citoyens se sont fortement sensibilisés à l'importance d'assurer la protection de l'environnement et au fait que des conséquences pénales peuvent découler d'une conduite qui nuit à l'environnement. [...] Nous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l'environnement naturel. J'abonde dans le sens de la Commission de réforme du droit du Canada qui, dans son document *Les crimes contre l'environnement*, op. cit., a conclu, à la p. 10 :

... certains faits de pollution représentent effectivement la violation d'une valeur fondamentale et largement reconnue, valeur que nous appellerons le *droit à un environnement sûr*.

Cette valeur paraît relativement nouvelle, encore que dans la mesure où elle s'inscrit dans le prolongement d'un ensemble traditionnel et bien établi de droits et de valeurs déjà protégés par le droit pénal, son existence et ses modalités soient facilement perceptibles. Parmi les nouvelles composantes de cette valeur fondamentale, on peut sans doute compter la *qualité de la vie* et la *responsabilité* de l'être humain envers l'environnement naturel. D'autre part, les valeurs plus traditionnelles ont simplement évolué et pris une certaine ampleur pour embrasser l'environnement à titre de sujet d'intérêt et de préoccupation en soi. Font partie des valeurs fondamentales qui sous-tendent les objets et les mécanismes de protection du droit pénal, le *caractère sacré de la vie*, l'*inviolabilité et l'intégrité de la personne* et la *protection de la vie et de la santé humaines*. L'on s'entend de plus en plus pour dire que la pollution de l'environnement, sous certaines formes et à certains degrés, peut, directement ou indirectement, à court ou à long terme, être gravement dommageable ou dangereuse pour la vie et la santé humaines.

Non seulement la protection de l'environnement est-elle devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne, mais ce fait est maintenant reconnu dans des dispositions législatives telles que l'al. 13(1)a) LPE.

Il est à noter que, à la suite du document de travail 44 (1985), dont le juge Gonthier cite un passage, la Commission de réforme du droit du Canada a, dans un rapport ultérieur au Parlement (*Pour une nouvelle*

Report 31 (1987)), noted its view of the desirability of using the criminal law to underline the value of respect for the environment itself.

[Italics in original; underlining added.]

[116] Moreover, these judges did not hesitate to make stewardship of the environment a fundamental societal value and recognize that the criminal law “must be able to keep pace with and protect our emerging values” (*Hydro-Québec*, at paragraph 127). This stewardship does not stop with regulating the release of toxic substances into the environment; it also extends to countering the biodiversity loss resulting from human activity, because it diminishes the quality of the environment.

[117] I also agree with the parallel drawn by Justice Martineau, in *Centre québécois du droit de l’environnement*, with regard to “philosophical and legal” considerations, between what underlies the criminalization of cruelty against animals and what underlies the protection of species at risk [at paragraphs 4–6]:

While this is not a case involving cruelty to animals, it must be understood that the protection of species at risk is premised on the same type of philosophical and legal considerations. The Honourable Antonio Lamer noted in 1978, as a Quebec Court of Appeal judge, that [TRANSLATION] “[w]ithin the hierarchy of our planet animals occupy a place which, if it does not give rights to animals, at least prompts us, as animals who claim to be rational beings, to impose on ourselves behaviour which will reflect in our relations with animals those virtues we seek to promote in our relations among humans... Thus humans, by the rule of s. 402(1)(a) [of the *Criminal Code*], do not renounce the right given to them by their position as supreme creatures to put animals at their service to satisfy their needs, but impose on themselves a rule of civilization by which they renounce, condemn and repress all infliction of pain, suffering or injury on animals which, while taking place in the pursuit of a legitimate purpose, is not justified by the choice of the means employed” (*R v Ménard*, [1978] JQ No 187 (QC CA), at paras 19 and 21).

Cruelty to animals is inflicted by exceptionally ill-intentioned individuals whose actions are severely

codification du droit pénal, rapport 31 (1987)), fait part de son opinion qu’il était souhaitable de mettre en relief par le droit criminel l’importance du respect de l’environnement lui-même.

[En italique dans l’original; je souligne.]

[116] D’ailleurs, ces juges n’ont pas hésité à hisser au statut de valeur sociétale fondamentale la responsabilité de l’être humain envers l’environnement et à reconnaître que le droit criminel « doit pouvoir s’adapter à nos nouvelles valeurs et les protéger » (*Hydro Québec*, au paragraphe 127). Cette responsabilité ne s’arrête pas à régir le rejet dans l’environnement de substances toxiques; elle s’étend aussi dorénavant à contrer, parce qu’elle appauvrit l’environnement, la perte de biodiversité résultant de l’activité humaine.

[117] Aussi, je fais mien le rapprochement fait par le juge Martineau, dans la décision *Centre québécois du droit de l’environnement*, sur le plan des considérations « d’ordre philosophique et juridique », entre ce qui soutient la criminalisation de la cruauté envers les animaux et ce qui anime la protection des espèces en péril [aux paragraphes 4–6]:

Bien qu’il ne s’agisse pas d’une affaire de cruauté envers les animaux, il faut comprendre que la protection des espèces en péril procède du même type de considérations d’ordre philosophique et juridique. L’honorable Antonio Lamer alors qu’il était juge de la Cour d’appel du Québec soulignait en 1978 que « [l’] animal occupe au sein de la hiérarchie de notre planète une place qui, si elle ne lui confère pas des droits, du moins nous incite, en tant qu’animaux qui se veulent raisonnables, à nous imposer à nous-mêmes un comportement qui reflètera dans nos rapports avec ceux-ci les vertus que l’on cherche à promouvoir dans nos rapports entre humains [...]. Ainsi, les hommes par la règle de l’art. 402(1)a [du *Code Criminel*] ne renoncent pas au droit que leur confère leur place de créature suprême de mettre l’animal à leur service pour satisfaire à leurs besoins, mais s’imposent une règle de civilisation par laquelle ils renoncent à, répriment et répriment toute infliction de douleurs, souffrances, ou de blessures aux animaux qui, tout en ayant lieu d’abord dans la poursuite d’une fin légitime, ne se justifie pas par le choix des moyens employés. » (*R c Ménard*, [1978] JQ no 187 (QC CA) aux paras 19 et 21).

La cruauté envers les animaux est le fait d’individus particulièrement mal intentionnés dont les actions sont

punished by society, and is a crime. Its suppression is therefore within the power of Parliament under subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3. But humans are also gregarious beings who themselves live in society in an environment inhabited by all kinds of animal and plant species. What happens when humans, as supreme creatures pursuing their civilizing mission, settle in places where, just yesterday, the American eastern cougar or the Prairie grizzly bear reigned supreme over vast areas of land with the wolverine feared by our forebears? And when human activity destroys in its wake the natural habitat of all these wildlife species—animals and varieties of plants—that cannot tolerate urban life or agriculture, to the point that their survival is threatened in the relatively short to medium term? Have we collectively imposed on ourselves a rule of civilization by which we must prevent the annihilation of individuals of a threatened wildlife species and the destruction of their natural habitat?

This does seem to be the case, for otherwise the *United Nations Convention on Biological Diversity*, June 5, 1992, 1760 UNTS 79 [CBD], which entered into force on December 29, 1993, would not have been ratified by 196 states parties, including Canada. The otherness between humans and animals, between owners and their property, between people and things without an owner, has given way to a universal legal concept whereby wildlife species and ecosystems are part of the world's heritage and it has become necessary to preserve the natural habitat of species at risk. The *Species at Risk Act*, SC 2002, c 29 [federal Act], which was assented to on December 12, 2002, is in fact intended to implement Canada's obligations under the CBD.

[118] Once again, it is entirely up to Parliament “to determine what evil it wishes by penal prohibition to suppress and what threatened interest it thereby wishes to safeguard” (*Hydro-Québec*, at paragraph 119). In light of the foregoing, there is no doubt in my mind that subparagraph 80(4)(c)(ii) seeks to suppress an “evil” as interpreted in the Supreme Court of Canada case law on Parliament's criminal law power.

(c) Subparagraphe 80(4)(c)(ii) does not colourably invade exclusively provincial heads of power

[119] Nevertheless, Groupe Candiac is urging me to conclude that subparagraph 80(4)(c)(ii) constitutes a

sévèrement réprimées par la société. C'est un acte criminel et à ce compte sa répression relève du pouvoir du Parlement en vertu de l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3. Soit. Mais l'homme est également un être grégaire vivant lui-même en société dans un milieu où vivent toutes sortes d'espèces fauniques et floristiques. Qu'en est-il lorsque l'homme, en créature suprême, poursuivant sa mission civilisatrice, s'établit là où, hier encore, le puma de l'est de l'Amérique ou encore l'ours grizzly des Prairies régnaient en maître sur de vastes territoires avec le carcajou craint des anciens? Et que l'action humaine détruit sur son passage l'habitat naturel de toutes ces espèces sauvages – animal et variétés de végétaux – qui ne tolèrent pas la vie urbaine ou l'agriculture, à telle enseigne que leur survie est menacée à plus ou moins court ou moyen terme? Nous sommes-nous imposés collectivement une règle de civilisation par laquelle nous devons prévenir l'annihilation des individus d'une espèce sauvage menacée et la destruction de son habitat naturel?

Il semble bien que ce soit le cas, autrement la *Convention des Nations Unies sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 RTNU 79 [CDB], qui est entrée en vigueur le 29 décembre 1993, n'aurait pas été ratifiée par 196 États parties dont le Canada. L'altérité entre l'homme et la bête, entre le propriétaire et son bien, entre la personne et la chose sans maître, a cédé le pas à une notion juridique et universelle voulant que les espèces sauvages et les écosystèmes fassent partie du patrimoine mondial et qu'il soit devenu nécessaire de préserver l'habitat naturel des espèces en péril. La *Loi sur les espèces en péril*, LC 2002, c 29 [Loi fédérale], qui a été sanctionnée le 12 décembre 2002, vise justement à mettre en œuvre les obligations du Canada en vertu de la CDB.

[118] Encore une fois, il revient entièrement au Parlement de « décider quel mal il désire supprimer au moyen d'une interdiction pénale et quel intérêt menacé il souhaite ainsi sauvegarder » (*Hydro Québec*, au paragraphe 119). À la lumière de ce qui précède, il ne fait aucun doute dans mon esprit, que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) cherche à réprimer un « mal » au sens où l'entend la jurisprudence de la Cour suprême du Canada portant sur la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

c) Le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) n'empiète pas spécieusement sur les chefs de compétence provinciale exclusive

[119] Groupe Candiac m'invite néanmoins à conclure que le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) constitue une tentative

skilled but colourable attempt by Parliament to establish a national, uniform and efficient system of protecting species at risk, no matter what they are or where they reside, without regard for the jurisdiction of the provinces in this matter. It is asking the Court to follow the teachings of the *Assisted Human Reproduction Reference*, which it says is more recent than the *Hydro-Québec* case.

[120] An initial comment must be made. The *Assisted Human Reproduction Reference* is the product of a deeply divided Court, as three sets of reasons were needed to break the impasse. Specifically, two groups of four judges confronted each other. Not only did they disagree on the result, but they also disagreed on how to reach it. The decisive reasons, which were relatively brief, were those of a single judge, Justice Cromwell, who, from the outset, said that he disagreed with his colleagues on both sides regarding the first step of the constitutional analysis, that of the pith and substance of the impugned provisions. There was then a disagreement on the outcome of the appeal, and Justice Cromwell took the middle ground, in a way, between the group that would have invalidated each and every impugned provision and the group of judges that would have upheld their validity.

[121] Thus, it is hard to get from this Supreme Court judgment a clear consensus on how to approach the division of powers questions involving subsection 91(27) of the CA 1867.

[122] Also, if the *Human Assisted Reproduction Reference* questioned the scope of Parliament's criminal law power, it did not do so in a context where the protection of the environment was the focus of concern, which also mitigates, in my opinion, and with all due respect, the usefulness of this judgment in a case such as ours. In my view, this judgment has not superseded *Hydro-Québec* as the leading precedent in questions of validity, with regard to the division of powers, and to exercising jurisdiction over criminal law to protect the environment.

habile, mais déguisée, de la part du Parlement pour établir un régime national, uniforme et efficace, de protection des espèces en péril, quelles qu'elles soient et où qu'elles se trouvent, et ce, au mépris de la compétence des provinces en cette matière. Il prie la Cour à cet égard de suivre les enseignements du *Renvoi sur la procréation assistée*, plus récents, précise-t-il, que ceux de l'affaire *Hydro-Québec*.

[120] Une première remarque s'impose. Le *Renvoi sur la procréation assistée* est le fruit d'une Cour profondément divisée, trois séries de motifs ayant été nécessaires pour dénouer l'impasse. Notamment, deux blocs de quatre juges se sont affrontés. Non seulement ne se sont-ils pas entendus sur le résultat, mais ils ont aussi différé d'opinion sur la marche à suivre pour y arriver. Les motifs décisifs — relativement brefs — ont été ceux d'un seul juge — le juge Cromwell — qui, dès le départ, s'est dit en désaccord avec ses collègues des deux camps quant à la première étape de l'analyse constitutionnelle, celle du caractère véritable des dispositions contestées. S'en est suivi un désaccord entre les trois camps quant à l'issue du pourvoi, le juge Cromwell optant pour une position mitoyenne, en quelque sorte, entre celle du camp qui aurait invalidé toutes et chacune des dispositions contestées et celle du groupe de juges qui en aurait confirmé la validité.

[121] Il est donc difficile de dégager de ce jugement de la Cour suprême un consensus clair quant à la façon d'aborder les questions de partage des compétences mettant en cause le paragraphe 91(27) de la LC 1867.

[122] À cela s'ajoute le fait que si le *Renvoi sur la procréation assistée* mettait en cause la portée de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, il ne le faisait pas dans un contexte où la protection de l'environnement était au cœur des préoccupations, ce qui mitige aussi, quant à moi, et ceci dit avec le plus grand des respects, l'utilité de ce jugement dans un cas comme le nôtre. À mon sens, donc, ce jugement n'a pas supplanté l'arrêt *Hydro Québec* comme principal précédent applicable lorsque se pose la question de la validité, sur le plan du partage des compétences, du recours à la compétence en droit criminel en matière de protection de l'environnement.

[123] In any case, I was not convinced that the immediate or ultimate purpose of subparagraph 80(4)(c)(ii) is to regulate on a national basis, the protection of species at risk with efficiency and consistency, and thereby colourably invade the jurisdiction of the provinces. Like section 35 of the CEPA, it authorizes emergency intervention when a species at risk is facing an imminent threat to its survival or recovery. An order made under subparagraph 80(4)(c)(ii) is not permanent, because the Minister is required to recommend its repeal when, as we have seen, the Minister is of the opinion that the species targeted by the order is no longer exposed to the threat that justified making the order.

[124] Moreover, the evidence in the record reveals that the powers conferred on the Governor in Council under subparagraph 80(4)(c)(ii) have been used very sparsely up until now. Indeed, since the Act came into force in June 2003, it has been used only once, to protect the Greater Sage-Grouse, a species of bird that lives mainly in western Canada, from an imminent threat related to farming and oil development.

[125] It is also important to note that subparagraph 80(4)(c)(ii), as I have already stated, does not authorize the Governor in Council, unlike an emergency order involving an aquatic species, a Protected Migratory Bird or any species on federal land, to impose protection measures. The power it confers is limited to imposing prohibitions in relation to activities likely to harm the species in question and the habitat that is necessary for its survival or recovery, and the identification of this habitat in the area to which the emergency order relates.

[126] It is hard to see, in this context, how subparagraph 80(4)(c)(ii) could be used to regulate, on a national scale, the protection of species at risk in the interest of efficiency and consistency or for any other reason. Parliament simply did not assume this power, at least in the cases covered by this provision. The omission is not benign. It signals, in my view, a desire to remain faithful

[123] Quoiqu'il en soit, on ne m'a pas persuadé que la finalité immédiate ou même ultime du sous-alinéa 80(4)c)(ii) est de réguler, sur une base nationale, la protection des espèces en péril par souci d'efficacité et d'uniformité, et d'empiéter ainsi spécieusement sur les champs de compétence des provinces. Comme le permettait l'article 35 de la LCPE, il autorise une intervention d'urgence lorsqu'une espèce en péril est exposée à une menace imminente à sa survie ou à son rétablissement. Un décret adopté en vertu du sous-alinéa 80(4)c)(ii) n'a d'ailleurs pas un caractère de permanence puisque le Ministre est tenu de recommander son abrogation lorsque, comme on l'a vu, il est d'avis que l'espèce visée par le décret n'est plus exposée à la menace qui a justifié la prise de celui-ci.

[124] La preuve au dossier révèle d'ailleurs que les pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par le sous-alinéa 80(4)c)(ii) ont été utilisés avec grande parcimonie jusqu'à maintenant. En effet, on y a eu recours qu'à une seule autre occasion depuis l'entrée en vigueur de la Loi en juin 2003 afin de protéger d'une menace imminente, liée à l'exploitation agricole et pétrolière, une espèce d'oiseaux, le tétra des armoises, essentiellement présente dans l'Ouest canadien.

[125] Il est important de noter également que le sous-alinéa 80(4)c)(ii), comme j'ai déjà eu l'occasion de le souligner, n'autorise pas le gouverneur en conseil, contrairement à ce qui est le cas d'un décret d'urgence visant une espèce aquatique, un Oiseaux Migrateur Protégé ou toute espèce se trouvant sur le territoire domanial, à imposer des mesures de protection. Le pouvoir qu'il confère est limité à l'imposition d'interdictions en lien avec les activités susceptibles de nuire à l'espèce visée et à l'habitat qui est nécessaire à sa survie ou à son rétablissement, et à l'identification de cet habitat dans l'aire d'application du décret.

[126] Je vois difficilement, dans ce contexte, comment le sous-alinéa 80(4)c)(ii) pourrait servir à réguler, sur une base nationale, la protection des espèces en péril par souci d'efficacité et d'uniformité ou pour quelle qu'autre fin. Le Parlement ne s'est tout simplement pas arrogé ce pouvoir, du moins en ce qui a trait aux cas couverts par cette disposition. L'omission n'est pas anodine. Elle signale, selon

to the general structure of the Act, which, in many ways, but with a view to complementarity of government action, treats the aquatic species, the Protected Migratory Birds and the species on federal lands differently from other species.

[127] Moreover, there is no evidence in this case that Parliament, when it enacted subparagraph 80(4)(c)(ii), had an “ulterior motive” or “was attempting to intrude unjustifiably upon provincial powers” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 33). That this provision, according to the extrinsic evidence in the record, was intended as a “safety net” when a species at risk is facing an imminent threat to its survival or recovery and, in an emergency situation, there is no measure in place to counter this threat, in my opinion, reflects no such intent.

[128] An emergency order could clearly affect application of the provincial legislation in place. In this case, the Emergency Order affects, at least for Groupe Candiac’s lands in the area to which the Emergency Order relates, the scope of the authorization certificate issued to Groupe Candiac in 2010 by the Minister of Sustainable Development, Environment and the Fight against Climate Change pursuant to the *Environment Quality Act*, CQLR, c. Q-2 [cited above], which allows Groupe Candiac to proceed with the housing project located in the area to which the Emergency Order relates, provided that certain conditions, specifically to minimize the impact of said project on the local Western Chorus Frog population, are met. The Emergency Order also affects the permits issued in June 2016 by the municipality of Saint-Philippe, which authorized Groupe Candiac to undertake deforestation and backfilling in the area to which the Emergency Order would apply.

[129] However, as we have seen, the pith and substance doctrine tolerates encroachment on the other level of government’s jurisdiction. This defining feature of the pith and substance doctrine is particularly important

moi, une volonté de rester fidèle à la structure générale de la Loi qui, à bien des égards, traite distinctement, mais dans un esprit de complémentarité de l’action des gouvernements, les espèces aquatiques, les Oiseaux Migrateurs Protégés et les espèces se trouvant sur le territoire domanial des autres espèces.

[127] D’ailleurs, il n’existe en l’espèce aucune preuve que le Parlement, lorsqu’il a adopté le sous-alinéa 80(4)c)(ii), avait une « arrière-pensée » ou qu’il « tentait d’empiéter de façon injustifiable sur les compétences attribuées aux provinces » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 33). Que cette disposition, selon la preuve extrinsèque au dossier, ait été voulue pour servir de « filet de sécurité » lorsqu’une espèce fait face à un péril qui pose une menace imminente à sa survie ou à son rétablissement et qu’il n’existe, en situation d’urgence, aucune mesure en place permettant de contrer ce péril, ne traduit, à mon sens, aucune intention de cette nature.

[128] Un décret d’urgence pourra bien évidemment affecter l’application de la législation provinciale en place. En l’espèce, le Décret d’urgence affecte, du moins quant aux terrains de Groupe Candiac se trouvant dans l’aire d’application dudit décret, la portée du certificat d’autorisation émis à Groupe Candiac, en 2010, par le ministre québécois du Développement durable, de l’Environnement et de la Lutte contre les changements climatiques aux termes de la *Loi sur la qualité de l’environnement*, RLRQ, ch. Q-2 [précitée], lequel permet à Groupe Candiac de procéder au développement du projet domiciliaire situé dans l’aire d’application du Décret d’urgence, sous réserve du respect d’un certain nombre de conditions visant notamment à minimiser l’impact dudit projet sur la population locale de rainettes faux-grillon de l’Ouest. Le Décret d’urgence affecte aussi les permis émis en juin 2016 par la municipalité de Saint-Philippe qui autorisaient Groupe Candiac à entreprendre des travaux de déboisement et de remblai dans ce qui allait devenir l’aire d’application du Décret d’urgence.

[129] Toutefois, comme on l’a vu, la doctrine du caractère véritable tolère les empiètements sur les champs de compétence de l’autre ordre de gouvernement. Cette caractéristique fondamentale de la doctrine du caractère

with respect to protection of the environment, which, it should be noted, is not on the list of heads of legislative power assigned to any level of government by the Canadian Constitution. As stated by the Supreme Court of Canada in *Oldman River*, the protection of the environment is an “abstruse matter which does not comfortably fit within the existing division of powers without considerable overlap and uncertainty” (*Oldman River*, at pages 17 and 64; emphasis added). Thus, the majority stated in *Hydro-Québec*, “[t]he legitimate use of the criminal law ... in no way constitutes an encroachment on provincial legislative power, though it may affect matters falling within the latter’s ambit” (*Hydro-Québec*, at paragraph 129).

[130] The pith and substance doctrine even considers that a matter may fall within one level of government’s jurisdiction for one purpose and in one aspect and fall within another level of government’s jurisdiction for another purpose and in another aspect (*Canadian Western Bank*, at paragraph 30). It is the double aspect theory. Therefore, if there is an operational conflict between two laws enacted on the same matter by each level of government, in the event that one allows a thing and the other does not, this theory engages the principle of federal paramountcy, which has federal law prevail over provincial law (*Canadian Western Bank*, at paragraph 69; *COPA*, at paragraph 62).

[131] While the existence of such a conflict was not identified in this case, this brief reminder of the conterminous properties of the pith and substance doctrine shows how provincial and federal legislation on the environment can coexist, despite the “considerable overlaps” likely to characterize this coexistence. In fact, use of the criminal law power “in no way precludes the provinces from exercising their extensive powers under s. 92 to regulate and control the pollution of the environment either independently or to supplement federal action” (*Hydro-Québec*, at paragraph 131).

véritable se révèle particulièrement importante en matière de protection de l’environnement, qui, faut-il le rappeler, ne figure pas sur la liste des chefs de compétences législatives attribués à l’un ou l’autre palier de gouvernement par la Constitution canadienne. Comme le soulignait la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Oldman River*, la protection de l’environnement est une « matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude » (*Oldman River*, aux pages 17 et 64; je souligne). Ainsi que l’ont précisé les juges majoritaires dans l’arrêt *Hydro Québec*, « [l]e recours légitime au droit criminel [...] ne constitue nullement un empiétement sur la compétence législative provinciale, bien qu’il puisse toucher à des matières qui en relèvent » (*Hydro Québec*, au paragraphe 129).

[130] La doctrine du caractère véritable entrevoit même qu’une même matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence d’un palier de gouvernement et qu’elle puisse, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence de l’autre ordre de gouvernement (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 30). C’est là la théorie du double aspect. Ainsi, s’il y a conflit opérationnel entre deux lois adoptées sur cette même matière par chaque ordre de gouvernement, en ce sens que l’une permet une chose, et l’autre pas, cette théorie fait intervenir le principe de la prépondérance fédérale qui donne à la loi fédérale prépondérance sur la loi provinciale (*Banque Canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 69; *COPA*, au paragraphe 62).

[131] Bien qu’on n’ait pas fait état de l’existence d’un tel conflit en l’espèce, ce bref rappel des tenants et aboutissants de la doctrine du caractère véritable démontre à quel point la cohabitation des législations provinciales et fédérales portant sur l’environnement peut se faire en dépit des « grands chevauchements » susceptibles de caractériser cette cohabitation. De fait, le recours à la compétence en matière de droit criminel « n’empêche nullement les provinces d’exercer les vastes pouvoirs que leur confère l’article 92 pour réglementer et limiter la pollution de l’environnement de façon indépendante ou pour compléter les mesures fédérales » (*Hydro Québec*, au paragraphe 131).

[132] I note in passing that following the announcement, in December 2015, in response to the judgment in *Centre québécois du droit de l'environnement*, that the Minister would recommend to the Governor in Council that an emergency order be made concerning the Western Chorus Frog, the governments of Canada and Quebec were quick to establish a working group whose mandate was to identify possible solutions and implement procedures in the short and medium term [TRANSLATION] “to avoid situations that might require the use of orders under sections 34, 61 and 80 of the Act to protect terrestrial species in Quebec on non-federal lands” (respondent’s record, Exhibit MD-11, Volume 2, at page 652). The document outlining the working group’s mandate stated the principle of shared responsibility of the two levels of government in protecting species at risk in Canada and their complementarity of action in this matter. It underscored that making an order under sections 34, 61 and 80 of the Act was intended as a “last resort”, but did not exclude exercising these powers. Rather, the working group’s mandate was to find ways to limit its use as much as possible.

[133] The working group’s creation, in the context of the announcement of the upcoming emergency order, signals, in my view, an acceptable mutual understanding of the role of each government and its respective legislation in the protection of species at risk and of the very clear and defined function of the power under subparagraph 80(4)(c)(ii), in particular. This may be why the government of Quebec did not intervene in this case even if it was served with a Notice of Constitutional Question, since Groupe Candiac is alone in claiming an unjustifiable encroachment of subparagraph 80(4)(c)(ii) on the jurisdiction of the provinces.

[134] Moreover, it must be understood, as this document reminds us and as I already mentioned, that the Act already authorizes making orders so that it applies to cases of species that are on non-federal land and are not aquatic species or species of Protected Migratory Birds. This is the case for the prohibitions under sections 32, 33 and 58, which, by order, can be applied to

[132] Je note au passage que suite à l’annonce, en décembre 2015, comme suite au jugement rendu dans *Centre québécois du droit de l’environnement*, que le Ministre allait recommander au gouverneur en conseil qu’un décret d’urgence soit pris concernant la rainette faux-grillon de l’Ouest, les gouvernements du Canada et du Québec se sont empressés de mettre sur pied un groupe de travail dont le mandat était d’identifier des pistes de solutions et de mettre en place des façons de faire à court et moyen terme « pour éviter les situations qui pourraient requérir l’utilisation des décrets prévus aux articles 34, 61 et 80 de la Loi pour protéger des espèces terrestres en péril au Québec sur des terres non-domaniales fédérales » (dossier du défendeur, pièce MD-11, vol. 2, à la page 652). Le document faisant état du mandat du groupe de travail souligne le principe de la responsabilité partagée des deux ordres de gouvernement dans la protection des espèces en péril au Canada et de la complémentarité de leur action dans ce domaine. Il souligne bien le caractère de « solution de dernier recours » de la prise de décrets aux termes des articles 34, 61 et 80 de la Loi, mais il n’ostracise pas pour autant le recours à ces pouvoirs. Le mandat du groupe de travail est plutôt de trouver des façons d’en limiter le plus possible l’utilisation.

[133] La création de ce groupe de travail, dans le contexte de l’annonce du décret d’urgence à venir, signale, à mon sens, une compréhension mutuellement acceptable du rôle de chaque gouvernement et de leur législation respective dans la protection des espèces en péril et de la fonction bien campée et circonscrite du pouvoir prévu au sous-alinéa 80(4)c)(ii), notamment. Cela explique peut-être pourquoi le gouvernement du Québec n’est pas intervenu au présent litige même si un Avis de question constitutionnelle lui a été signifié et que Groupe Candiac est seul à brandir la menace d’un empiètement injustifiable du sous-alinéa 80(4)c)(ii) sur les compétences attribuées aux provinces.

[134] Par ailleurs, il faut bien comprendre, comme ce document nous le rappelle et comme j’ai déjà eu l’occasion de le mentionner, que la Loi autorise déjà la prise de décrets visant à la rendre applicable aux cas d’espèces se trouvant en territoire non-domanial et qui ne sont ni des espèces aquatiques, ni des espèces d’Oiseaux Migrateurs Protégés. C’est le cas des interdictions prévues aux

extend to those species. However, the provisions of the Act allowing such an extension—sections 34 and 61—are not being contested in this case. Their constitutional validity must then be presumed. Thus, if we must accept that such an extension is allowed by the Constitution, it becomes difficult, I think, to claim that the same thing cannot be done when a species at risk is facing an imminent threat to its survival or recovery and that exercising such a power unjustifiably encroaches on the jurisdiction of the provinces.

[135] This brings me back to the *Hydro-Québec* case, in which section 35 of the CEPA also allowed an interim order to be made when the ministers concerned were of the view that an immediate intervention was necessary with regard to a substance listed on the List of Toxic Substances established under this Act, because this substance was not regulated as it should be. Such an order could set limits on the quantity and concentration of emissions of the substance, controlling the areas where the substance may be released, controlling the commercial manufacturing or processing activity in the course of which the substance is released, stipulating the manner and conditions in which the substance may be advertised or offered for sale and regulating the packaging and labelling of the substance or of a material containing the substance (*Hydro-Québec*, at paragraph 105).

[136] Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec maintained that it was impossible to justify such a provision under, *inter alia*, the criminal law power, because it was so invasive of provincial powers (*Hydro-Québec*, at paragraph 108). As we know, this claim did not prevail, the majority stating that the fear that section 35 (and its sister provision, section 34, which gives the Governor in Council broad regulatory power to regulate the quantity of substances considered dangerous to humans and the environment in general that may enter the environment and the conditions in which they may be released) would distort the federal-provincial balance seemed overstated (*Hydro-Québec*, at paragraph 131).

articles 32, 33 et 58 dont l'application peut, par décret, être étendue à ces espèces. Or, les dispositions de la Loi permettant une telle extension — les articles 34 et 61 — ne sont pas contestées en l'espèce. Il faut dès lors présumer de leur validité constitutionnelle. Ainsi, si l'on doit tenir pour acquis qu'une telle extension est permise sur le plan constitutionnel, il devient difficile, je pense, de prétendre que la même chose ne peut pas être faite dans les cas où une espèce en péril est exposée à une menace imminente qui fait craindre pour sa survie ou son rétablissement et que le recours à un tel pouvoir équivaille à un empiètement injustifiable des champs de compétence des provinces.

[135] Cela me ramène à l'affaire *Hydro-Québec* où l'article 35 de la LCPE permettait aussi la prise d'un arrêté d'urgence lorsque les ministres concernés étaient d'avis qu'une intervention immédiate était nécessaire à l'égard d'une substance inscrite à la liste des substances toxiques établie en vertu de cette loi au motif que cette substance n'était pas réglementée comme il se doit. Un tel arrêté pouvait notamment établir des limites relativement à la quantité et à la concentration des émissions de la substance, restreindre les secteurs où il peut y avoir rejet de la substance, contrôler les activités commerciales de fabrication ou de transformation au cours desquelles il y a rejet de la substance, prescrire les modalités de la publicité et de la mise en vente de la substance et réglementer l'emballage et l'étiquetage de la substance ou d'un produit qui en contient (*Hydro Québec*, au paragraphe 105).

[136] Hydro Québec et le procureur général du Québec soutenaient qu'il était impossible de justifier une telle disposition en vertu, notamment, de la compétence en matière de droit criminel tellement elle empiétait sur les pouvoirs des provinces (*Hydro Québec*, au paragraphe 108). Comme on le sait, cette prétention n'a pas prévalu, les juges majoritaires statuant que la crainte que l'article 35 (et sa disposition sœur, l'article 34, qui conférait au gouverneur en conseil un vaste pouvoir réglementaire visant à régir la quantité de substances considérées comme dangereuses pour les humains et l'environnement en général pouvant pénétrer dans l'environnement et les conditions dans lesquelles leur rejet pouvait se faire) perturbent l'équilibre fédéral-provincial paraissait exagéré (*Hydro Québec*, au paragraphe 131).

[137] I see no reason to find otherwise with regard to subparagraph 80(4)(c)(ii). Stating the opinion of the dissenting judges in *Hydro-Québec* is insufficient to convince me otherwise, considering that their point of view did not prevail. It is also not enough to submit the opinion of authors criticizing the point of view retained by the majority, because that is the point of view binding on me.

[138] I also do not think that the principal of subsidiarity, which suggests that law-making and implementation are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at paragraph 3), can be used, as Groupe Candiac claims, to limit the otherwise plenary jurisdiction of Parliament over criminal law. This principle, like the notion of “co-operative federalism”, a principle of the same nature, cannot be seen as imposing limits on the valid exercise of legislative authority (*Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467, at paragraph 39). In this sense, it can neither override nor modify the division of powers. In other words, if it is used to understand what shaped Canadian federalism and what inspired the Fathers of Confederation to share as they did the legislative powers of the two levels of government, the principle of subsidiarity is not to remodel the parameters (*Canadian Western Bank*, at paragraph 45; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented, Toronto: Thomson Reuters Canada Ltd., 2016 (loose-leaf updated to 2017-Rel.1), at pages 5-12 to 5-13).

[139] Finally, I give no weight to the argument that the authority under subparagraph 80(4)(c)(ii) is surplusage because of the system of prohibitions already in the Act. For one thing, I can clearly see the need for an emergency power such as the one in subparagraph 80(4)(c)(ii). The facts of this case, just as the presence of a provision such as section 35 in the CEPA, provide us with a good illustration of that. Moreover, this kind of argument in a way challenges the wisdom of the choices made by Parliament

[137] Je ne vois pas de raisons de conclure autrement en ce qui a trait au sous-alinéa 80(4)c)(ii). Il ne suffisait pas, pour me convaincre du contraire, de plaider l'opinion des juges dissidents dans l'arrêt *Hydro Québec*, leur point de vue n'ayant pas prévalu. Il ne suffisait pas non plus de soumettre l'opinion d'auteurs critiquant le point de vue retenu par les juges de la majorité puisque c'est ce point de vue qui me lie.

[138] Je ne crois pas non plus que le principe de subsidiarité, qui veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus proche des citoyens touchés et, donc, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population (*114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, au paragraphe 3), puisse servir, comme le clame Groupe Candiac, à limiter la compétence par ailleurs plénière du Parlement en matière de droit criminel. Ce principe, tout comme la notion de « fédéralisme coopératif », un principe de même nature, ne peut être considéré comme imposant des limites à l'exercice valide d'une compétence législative (*Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467, au paragraphe 39). En ce sens, il ne peut ni l'emporter sur le partage des compétences, ni le modifier. En d'autres termes, s'il sert à comprendre ce qui a façonné le fédéralisme canadien et ce qui a animé les Pères de la Confédération à partager comme ils l'ont fait les compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement, le principe de subsidiarité n'a pas pour fonction d'en remodeler les paramètres (*Banque canadienne de l'Ouest*, au paragraphe 45; Peter W. Hogg, *Constitutional Law in Canada*, 5^e éd. supplémentée, Toronto : Thomson Reuters Canada, 2016 (feuilles mobiles mise à jour 2017-Rel.1), aux pages 5-12 à 5-13).

[139] Enfin, je n'accorde aucun poids à l'argument voulant que le pouvoir prévu au sous-alinéa 80(4)c)(ii) soit superfétatoire en raison du régime d'interdictions que l'on retrouve déjà à la Loi. D'une part, je peux très bien concevoir la nécessité d'un pouvoir d'urgence comme celui du sous-alinéa 80(4)c)(ii). Les faits de la présente affaire, tout comme la présence d'une disposition comme l'article 35 dans la LCPE, nous en fournissent une belle illustration. D'autre part, ce genre d'argument

or the efficiency of the measures it established. However, it is well established that this type of consideration is beyond the control of the courts when they question the validity of the laws with regard to the division of powers (*Firearms Reference*, at paragraph 57; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at paragraph 3).

[140] To succeed, Groupe Candiac had to show that subparagraph 80(4)(c)(ii), under criminal law, constitutes a colourable attempt by Parliament to encroach on the jurisdiction of the provinces. As the Federal Court of Appeal recently pointed out in *Synchrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91 (*Synchrude*), this burden is significant (*Synchrude*, at paragraph 89). Groupe Candiac did not meet it.

(d) The system of prohibitions established by subparagraph 80(4)(c)(ii) resembles a criminal law system

[141] A law, I will remind you, is considered to fall within Parliament's criminal law power when it stipulates a prohibition combined with a sanction and this prohibition is founded on a "legitimate public purpose", associated with an "evil" that Parliament seeks to fight or suppress. I have already determined that subparagraph 80(4)(c)(ii) was founded on such an objective and that this objective is associated with an "evil" to suppress within the meaning of the criminal law.

[142] Moreover, there is no doubt that subparagraph 80(4)(c)(ii) is intended, through its wording, to impose prohibitions and that these prohibitions, by the operation of section 97 of the Act, are combined with sanctions. However, Groupe Candiac argues that this system is purely regulatory in nature, because, rather than making general prohibitions that apply to the whole country and adding regulatory exemptions to this system of prohibitions, Parliament chose to implement, with the combined effect of subparagraph 80(4)(c)(ii) and section 83, a system authorizing the federal government to impose in a discretionary manner, in a designated area,

revient en quelque sorte à remettre en cause la sagesse des choix opérés par le législateur ou encore l'efficacité des mesures qu'il a mises en place. Or, il est bien établi que ce genre de considérations échappe au contrôle des tribunaux lorsqu'ils se questionnent sur la validité des lois sur le plan du partage des compétences (*Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 57; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, au paragraphe 3).

[140] Pour réussir, Groupe Candiac devait démontrer que le sous-alinéa 80(4)c(ii), sous des airs de disposition de droit criminel, constitue en fait une tentative déguisée, de la part du Parlement, d'envahir les champs de compétences des provinces. Comme l'a rappelé récemment la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Synchrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160 (*Synchrude*), ce fardeau est élevé (*Synchrude* au para 89). Groupe Candiac ne l'a pas satisfait.

d) Le régime d'interdictions établi par le sous-alinéa 80(4)c(ii) a les attributs de forme d'un régime de droit criminel

[141] Une loi, je le rappelle, sera considérée comme relevant de la compétence du Parlement en matière de droit criminel lorsqu'elle stipule une interdiction assortie d'une sanction et que cette interdiction est fondée sur un « objectif public légitime », associé à un « mal » que le législateur cherche à combattre et à réprimer. J'ai déjà décidé que le sous-alinéa 80(4)c(ii) était fondé sur un tel objectif et que cet objectif était associé à un « mal » à réprimer au sens du droit criminel.

[142] Il ne fait par ailleurs pas de doute que le sous-alinéa 80(4)c(ii) vise, de par son libellé, à imposer des interdictions et que ces interdictions, par le jeu de l'article 97 de la Loi, sont assorties de sanctions. Toutefois, Groupe Candiac plaide que ce régime serait de nature purement réglementaire puisque plutôt que de procéder par voie d'interdictions générales applicables à l'ensemble du pays et de greffer à ce régime d'interdictions des exemptions réglementaires, le Parlement a choisi de mettre en place, par l'effet combiné du sous-alinéa 80(4)c(ii) et de l'article 83, un régime permettant au gouvernement fédéral d'imposer de manière discrétionnaire, sur un

prohibitions combined with sanctions and to make exemptions, based on agreements, permits, licences or orders, the content of which is again left to the discretion of the same government. However, it insists this is part of a regulatory regime and not a criminal law regime.

[143] Once again, I disagree. As the Attorney General pointed out, the Supreme Court of Canada has long recognized that Parliament may delegate to the executive branch the power to define or specify conduct that could have criminal consequences (*Hydro-Québec*, at paragraph 150; *Firearms Reference*, at paragraph 37; see also *Synchrude*, at paragraph 74). It also recognized that Parliament may also delegate the power to define the circumstances resulting in an exemption from the application of a criminal prohibition, as was done in the case of lotteries, which are prohibited by the *Criminal Code*, whereby the authority to order exemptions was delegated to the lieutenant governors of the provinces, who could then, with the issue of licences and permits, authorize holding lotteries in the province (*R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, at page 106).

[144] In so doing, Parliament may authorize the establishment of detailed, precise and highly complex regulatory systems (*Firearms Reference*, at paragraph 37). Section 34 of the CEPA provides a good example by giving the Governor in Council broad regulatory power authorizing the Governor in Council to prescribe or impose requirements as varied as the quantity or concentration of a substance listed in the List of Toxic Substances that may be released into the environment, the places where such substances may be released, the manufacturing or processing activities in the course of which the substance may be released, the manner in which and conditions under which the substance or a product or material containing the substance may be stored, displayed, handled, transported or offered for transport, the packaging and labelling of the substance or a product or material containing the substance, the manner, conditions, places and method of disposal of the substance or a product or material containing the substance, including standards for the construction, maintenance and inspection of disposal

territoire désigné, des interdictions assorties de sanctions et de prévoir des exemptions, sur la base d'accords, permis, licences ou arrêtés, dont le contenu est encore une fois laissé à la discrétion de ce même gouvernement. Or, insiste-t-il, il s'agit là d'une façon de faire propre à un régime réglementaire et non à un régime de droit criminel.

[143] Encore une fois, je ne suis pas d'accord. Comme le souligne le procureur général, la Cour suprême du Canada reconnaît depuis longtemps que le Parlement peut déléguer à l'Exécutif le pouvoir de définir ou préciser les conduites pouvant avoir des conséquences pénales (*Hydro Québec*, au paragraphe 150; *Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 37; voir aussi *Synchrude*, au paragraphe 74). Elle a aussi reconnu que le Parlement peut tout autant déléguer le pouvoir de définir les circonstances donnant lieu à une exemption de l'application d'une interdiction criminelle, comme cela a été fait dans le cas des loteries, interdites par le *Code criminel*, où le pouvoir de décréter des exemptions a été délégué aux lieutenant-gouverneurs des provinces qui pouvaient ainsi, par le biais de l'émission de licences ou permis, autoriser la tenue de loteries dans la province (*R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, à la page 106).

[144] Ce faisant, le Parlement peut autoriser la mise en place de schémas réglementaires détaillés, précis et même d'une grande complexité (*Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 37). L'article 34 de la LCPE en fournit un bel exemple en conférant au gouverneur en conseil un pouvoir réglementaire étendu l'autorisant, notamment, à prescrire ou imposer des exigences sur des aspects aussi variés que la quantité ou la concentration d'une substance inscrite à la liste des substances toxique pouvant être rejetée dans l'environnement, les endroits où ces substances peuvent être rejetées, les activités de fabrication ou de traitement au cours desquelles la substance peut être rejetée, la manière et les conditions du rejet, les modalités et les conditions de stockage, de présentation, de transport, de manutention ou d'offre de transport de la substance ou d'un produit qui en contient, les modalités, les conditions et l'objet de la publicité et de la mise en vente de la substance ou d'un produit qui en contient, l'emballage et l'étiquetage de la substance ou du produit qui en contient, les modalités, lieux

sites, and the maintenance of books and records for the administration of any regulation made under this section.

[145] As the majority stated in *Hydro-Québec*, section 34 “precisely defines situations where the use of a substance in the List of Toxic Substances in Schedule I is prohibited, and these prohibitions are made subject to penal consequences” (*Hydro-Québec*, at paragraph 150). Thus, it is the executive branch and not Parliament that determines what is “criminal”. In so doing, it may also, pursuant to subsection 34(2), make exemptions and it may do so on virtually any matter that can be defined as “criminal”. It can even order that the regulations enacted under section 34 do not apply in a province that has equivalent provisions, thereby allowing asymmetrical application of the prohibitions in the regulations.

[146] Regarding the prohibitions enacted by interim order under section 35 of the CEPA, they are first ordered by the competent minister. In order to make it to the interim order expiry date, they must be approved by the Governor in Council. An order with the same effect as the interim order can then be made by the Governor in Council. It is valid for five years. Pursuant to paragraphs 35(1)(a) and (b), such an order can be made, I repeat, when the minister is of the opinion that a substance listed on the List of Toxic Substances established under this Act is not “adequately regulated” and that “immediate action is required to deal with a significant danger to the environment or to human life or health”.

[147] Thus, the competent minister has the same powers as those given to the Governor in Council under subsections 34(1) and (2) of the CEPA. As we have seen, this power is very broad and includes that of making exemptions. Once again, the “crime”, its conterminous properties and the cases in which it does not apply,

et méthodes d'élimination de la substance ou du produit qui en contient, incluant les normes de construction, d'entretien et d'inspection des sites d'élimination, et la tenue de livres et registres pour l'exécution des règlements d'application adoptés en vertu dudit article.

[145] Comme l'ont précisé les juges majoritaires dans l'arrêt *Hydro-Québec*, l'article 34 « définit précisément des situations où l'utilisation d'une substance inscrite sur la liste des substances toxiques de l'annexe I est interdite et où ces interdictions sont assorties de conséquences pénales » (*Hydro Québec*, au paragraphe 150). C'est donc l'Exécutif, et non le Parlement, qui procède à définir le « crime ». Il peut aussi, ce faisant, aux termes du paragraphe 34(2), prévoir des exemptions et il peut le faire à l'égard de pratiquement toutes les matières pouvant servir à définir ainsi le « crime ». Il peut même décréter que les règlements adoptés en vertu de l'article 34 ne s'appliqueront pas dans une province où il existe des dispositions équivalentes, permettant ainsi une application asymétrique des interdictions prescrites par les règlements d'application.

[146] Quant aux interdictions décrétées par arrêté d'urgence suivant l'article 35 de la LCPE, elles le sont d'abord par le ministre compétent. Pour survivre à la date de péremption de l'arrêté d'urgence, elles doivent être approuvées par le gouverneur en conseil. Un décret ayant le même effet que l'arrêté d'urgence peut par la suite être pris par le gouverneur en conseil. Il est valide pour cinq ans. Suivant les alinéas 35(1)a) et b), un tel arrêté peut être pris, je le rappelle, lorsque, notamment, le ministre est d'avis qu'une substance inscrite à la liste de substances toxiques établie en vertu de cette loi n'est pas « réglementée comme il convient » et qu'une « intervention immédiate est nécessaire afin de parer à tout danger appréciable soit pour l'environnement, soit pour la vie humaine ou la santé ».

[147] Le ministre compétent dispose alors des mêmes pouvoirs que ceux dont dispose le gouverneur en conseil aux termes des paragraphes 34(1) et (2) de la LCPE. Comme nous l'avons vu, ce pouvoir est très vaste et comprend celui de prévoir des exemptions. Donc, encore une fois, le « crime », ses tenants et aboutissants de

are all defined by the executive branch, in this case, a minister.

[148] The Attorney General is correct in pointing out that in responding to environmental problems using the criminal law power, a flexible approach is desirable considering the scope and complexity of environmental protection and the wide range of activities that can result in degradation of the environment. Indeed, the Supreme Court of Canada agreed that Parliament can adopt a general approach in this matter, meaning an approach whereby an “exhaustive codification of every circumstance in which pollution is prohibited” is unnecessary, so that it is possible to respond “to a wide variety of environmentally harmful scenarios, including ones which might not have been foreseen by the drafters of the legislation” (*Hydro-Québec*, at paragraph 134, citing *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at paragraph 43).

[149] Moreover, it is for this reason that the doctrine of vagueness established under section 7 of the Charter is not applied with the same intensity to the environmental protection legislation as to legislation on less complex matters, because to do otherwise “would be to frustrate the legislature in its attempt to protect the public against the dangers flowing from pollution” (*Hydro-Québec*, at paragraph 134).

[150] In *Hydro-Québec*, the majority stated that it was, “of course”, within Parliament’s criminal law power to carefully adapt, using regulatory authority, the prohibited activity based on the circumstances in which a toxic substance can be used or dealt with. I believe the same is true for the protection of species at risk facing an imminent threat to their survival or recovery. The measures deemed necessary in one case might not be necessary in another, with each species and each critical habitat having its own particularities. Giving the executive branch the power to carefully adapt the prohibited activity, as does subparagraph 80(4)(c)(ii), according to the particularities of the species and its habitat and

même que les instances où il ne trouvera pas application, sont tous définis par l’Exécutif, en l’occurrence un ministre en premier lieu.

[148] Le procureur général a raison de souligner que pour répondre aux problématiques d’ordre environnemental par le biais de la compétence en matière de droit criminel, une approche flexible est souhaitable en raison de l’ampleur et de la complexité du domaine de la protection de l’environnement et de la vaste gamme d’activités qui peuvent causer une dégradation de l’environnement. En effet, la Cour suprême du Canada a accepté que le Parlement puisse adopter une démarche générale en cette matière, c’est-à-dire une démarche où il n’est pas tenu de mettre en place « une codification exhaustive de chaque situation entraînant l’interdiction de polluer », et ce, de manière à pouvoir « répondre à une vaste gamme d’atteintes environnementales, y compris celles qui n’ont peut-être même pas été envisagées par leurs rédacteurs » (*Hydro Québec*, au paragraphe 134, citant l’arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, au paragraphe 43).

[149] C’est pour cette raison d’ailleurs que la théorie de l’imprécision établie en vertu de l’article 7 de la Charte n’est pas appliquée avec la même rigueur aux lois sur la protection de l’environnement qu’aux lois traitant de sujets moins complexes puisque s’il en était autrement, cela « aurait pour effet de faire échouer la législature dans sa tentative de protéger le public contre les dangers découlant de la pollution » (*Hydro Québec*, au paragraphe 134).

[150] Les juges majoritaires, dans l’arrêt *Hydro Québec*, ont statué qu’il relevait « naturellement » de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, d’adapter soigneusement, par le biais d’un pouvoir réglementaire, l’activité interdite en fonction des circonstances dans lesquelles une substance toxique peut être utilisée ou traitée. J’estime qu’il en va de même de la protection des espèces en péril dont la survie ou le rétablissement sont menacés d’un péril imminent. Les mesures jugées nécessaires dans un cas, peuvent ne pas l’être dans l’autre, chaque espèce et chaque habitat essentiel présentant des particularités qui leurs sont propres. Doter l’Exécutif, comme le fait le sous-alinéa 80(4)(c)(ii),

the circumstances creating the imminent threat to its survival or recovery is, in my view, a valid exercise of Parliament's criminal law power.

[151] While they accepted that environmental protection was a legitimate public purpose of criminal law, the dissenting judges in *Hydro-Québec* concluded that the impugned provisions were more an attempt to regulate environmental pollution than to prohibit it. In particular, they were of the opinion that the prohibitions were ancillary to the regulatory scheme and not the other way around. However, in this case, the Governor in Council's authority is limited, pursuant to subparagraph 80(4)(c)(ii), to imposing prohibitions while identifying, in the area to which the emergency order would apply, the habitat critical to the survival or recovery of the species at risk. As I said, contrary to the emergency orders under paragraphs 80(4)(a), (b) and subparagraph 80(4)(c)(i), the Governor in Council does not have, under subparagraph 80(4)(c)(ii), the authority to impose protection measures, indicating a more limited intervention authority than the one that seemed to concern the dissenting judges in *Hydro-Québec*.

[152] Groupe Candiac placed considerable emphasis on the testimony of the professor of constitutional law, Dale Gibson, before the Standing Committee on Environment and Sustainable Development, which, in the spring of 2001, conducted the assessment, after the second reading, of the bill that would become the Act, and on the study it co-authored, in November 1999, with former Justice of the Supreme Court of Canada, Gérard V. La Forest (the 1999 Study), who notably wrote the reasons of the majority in *Hydro-Québec*, on the federal protection of species at risk and the criminal law power.

[153] During his testimony before this Committee, Professor Gibson essentially pointed out "two of the weaknesses that seem to [him] to be most obvious" about the bill. The first weakness was related to the fact

du pouvoir d'adapter soigneusement l'activité interdite en fonction des particularités de l'espèce visée et de son habitat et des circonstances dans lesquelles la menace imminente pour sa survie ou son rétablissement se présente me paraît relever d'un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel.

[151] Bien qu'ils aient accepté que la protection de l'environnement était un objectif public légitime de droit criminel, les juges dissidents, dans l'arrêt *Hydro Québec*, ont toutefois conclu que les dispositions contestées étaient davantage une tentative de réglementer la pollution environnementale que de l'interdire. En particulier, ils se sont dits d'avis que les interdictions étaient accessoires au régime de réglementation, et non l'inverse. Or, ici, le gouverneur en conseil n'a le pouvoir, aux termes du sous-alinéa 80(4)c)(ii), que d'imposer des interdictions tout en désignant, dans l'aire d'application du décret d'urgence, l'habitat essentiel à la survie ou au rétablissement de l'espèce en péril visée. Comme j'ai déjà eu l'occasion de le mentionner, contrairement aux décrets d'urgence pris en vertu des alinéas 80(4)a) et b) et du sous-alinéa 80(4)c)(i), le gouverneur en conseil n'a pas, sous l'égide du sous-alinéa 80(4)c)(ii), le pouvoir d'imposer des mesures de protection, ce qui signale un pouvoir d'intervention plus limité que celui qui semblerait préoccuper les juges dissidents dans l'arrêt *Hydro Québec*.

[152] Groupe Candiac a beaucoup insisté sur le témoignage du professeur de droit constitutionnel Dale Gibson devant le Comité permanent de l'environnement et du développement durable, qui, au printemps 2001, procédait à l'examen, suite à sa deuxième lecture, du projet de loi qui allait devenir la Loi, de même que sur l'étude que celui-ci a co-rédigé, en novembre 1999, avec l'ex-juge de la Cour suprême du Canada, Gérard V. La Forest (l'Étude de 1999), qui a notamment écrit les motifs de la majorité dans l'arrêt *Hydro-Québec*, sur la protection fédérale des espèces en péril et la compétence en matière de droit criminel.

[153] Lors de son témoignage devant ce Comité, le professeur Gibson a essentiellement fait état de « deux lacunes qui [lui] paraissent les plus marquantes » eu égard au projet de loi. La première lacune avait trait au

that, according to Professor Gibson, Parliament did not “take a very strong position with respect to species that are on provincial or territorial lands unless they happen to be aquatic species or migratory birds.” He considered this “an unnecessarily narrow view of federal constitutional powers”. He believed that the situation was at least as concerning with regard to the protection of critical habitat “everywhere”, because, according to him, the bill was “very weak” in this regard (Groupe Candiac’s book of authorities and doctrine, Schedule B, Book 1, Tab 13, page 2 of 17 [Standing Committee on Environment and Sustainable Development, *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., April 26, 2001, at page 0915]).

[154] This first big weakness, according to Professor Gibson, was in clauses 34, 35, 58 and 61 of the bill, because these provisions made subject to a cabinet order the application of prohibitions enacted by the bill on land other than federal land. He believed that “the advice the government is receiving from some of its advisers says there is not sufficient constitutional jurisdiction to go further than the legislation goes” and that it was his duty, as a constitutional lawyer, to intervene to “say such concern is misplaced” (Groupe Candiac’s book of authorities and doctrine, Schedule B, Book 1, Tab 13, page 3 of 17 [Standing Committee on Environment and Sustainable Development, *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., April 26, 2001, at page 0920]). Clearly, this does not help Groupe Candiac’s case.

[155] Citing the 1999 Study, Mr. Gibson’s second concern was related to the technique used to apply the prohibitions enacted by the Act to non-federal lands, namely the orders made and the asymmetrical geographical application of the prohibitions enacted by the bill that could result. Clause 61 of the bill, regarding the application of prohibitions concerning the critical habitat of species at risk on non-federal land, seemed particularly problematic to him. However, he recognized that “somewhat similar examples of ministerial discretion were held to be constitutionally valid in the Hydro-Québec case—which was a Supreme Court of Canada decision

fait que le Parlement n’adoptait pas, selon le professeur Gibson, « des positions très fermes sur les espèces qui se trouvent sur les terres provinciales ou territoriales, à moins qu’il s’agisse d’espèce aquatiques ou d’oiseaux migrateurs ». Il considérait qu’il s’agissait là « d’une interprétation bien trop restrictive des pouvoirs constitutionnels fédéraux ». La situation lui paraissait aussi sinon plus préoccupante en ce qui a trait à la protection de l’habitat essentiel « où qu’il soit », le projet de loi se montrant à cet égard, selon lui, « très timorée » (Cahier de jurisprudence et doctrine de Groupe Candiac, annexe B, cahier 1, onglet 13, à la page 2 de 17 [Comité permanent de l’environnement et du développement durable, *Témoignages*, 37^e lég., 1^{re} sess., 26 avril 2001, à la page 0915]).

[154] Cette première grande lacune se manifestait concrètement, selon le professeur Gibson, aux articles 34, 35, 58 et 61 du projet de loi puisque ces dispositions assujettissaient l’application des interdictions décrétées par le projet de loi ailleurs que sur les terres fédérales, à la prise d’un décret par le pouvoir exécutif. Il craignait que « ceux qui sont chargés de conseiller le gouvernement lui aient laissé entendre qu’il n’a pas une compétence suffisante en vertu de la Constitution pour aller plus loin » et croyait donc de son devoir, en tant que spécialiste du droit constitutionnel, d’intervenir « pour dire que cette prudence est malvenue » (Cahier de jurisprudence et doctrine de Groupe Candiac, annexe B, cahier 1, onglet 13, à la page 3 de 17 [Comité permanent de l’environnement et du développement durable, *Témoignages*, 37^e lég., 1^{re} sess., 26 avril 2001, à la page 0920]). À l’évidence, cela n’avance pas la cause de Groupe Candiac.

[155] S’appuyant sur l’Étude de 1999, la seconde préoccupation du professeur Gibson avait trait à la technique utilisée pour rendre applicable les interdictions décrétées par la loi aux terres non-fédérales, soit la prise d’un décret et l’application géographique asymétrique des interdictions décrétées par le projet de loi qui pouvait en résulter. L’article 61 du projet de loi, traitant de l’application des interdictions concernant l’habitat essentiel des espèces en péril à des terres non-fédérales, lui semblait particulièrement problématique. Il a cependant reconnu que « des applications plus ou moins semblables du pouvoir discrétionnaire exercé par un ministère ont

on somewhat similar legislation”, and that he was not prepared to say “that they are clearly outside the criminal law jurisdiction of the Parliament of Canada” (Groupe Candiac’s book of authorities and doctrine, Schedule B, Book 1, Tab 13, page 3 of 17 [Standing Committee on Environment and Sustainable Development, *Evidence*, 37th Parl., 1st Sess., April 26, 2001, at page 0920]). In short, Professor Gibson, in expressing this second concern, favoured the safest possible approach to avoid compromising what he saw as a bill that rests heavily on the powers of Parliament.

[156] The 1999 Study concluded as follows :

It is very clear that Parliament could, given its sole jurisdiction over criminal law, pass comprehensive legislation including prohibitions and providing a number of exemptions, dealing with the protection of *all* endangered and threatened species and their *habitat*. These exemptions resemble those found in the *Food and Drug Act*, the *Firearms Act* or the *Canadian Environmental Protection Act*, and criteria should be specified to limit the discretionary power for granting exemptions. Such legislation would respect all the necessary requirements for the valid exercise of the criminal law power, that is, a prohibition accompanied by a sanction for the purpose of protecting the environment, a valid criminal law purpose that is not colourable. However, if the legislation had to name prohibitions established by regulation, it would risk being perceived as more regulatory than criminal in nature. Therefore, it would be more cautious to include the prohibitions in the legislation itself.

(Groupe Candiac’s book of authorities and doctrine, Schedule B, Book 1, Tab 14, at paragraph 28.)

[157] This study focused particularly on the risks associated with the fact that the Government of Canada proposed to include in the legislation “a power to establish, by regulation, prohibitions against destroying habitat that would apply to some regions, such as those that do not already have efficient provincial or private protection”, an approach that, according to the authors “might seem more ‘regulatory’ than the [*Canadian Environmental*

été jugées valides sur le plan constitutionnel dans l’affaire Hydro-Québec — la Cour suprême statuant sur une loi du même type » — et qu’il n’irait donc pas jusqu’à dire « que cela ne relève aucunement du pouvoir reconnu au Parlement du Canada en matière de droit criminel » (cahier de jurisprudence et doctrine de Groupe Candiac, annexe B, cahier 1, onglet 13, à la page 3 de 17). En somme, le professeur Gibson, en exprimant cette seconde préoccupation, prônait l’approche la plus sûre possible de manière à ne pas compromettre ce qui lui apparaissait un projet de loi relevant par ailleurs largement des pouvoirs du Parlement.

[156] Pour sa part, l’Étude de 1999 concluait ce qui suit :

[TRADUCTION] Il est très clair que le Parlement pourrait, compte tenu de son seul pouvoir en matière de droit criminel, adopter une loi exhaustive comportant des interdictions et prévoyant un certain nombre d’exemptions, ayant trait à la protection de *toutes* les espèces en voie de disparition et menacées ainsi que leur *habitat*. Ces exemptions pourraient ressembler à celles qu’on trouve dans la *Loi sur les aliments et drogues*, la *Loi sur les armes à feu* ou la *Loi canadienne de protection de l’environnement*, et des critères devraient être précisés afin de limiter le pouvoir discrétionnaire pour l’octroi d’exemptions. Une telle loi respecterait toutes les exigences voulues pour l’exercice valide du pouvoir en matière de droit criminel; c’est-à-dire, une interdiction liée à une sanction dans le but de protéger l’environnement, un objectif valide et non-déguisé de droit criminel. Cependant, si la loi devait prévoir des interdictions établies par voie de règlement, elle risquerait davantage d’être perçue comme étant de nature réglementaire plutôt que criminelle. Par conséquent, il serait plus prudent d’intégrer les interdictions dans la loi elle-même.

(Cahier de jurisprudence et doctrine de Groupe Candiac, annexe B, cahier 1, onglet 14, au paragraphe 28.)

[157] Cette étude soulignait de façon plus particulière les risques associés au fait que le gouvernement du Canada se proposait d’inclure dans la loi [TRADUCTION] « un pouvoir d’établir, par règlement, des interdictions de détruire l’habitat qui s’appliqueraient dans certaines régions, comme celles où il n’existe pas déjà de protection provinciale ou privée efficace », une approche qui, selon les auteurs [TRADUCTION] « pourrait sembler

Protection Act] and would more likely lead to an in-depth judicial review to determine whether it is, in fact, a valid measure of criminal law” (Groupe Candiac’s book of authorities and doctrine, Schedule B, Book 1, Tab 14, at paragraph 20).

[158] Nevertheless, the authors recognized that while a general prohibition in the Act itself may suffice in protecting from destruction the habitat of a species at risk, a regulatory approach on a case by case basis could be necessary to “identify” the habitats. They also recognized that such an approach might be necessary “to address other types of problems with the legislation (and therefore might be justified under the criminal law power)”, but specified that this issue went beyond the scope of their study (Groupe Candiac’s book of authorities and doctrine, Schedule B, Book 1, Tab 14, at paragraph 19).

[159] I do not think that this second concern of Mr. Gibson, which was based on the 1999 Study, helps Groupe Candiac’s case. Parliament ultimately chose, in sections 34, 35, 58 and 61 of the Act, the technique for which Professor Gibson expressed some reservations. However, once again, these provisions are not at issue, because Groupe Candiac is not challenging the Act in itself. Furthermore, there is no question, be it in Professor Gibson’s testimony or in the 1999 Study, of clause 80 of the bill, adopted as such by Parliament, which intends to give the executive branch the power of emergency intervention to counter an imminent threat to the survival or recovery of a species at risk.

[160] As the Supreme Court of Canada instructs us in the *Firearms Reference*, the legislature still must give the executive branch, to which it delegates the authority of defining the “crime”, “undue” discretionary power (*Firearms Reference*, at paragraph 37). In this case, I believe that the power vested in the Governor in Council by means of subparagraph 80(4)(c)(ii), although it is poorly defined, is defined well enough to avoid the

aller plus loin dans la voie “réglementaire” que la [*Loi canadienne sur la protection de l’environnement*] et serait davantage susceptible de susciter un examen judiciaire plus approfondi pour déterminer s’il s’agit bien là d’une mesure valide de droit criminel » (cahier de jurisprudence et doctrine de Groupe Candiac, annexe B, cahier 1, onglet 14, au paragraphe 20).

[158] Les auteurs reconnaissaient néanmoins que bien qu’une interdiction générale prévue dans la loi elle-même pourrait suffire pour protéger de la destruction l’habitat d’une espèce en péril, une approche réglementaire au cas par cas pouvait être requise pour « identifier » les habitats. Ils reconnaissaient aussi qu’une telle approche pouvait également être requise [TRADUCTION] « pour traiter d’autres types de problèmes aux termes de la législation (et ainsi pourrait être justifiée au titre du pouvoir en matière de droit criminel) », mais précisaient que cette question débordait le cadre de leur étude (cahier de jurisprudence et doctrine de Groupe Candiac, annexe B, cahier 1, onglet 14, au paragraphe 19).

[159] Je ne crois donc pas que cette seconde préoccupation du professeur Gibson, qui s’appuie sur l’Étude de 1999, avance davantage la cause de Groupe Candiac. Le Parlement a ultimement opté, aux articles 34, 35, 58 et 61 de la Loi, pour la technique pour laquelle le professeur Gibson avait exprimé certaines réserves. Or, encore une fois, ces dispositions ne sont pas en cause, Groupe Candiac ne contestant pas la Loi dans son ensemble. Je note par ailleurs qu’il n’est aucunement question, que ce soit dans le témoignage du professeur Gibson ou dans l’Étude de 1999, de l’article 80 du projet de loi, adopté tel quel par le Parlement, qui prévoyait conférer à l’Exécutif un pouvoir d’intervention d’urgence pour contrer une menace imminente à la survie ou au rétablissement d’une espèce en péril.

[160] Comme nous l’enseigne la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur les armes à feu*, encore faut-il cependant que le législateur se garde de doter le pouvoir exécutif, à qui il a délégué l’autorité de définir le « crime », d’un pouvoir discrétionnaire « indu » (*Renvoi sur les armes à feu*, au paragraphe 37). En l’espèce, j’estime que le pouvoir dévolu au gouverneur en conseil par le sous-alinéa 80(4)c)(ii), bien qu’il soit peu balisé,

qualification of undue discretionary power. Thus, in a case such as ours, an emergency order can only be made if the species at risk “faces imminent threats to its survival or recovery” and if the prohibited activities are likely to harm the species or habitat identified in the area to which the order would apply as necessary to the survival of the species or its recovery. The latitude given to the Governor in Council allows him or her to carefully adapt the prohibited activity based on the particularities of the species and its habitat and the circumstances of the imminent threat. This “case-by-case” approach, as we have just seen, is not in conflict with the criminal law power. In this case, I believe it is justified.

[161] Regarding Groupe Candiac’s complaint about the asymmetrical geographical application of prohibitions imposed by an emergency order, recall that the Supreme Court invariably declared valid the criminal laws applied differently from one region to the other. One example of this, as we saw, was the provisions in the *Criminal Code* dealing with lotteries; this was also the case for provisions in the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 110 [R.S.C., 1985, c. Y-1, repealed by S.C. 2001, c. 1, s. 199], authorizing the provinces who make the choice, to substitute alternative measures under this Act with legal procedures otherwise applicable to the adolescent charged with an offence (*R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254 (*R. v. S.*). In this last case, the Supreme Court, citing its former Chief Justice, the late Bora Laskin, in *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693 [at page 715], recalled that “there can be no doubt about Parliament’s right to give its criminal or other enactments special applications, whether in terms of locality of operation or otherwise” (*R. v. S.*, at page 290). Once again, the need to carefully adapt the prohibited activity to the particularities of the species and its habitat and the circumstance of the imminent threat justified Parliament, in my view, with “special application” of the Act in these circumstances.

l’est suffisamment pour échapper à la caractérisation d’un pouvoir discrétionnaire indu. Ainsi, dans un cas comme le nôtre, un décret d’urgence ne peut être pris que si l’espèce en péril en cause « est exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement » et que si les activités interdites sont susceptibles de nuire à l’espèce ou à l’habitat identifié dans l’aire d’application du décret comme étant nécessaire à la survie de l’espèce ou à son rétablissement. La latitude laissée au gouverneur en conseil lui permet ainsi d’adapter soigneusement l’activité interdite en fonction des particularités de l’espèce visée et de son habitat et des circonstances dans lesquelles la menace imminente se présente. Cette approche au « cas par cas », comme nous venons de le voir, n’est pas antinomique à la compétence en matière de droit criminel. En l’espèce, j’estime qu’elle est justifiée.

[161] Quant à la récrimination de Groupe Candiac relative à l’application géographique asymétrique des interdictions imposées par un décret d’urgence, je rappelle que la Cour suprême a invariablement déclaré valide des lois de droit criminel appliquées différemment d’une région à l’autre. Ce fut notamment le cas, comme nous l’avons vu, des dispositions du *Code criminel* ayant trait aux lotteries; ce fut le cas également des dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 110 [L.R.C. (1985), ch. Y-1, abrogée par L.C. 2001, ch. 1, art. 199], autorisant les provinces qui en font le choix, à substituer les mesures de rechanges prévues à cette loi aux procédures judiciaires autrement applicables à l’adolescent accusé d’une infraction (*R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254 (*R. c. S.*). Dans cette dernière affaire, la Cour suprême, citant les propos de son ex-juge en chef, le regretté Bora Laskin, dans l’affaire *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693 [à la page 715], rappelait qu’« on ne peut mettre en doute le droit qu’a le Parlement de donner des applications spéciales à ses lois criminelles ou autres, que ce soit en termes d’application locale ou autrement » (*R. c. S.*, à la page 290). Encore une fois, la nécessité d’adapter soigneusement l’activité interdite en fonction des particularités de l’espèce en cause et de son habitat et des circonstances dans lesquelles la menace imminente se présente justifiait le Parlement, à mon sens, de donner une « application spéciale » à la Loi dans ces circonstances.

[162] Lastly, I cannot accept Groupe Candiac’s argument that making an emergency order under subparagraph 80(4)(c)(ii) puts the resulting offence in the superintending and reforming power of the courts from an administrative law standpoint, a situation that is in conflict with the rule that the legality of provisions creating criminal offences can only be assessed with respect to the CA 1867 or the Charter. This argument, if it were accepted, would for all practical purposes spell the end of validly established regulatory schemes under the criminal law power. Moreover, Groupe Candiac provided no authority in support of their argument.

[163] Thus, in form, I have no hesitation in concluding that the prohibition regime established by combining subparagraph 80(4)(c)(ii) and section 83 meet the requirements of a criminal law prohibition regime.

[164] I therefore conclude that subparagraph 80(4)(c)(ii) of the Act has all the attributes of a measure validly enacted by Parliament under the authority vested in it under subsection 91(27) of the CA 1867.

[165] If I am wrong on this point, nevertheless, in my view, as we will see that the validity of subparagraph 80(4)(c)(ii) is saved because it is, in my view, sufficiently integrated in an otherwise valid legislative scheme.

(6) The peace, order and good government clause

[166] Having concluded that subparagraph 80(4)(c)(ii) has been validly enacted by Parliament under its criminal law power, it seems unnecessary to determine whether this provision would also have been enacted under Parliament’s power to legislate for peace, order and good government, on the basis that the protection of species at risk is a matter of national interest. I agree with the deference shown in this regard by the majority in *Hydro-Québec* for which the national concern doctrine, as a head of power, “raises profound issues respecting the

[162] Enfin, je ne saurais faire droit à l’argument de Groupe Candiac voulant que la prise d’un décret d’urgence aux termes du sous-alinéa 80(4)c)(ii) assujettisse l’infraction en découlant au pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux sur le plan du droit administratif, une situation antinomique, plaide-t-il, à la règle voulant que la légalité des dispositions créant des infractions criminelles ne puisse s’apprécier qu’en regard de la LC 1867 ou de la Charte. Cet argument, s’il était accepté, aurait à toute fin pratique pour effet de sonner le glas des régimes réglementaires établis validement en vertu de la compétence en matière de droit criminel. D’ailleurs, Groupe Candiac n’a offert aucune autorité au soutien de cet argument.

[163] Sur le plan de la forme, donc, je n’ai aucune hésitation à conclure que le régime d’interdictions établi par l’effet combiné du sous-alinéa 80(4)c)(ii) et de l’article 83 répond aux exigences d’un régime d’interdictions de droit criminel.

[164] J’en conclus donc que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) de la Loi possède tous les attributs d’une mesure validement adoptée par le Parlement en vertu de la compétence qui lui est dévolue aux termes du paragraphe 91(27) de la LC 1867.

[165] Si j’ai tort sur ce point, j’estime néanmoins, comme nous le verrons, que la validité du sous-alinéa 80(4)c)(ii) est sauvegardée parce qu’il est, à mon sens, suffisamment intégré à un régime législatif par ailleurs valide.

6) La compétence relative à la paix, l’ordre et le bon gouvernement

[166] Ayant conclu que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) a été validement adopté par le Parlement en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, il ne me paraît pas nécessaire de décider si cette disposition aurait tout aussi bien pu être adoptée en vertu du pouvoir du Parlement de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement, sur la base que la protection des espèces en péril est une matière d’intérêt national. Je fais mienne ainsi la retenue que se sont imposés à cet égard les juges de la majorité dans l’arrêt *Hydro Québec* pour qui la théorie de l’intérêt

federal structure of our Constitution which do not arise with anything like the same intensity in relation to the criminal law power” (*Hydro-Québec*, at paragraph 110).

[167] Giving Parliament general jurisdiction over environmental protection under the national concern doctrine, according to these judges, “could radically alter the division of legislative power in Canada” (*Hydro-Québec*, at paragraph 115). Since it is not strictly necessary to do so in this case, I won’t delve into that.

- (7) Assuming subparagraph 80(4)(c)(ii) is *ultra vires* Parliament’s legislative authority, it is nevertheless sufficiently integrated in a valid legislative scheme to be saved

[168] Considering that, in my view, the enactment of subparagraph 80(4)(c)(ii) constitutes a valid exercise of Parliament’s legislative power over criminal law, it is not necessary to examine the ancillary powers doctrine that all parties focused on. However, as I said, even if I concluded that Parliament did not have the authority required to enact this provision, I would still be of the view that it is saved by the ancillary powers doctrine.

[169] According to this doctrine, a potentially invalid legislative provision, in pith and substance, outside the competence of its enacting government, may be saved where it is an important part of a broader but otherwise valid legislative scheme enacted by this government (*Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453 (*Lacombe*), at paragraphs 35–36 and 38).

[170] To assess its validity, the Court must decide whether such a provision has a rational and functional link to the legislative scheme to which it belongs. In other words, it must question whether the impugned provision actively allows the realization of objectives

national, en tant que chef de compétence, « soulève inévitablement de graves questions concernant la structure fédérale de notre Constitution qui ne se posent pas avec la même intensité au sujet de la compétence en matière de droit criminel » (*Hydro Québec*, au paragraphe 110).

[167] Reconnaître au Parlement une compétence générale en matière de protection de l’environnement en vertu de la théorie de l’intérêt national, nous rappellent ces juges, « pourrait modifier radicalement le partage des compétences législatives au Canada » (*Hydro-Québec*, au paragraphe 115). Puisqu’il n’est pas strictement nécessaire de le faire en l’instance, je ne m’aventurerai pas sur ce terrain.

- 7) En le supposant *ultra vires* des pouvoirs du Parlement, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) est néanmoins suffisamment intégré à un régime législatif valide pour être sauvegardé

[168] L’adoption du sous-alinéa 80(4)c)(ii) constituant, selon moi, un exercice valide du pouvoir législatif du Parlement en matière de droit criminel, il n’est pas nécessaire d’examiner la doctrine des pouvoirs accessoires à laquelle les parties se sont toutes deux attardées. Toutefois, tel que je viens de le mentionner, même si j’en étais arrivé à conclure que le Parlement n’avait pas la compétence nécessaire pour adopter cette disposition, j’aurais néanmoins été d’avis qu’elle est sauvegardée par la doctrine des pouvoirs accessoires.

[169] Suivant cette doctrine, une disposition législative potentiellement invalide, parce que, de par son caractère véritable, ne relevant pas de la compétence du gouvernement qui l’a adoptée, peut être sauvegardée si elle constitue néanmoins un élément important d’un régime législatif plus vaste, mais par ailleurs valide, adopté par ce gouvernement (*Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453 (*Lacombe*), aux paragraphes 35–36 et 38).

[170] Pour en évaluer la validité, la Cour doit décider si une telle disposition a un lien rationnel et fonctionnel avec le régime législatif auquel elle appartient. En d’autres termes, elle doit se demander si la disposition contestée permet activement la réalisation des objectifs

from that scheme, understanding that it is not enough to simply compensate for this scheme (*Lacombe*, at paragraph 45). In addition, the Court must be satisfied that the ancillary provision functionally completes the other provisions of the legislative scheme and make up for the weaknesses in said scheme, which, otherwise, would lead to an incoherent application of it or uncertainty (*Lacombe*, at paragraph 48). This exercise does not go so far as to require demonstration that without this ancillary provision, the scheme it is a part of is certain to fail (*Lacombe*, at paragraphs 42–43).

[171] In the decision he made in *Synchrude FC*, upheld on appeal (*Synchrude*), Justice Zinn applied the three following criteria to determine if, in the event that the provisions contested in this case exceeded Parliament's authority, the ancillary powers doctrine would allow it to be saved :

1. The scope of the heads of power in play and whether they are broad or narrow;
2. The nature of the impugned provision; and
3. The history of legislating on the matter in question.

(*Synchrude FC*, at paragraph 90.)

[172] The level of integration required to validate an otherwise *ultra vires* legislative provision, explained Justice Zinn, is based on the severity of the encroachment (*Synchrude FC*, at paragraph 90).

[173] The approach taken by Justice Zinn and the results of his analysis were endorsed without reserve by the Federal Court of Appeal (*Synchrude*, at paragraph 94).

[174] In this case, the applicant challenged the constitutional validity of a regulatory provision enacted under the CEPA, which required that diesel fuel produced in Canada contain at least 2 percent renewable fuel. Non-compliance with this regulatory provision constituted an offence under subsection 139(1) of the CEPA, which

dudit régime, étant entendu qu'il ne suffit pas qu'elle supplée simplement à ce régime (*Lacombe*, au paragraphe 45). En outre, la Cour doit être satisfaite que la disposition accessoire complète sur le plan fonctionnel les autres dispositions du régime législatif et comble des lacunes dudit régime qui, autrement, donneraient lieu à une application incohérente de celui-ci ou à de l'incertitude (*Lacombe*, au paragraphe 48). Cet exercice ne va pas par contre jusqu'à requérir la démonstration que sans cette disposition accessoire, le régime dont elle fait partie serait voué à l'échec (*Lacombe*, aux paragraphes 42–43).

[171] Dans la décision qu'il a rendue dans l'affaire *Synchrude CF*, confirmée en appel (*Synchrude*), le juge Zinn a appliqué les trois critères suivants en vue de déterminer si, dans l'hypothèse où les dispositions qui étaient contestées dans cette affaire excédaient la compétence du Parlement, la doctrine des pouvoirs accessoires permettait néanmoins de les sauvegarder :

1. La portée des chefs de compétence en jeu, à savoir si elle est grande ou non;
2. La nature de la disposition contestée; et
3. L'activité législative antérieure dans le domaine en cause.

(*Synchrude CF*, au paragraphe 90.)

[172] Le niveau d'intégration requis pour valider une disposition législative par ailleurs *ultra vires*, précise le juge Zinn, sera fonction de la gravité de l'empiètement (*Synchrude CF*, au paragraphe 90).

[173] Tant la démarche suivie par le juge Zinn que les conclusions de son analyse ont été endossées sans réserve par la Cour d'appel fédérale (*Synchrude*, au paragraphe 94).

[174] Dans cette affaire, la demanderesse contestait la validité constitutionnelle d'une disposition réglementaire adoptée en vertu de la LCPE qui exigeait que le carburant diesel produit au Canada contienne au moins 2 p. 100 de carburant renouvelable. La non-conformité à cette disposition réglementaire constituait une infraction

provides that “[n]o person shall produce, import or sell a fuel that does not meet the prescribed requirements” (*Syncrude FC*, at paragraphs 1 and 3).

[175] The applicant argued that, contrary to the government’s claims, this regulatory provision did not, in pith and substance, constitute a legitimate use of federal power to legislate with respect to the criminal law. The applicant did not see it as a measure to combat atmospheric pollution but rather an attempt to regulate non-renewable resources and promote the economic benefits of protecting the environment by creating a demand for biofuels in the Canadian market. In particular, the applicant saw a specious encroachment in at least four areas of provincial jurisdiction, namely property and civil rights, local works and undertakings; matters of a merely local or private nature; and the development of non-renewable natural resources (*Syncrude FC*, at paragraphs 12 and 92).

[176] Justice Zinn concluded that the regulatory provision at issue, by assuming the powers of Parliament *ultra vires* was nevertheless valid under the ancillary powers doctrine. The application of the above three criteria to the circumstances of this case lead me to the same result.

[177] Before starting the analysis of these criteria, note that Groupe Candiac is not challenging the constitutionality of the Act in itself, which it deems to be consistent with the division of powers. In any event, subparagraph 80(4)(c)(ii) is part of a broader legislative scheme, the constitutionality of which I have no doubt. In fact, in its main points, the Act is based on the CEPA model : procedure for identifying species at risk, establishment of recovery measures for those species and prohibition regime accompanied by sanctions to protect these species and their habitat from human activities that could harm them, all with a view to offer broader protection of the environment and ecosystems, which determine quality and viability.

aux termes du paragraphe 139(1) de la LCPE, lequel interdit de produire, d’importer ou de vendre au Canada un combustible non conforme aux normes réglementaires (*Syncrude CF*, aux paragraphes 1 et 3).

[175] La demanderesse soutenait que, contrairement aux prétentions du gouvernement, cette disposition réglementaire ne constituait pas, de par son caractère véritable, une utilisation légitime du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Elle y voyait non pas une mesure de lutte contre la pollution atmosphérique, mais plutôt une tentative de réglementer les ressources non renouvelables et de faire la promotion des avantages économiques liés à la protection de l’environnement en créant une demande pour les biocarburants dans le marché canadien. Elle y voyait plus particulièrement un empiètement spécieux dans au moins quatre champs de compétence provinciale, à savoir la propriété et les droits civils, les travaux et entreprises d’une nature locale; les matières d’une nature purement locale ou privée; et le développement des ressources naturelles non renouvelables (*Syncrude CF*, aux paragraphes 12 et 92).

[176] Le juge Zinn a conclu que la disposition réglementaire en litige, en la supposant *ultra vires* des pouvoirs du Parlement, était néanmoins valide en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires. L’application des trois critères précités aux circonstances de la présente affaire me mène au même résultat.

[177] Je rappelle, avant d’entreprendre l’analyse de ces critères, que Groupe Candiac ne conteste pas la constitutionnalité de la Loi dans son ensemble, qu’il juge conforme aux règles du partage des compétences. Quoi qu’il en soit, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) s’inscrit dans un régime législatif plus vaste dont la constitutionnalité ne me paraît pas faire de doute. En fait, dans ses grands traits, la Loi est calquée sur le modèle de la LCPE : processus d’identification des espèces en péril, mise en place de mesures de rétablissement desdites espèces et régime d’interdictions assorties de sanctions en vue de protéger ces espèces et leur habitat des activités humaines susceptible de leur nuire, le tout dans une perspective plus large de protection de l’environnement et des écosystèmes qui en conditionne la qualité et la viabilité.

[178] In the eyes of Professor Gibson and Justice La Forest, it seemed “abundantly clear”, as we saw, that Parliament, with the only jurisdiction over criminal law, could enact comprehensive legislation including prohibitions and exemptions to protect all species at risk and their habitat (emphasis added). In my view, the Act, in varying degrees, tends to do exactly that, even if, according to these two authors, it does not go far enough.

(a) **The scope of the heads of power in play**

[179] This criterion considers the scope of heads of power in play and the fact that heads of powers with a broad scope are more prone to encroachment and overflow. Thus, when the legislative scheme is enacted under a head of power with broad scope and the impugned ancillary provision encroaches on another head of power with broad scope, the encroachment is considered less serious and promotes the establishment of a rational and functional link between the provision and the legislative scheme at issue (*Syncrude FC*, at paragraph 91).

[180] For all practical purposes, the same heads of power at play in *Syncrude FC* are at play here : criminal law, on the one hand, and property and civil rights, land use planning (via jurisdiction of the provinces with regard to “municipal institutions”) and matters of a purely local or private nature, on the other hand. Like Justice Zinn, I conclude that we are dealing with heads of power with broad scope on both sides, which means that there is less severe encroachment under subparagraph 80(4)(c)(ii) on the provincial heads of power in play.

(b) **The nature of subparagraph 80(4)(c)(ii)**

[181] As we saw, subparagraph 80(4)(c)(ii) seeks to obtain immediate protection for a species at risk facing an imminent threat to its survival or recovery. It allows for emergency intervention when the measures already in place, whether they are private, provincial or territorial, are insufficient to counter the threat, thereby exposing the species to a sudden and brutal disappearance. In this sense,

[178] Aux yeux du professeur Gibson et du juge La Forest, il leur paraissait « tout à fait clair » (« *abundantly clear* »), comme nous l’avons vu, que le Parlement, en vertu de sa seule compétence en matière de droit criminel, pouvait adopter une législation exhaustive prévoyant des interdictions et des exemptions aux fins de protéger toutes les espèces en périls et leur habitat. À mon sens, la Loi, à divers degrés, tend à faire exactement cela, même si, selon ces deux auteurs, elle n’irait pas assez loin.

a) **Les chefs de compétence en jeu**

[179] Ce critère tient compte de l’étendue des chefs de compétence en jeu et du fait que les chefs de compétence de grande portée se prêtent davantage aux empiètements et débordements. Ainsi, lorsque le régime législatif en cause est adopté en vertu d’un chef de compétence de grande portée et que la disposition accessoire contestée empiète sur un champ de compétence de grande portée également, l’empiètement sera considéré comme moins sérieux et favorisera l’établissement d’un lien rationnel et fonctionnel entre la disposition et le régime législatif en cause (*Syncrude CF*, au paragraphe 91).

[180] À toutes fins utiles, les mêmes chefs de compétence qui étaient en jeu dans la décision *Syncrude CF* le sont ici : droit criminel, d’une part, et la propriété et les droits civils, l’aménagement du territoire (via la compétence des provinces relative aux « institutions municipales ») et les matières d’une nature purement locale ou privée, d’autre part. Comme le juge Zinn, j’en conclus que nous sommes ici en présence, de part et d’autre, de chefs de compétence de grande portée et que cela signale, en conséquence, un empiètement de moindre gravité du sous-alinéa 80(4)(c)(ii) sur les champs de compétence provinciale en jeu.

b) **La nature du sous-alinéa 80(4)(c)(ii)**

[181] Comme nous l’avons vu, le sous-alinéa 80(4)(c)(ii) cherche à procurer une protection immédiate à une espèce en péril confrontée à une menace imminente pouvant compromettre sa survie ou son rétablissement. Il permet cette intervention d’urgence là où les mesures déjà en place, qu’elles soient privées, provinciales ou territoriales, ne permettent pas de contrer cette menace,

based on the extrinsic proof, subparagraph 80(4)(c)(ii) is a “safety net”. In other words, in an emergency situation, it seeks to fill the deficits of the provincial and territorial schemes already in place.

[182] In *Syncrude FC*, the applicant argued that under the Alberta legislation already in place, it would be exempt from the requirement for renewable fuels that applies to those who produce, import and sell fuel. Groupe Candiac made a similar case by pointing out that it has all the provincial and municipal authorizations required, which already contain measures to protect the Western Chorus Frog, to continue with the development of its lands in the area to which the Emergency Order applies.

[183] Justice Zinn noted that even if the general intent of the contested regulatory provision was to complete the provincial legislative measures in place, it would nevertheless prevail over those measures and, in so doing, encroach on certain elements of the provincial legislation on the matter. He concluded that it tended toward more serious encroachment on provincial jurisdictions (*Syncrude FC*, at paragraph 94).

[184] We can say the same of subparagraph 80(4)(c)(ii).

(c) History of legislating on the matter in question

[185] Justice Zinn noted that Parliament had already invoked its power to legislate criminal law to validate regulatory schemes, particularly with respect to protection of the environment. He also noted that the provinces had also legislated regarding the use of renewable fuels. He concluded that this third factor was neutral (in the original version of the judgment : “In my view, this factor is therefore neutral”) (*Syncrude FC*, at paragraph 96).

exposant ainsi l’espèce à une disparition qui peut être brutale et soudaine. En ce sens, suivant la preuve extrinsèque, le sous-alinéa 80(4)c)(ii) se veut un « filet de sécurité ». En d’autres termes, il vise, en situation d’urgence, à combler les lacunes des régimes provinciaux et territoriaux déjà en place.

[182] Dans la décision *Syncrude CF*, la demanderesse soutenait qu’en vertu de mesures législatives albertaines déjà en place, elle serait exempte de l’exigence liée aux carburants renouvelables qui s’applique aux producteurs, importateurs et vendeurs de combustibles. Groupe Candiac plaide dans le même sens en signalant qu’il a toutes les autorisations provinciales et municipales requises, lesquelles contiennent déjà des mesures de protection de la rainette faux-grillon de l’Ouest, pour procéder au développement de ses terrains se trouvant dans l’aire d’application du Décret d’urgence.

[183] Le juge Zinn a noté que même si l’intention générale de la disposition réglementaire contestée était de compléter les mesures législatives provinciales en place, elle aurait néanmoins priorité sur lesdites mesures et empiéterait, ce faisant, sur certains éléments de la réglementation provinciale dans ce domaine. Il en a conclu que cela tendait vers un empiètement plus sérieux des champs de compétence provinciale (*Syncrude CF*, au paragraphe 94).

[184] On peut dire la même chose du sous-alinéa 80(4)c)(ii).

c) L’activité législative antérieure dans le domaine en cause

[185] Le juge Zinn a noté que le Parlement avait déjà invoqué son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel pour faire valider des régimes de réglementation, notamment en matière de protection de l’environnement. Il a également noté que les provinces avait aussi légiféré eu égard à l’utilisation de carburants renouvelables. Il en a conclu que ce troisième facteur était neutre (dans la version originale du jugement : « *In my view, this factor is therefore neutral* ») [« Par conséquent, à mon avis, ce facteur n’est pas neutre »] (*Syncrude CF*, au paragraphe 96).

[186] In this case, as we have seen, Quebec has also legislated to protect threatened or vulnerable species. Thus, it took an interest in the Western Chorus Frog, which it declared a “vulnerable wildlife species” and adopted a recovery plan to slow the decline of its population.

[187] Like Justice Zinn, I conclude that this third factor is neutral and adopt the general conclusion of his analysis of the ancillary powers doctrine, with the necessary modifications [*Synchrude FC*, at paragraph 97]:

Overall, I conclude that had it been found that the [Impugned regulation] was *ultra vires* the federal government, the intrusion of the ancillary provisions into provincial powers would not be serious enough to warrant striking it down. The regulations are enacted under broad heads of power and only intrude on other broad heads of power. While they override some aspects of provincial legislation, in most respects, they seek to complement it. Finally, Parliament has a history of legislating to protect the environment and although the provinces have some history of legislating on the issue of renewable fuels, in my view, this is insufficient to demonstrate that the intrusion into provincial powers is serious.

[188] In summary, it is my opinion that subparagraph 80(4)(c)(ii) is constitutionally valid as a measure of criminal law. If I am wrong and in pith and substance, it turns out to be *ultra vires* Parliament, I think, in this case, it would be saved by the ancillary powers doctrine in that a rational and functional link connects it to a broader legislative scheme, the Act, which is otherwise valid.

[189] However, I would like to clarify that my conclusion on the constitutional validity of subparagraph 80(4)(c)(ii) is only true to the extent that the emergency order is made in a context in which, in the opinion of the competent minister, the species under the order, pursuant to subsection 80(2) of the Act, faces imminent threats to its survival or recovery.

[186] En l’espèce, comme nous l’avons vu, le Québec a aussi légiféré pour protéger les espèces menacées ou vulnérables. Ce faisant, il s’est intéressé à la rainette faux-grillon de l’Ouest, qu’il a déclarée « espèce faunique vulnérable » et à l’égard de laquelle il a adopté un plan de rétablissement destiné à freiner le déclin de sa population.

[187] Comme le juge Zinn, j’en conclus que ce troisième facteur est neutre et je fais mienne, en faisant les adaptations nécessaires, la conclusion générale de son analyse de la doctrine des pouvoirs accessoires [*Synchrude CF*, au paragraphe 97] :

Dans l’ensemble, j’estime que si j’avais conclu que le gouvernement fédéral avait outrepassé sa compétence en adoptant le [Règlement contesté], l’empiètement des dispositions accessoires sur les pouvoirs provinciaux ne serait pas assez grave pour justifier l’annulation du règlement. Le règlement a été adopté en vertu de chefs de compétence de grande portée et n’empiète que sur d’autres chefs de compétence de grande portée. Bien qu’il prime sur certains éléments de la législation provinciale, à de nombreux égards, il cherche à la compléter. Enfin, le Parlement a déjà légiféré en vue de protéger l’environnement et, même si les provinces ont déjà légiféré dans une certaine mesure sur la question des carburants renouvelables, cela est insuffisant à mon avis pour démontrer que l’empiètement sur les pouvoirs provinciaux est grave.

[188] En somme, j’estime que le sous-alinéa 80(4)c)(ii) est constitutionnellement valide en tant que mesure de droit criminel. Si j’ai tort et que de par son caractère véritable, il s’avère être *ultra vires* des pouvoirs du Parlement, j’estime, dans ce cas, qu’il serait sauvegardé par la doctrine des pouvoirs accessoires en ce qu’un lien rationnel et fonctionnel le rattache à un régime législatif plus vaste, la Loi, par ailleurs valide.

[189] Je tiens à préciser cependant que ma conclusion quant à la validité constitutionnelle du sous-alinéa 80(4)c)(ii) ne vaut que dans la mesure où le décret d’urgence est pris dans un contexte où, de l’avis du ministre compétent, l’espèce qui en fait l’objet est, suivant le paragraphe 80(2) de la Loi, exposée à des menaces imminentes pour sa survie ou son rétablissement.

[190] I am making this clarification because in *Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada (Environment)*, 2011 FC 962, [2013] 2 F.C.R. 201, *sub nom. Adam v. Canada (Environment) (Adam)*, the Chief Justice of this Court listed a number of general principles regarding the interpretation of section 80 of the Act. One of these principles is that the wording of subsection 80(1) is “sufficiently broad to permit the Governor in Council to make an emergency order on recommendation of the competent minister in situations other than those contemplated by subsection 80(2)” (*Adam*, at paragraph 39) [emphasis added].

[191] This case does not concern the constitutionality of subparagraph 80(4)(c)(ii) in an application context other than the one in subsection 80(2) of the Act. This broader question was not asked of me and I did not have to answer it to complete the determination of this case.

[192] Now all that remains is to determine whether the Emergency Order constitutes a form of disguised expropriation.

B. *Is the Emergency Order void on the grounds that it constitutes a form of expropriation without compensation?*

(1) Groupe Candiac’s position

[193] Groupe Candiac argues that while the measure is constitutionally valid, the Emergency Order must nevertheless be invalidated because it has long been accepted that unless it is expressly authorized by the Act, a public authority cannot, without paying compensation, impose on a property owner restrictions amounting to confiscation of property. Otherwise, it said, this constitutes a form of disguised appropriation giving rise to a claim to nullify the expropriative measure.

[194] It argues that the prohibitions imposed by the Emergency Order are such that it cannot make reasonable use of its land in the Order’s application area. Thus, it has been deprived of the fundamental attributes of its property rights on this land. In concrete terms, Groupe

[190] J’apporte cette précision parce que dans l’affaire *Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Environnement)*, 2011 CF 962, [2013] 2 R.C.F. 201, *sub nom. Adam c. Canada (Environnement) (Adam)*, le juge en chef de cette cour a énuméré un certain nombre de principes généraux concernant l’interprétation de l’article 80 de la Loi. Parmi ces principes il y a celui voulant que le libellé du paragraphe 80(1) soit « suffisamment large pour autoriser le gouverneur en conseil à prendre un décret d’urgence, sur recommandation du ministre compétent, dans des cas autres que ceux prévus au paragraphe 80(2) » (*Adam*, au paragraphe 39) [je souligne].

[191] La présente affaire ne concerne donc pas la constitutionnalité du sous-alinéa 80(4)c)(ii) dans un contexte d’application autre que celui prévu au paragraphe 80(2) de la Loi. Cette question — plus large — ne m’a pas été posée et je n’avais pas à y répondre pour disposer de la présente affaire.

[192] Il me reste maintenant à déterminer si le Décret d’urgence constitue par ailleurs une forme d’expropriation déguisée.

B. *Le Décret d’urgence est-il nul au motif qu’il constituerait une forme d’expropriation sans indemnisation?*

1) La position de Groupe Candiac

[193] Groupe Candiac plaide que dans la mesure où il est valide constitutionnellement, le Décret d’urgence doit néanmoins être invalidé parce qu’il est depuis longtemps admis qu’à moins que cela ne soit expressément autorisé par la loi, une autorité publique ne peut, sans verser d’indemnité, imposer au propriétaire d’un bien-fonds des restrictions qui équivalent à une véritable confiscation de sa propriété. Autrement, dit-il, cela constitue une forme d’expropriation déguisée ouvrant droit à un recours en nullité de la mesure expropriatrice.

[194] Il soutient à cet égard que les interdictions imposées par le Décret d’urgence sont telles qu’il ne peut faire aucun usage raisonnable de ses terrains situés dans l’aire d’application du Décret. Son droit de propriété sur ces terrains s’en trouve ainsi privé, dit-il, de ses attributs

Candiac stated that the Emergency Order will prevent the construction of about 353 of the 1 727 living units that it had reason to believe it could build on this land. It added that the Emergency Order will force it to incur substantial costs by requiring it to build a retention pond on the constructible part of its properties adjacent to the area to which the Order applies and to build a service lane the length of the existing highway.

[195] Groupe Candiac argues that article 952 of the *Civil Code of Québec* [CQLR, c. CCQ-1991] (CCQ), which stipulates that no owner may be compelled to transfer his ownership except by expropriation according to a law for public utility and in return for a just and prior indemnity, as well as the common law rule of *de facto* expropriation, which creates a rule of construction according to which the confiscation of property rights by the government necessarily includes the obligation to offer compensation unless the legislation at issue expressly indicates that no such compensation will be paid, arguing in favour of the nullity of the Emergency Order.

[196] It argues in this regard that paragraph 64(1)(b) of the Act, which gives the Minister the authority to provide fair and reasonable compensation for the losses suffered “as a result of any extraordinary impact of the application of ... an emergency order” does not prevent article 952 of the CCQ or the common law rule of *de facto* expropriation from being applied because the Governor in Council has not always made it, as required in subsection 64(2) of the Act, the regulations supporting the exercise of power vested in the Minister pursuant to subsection 64(1).

[197] Subsection 64(2) of the Act reads as follows :

Regulations

(2) The Governor in Council shall make regulations that the Governor in Council considers necessary for carrying out the purposes and provisions of subsection (1), including regulations prescribing

fondamentaux. Concrètement, cela signifie, avance Groupe Candiac, que le Décret d’urgence l’empêchera de construire environ 353 des 1 727 unités d’habitation qu’il pouvait raisonnablement envisager construire sur ces terrains. Il ajoute que le Décret d’urgence le forcera aussi à engager des dépenses substantielles en l’obligeant à aménager un bassin de rétention sur la partie constructible de ses propriétés adjacentes à l’aire d’application du Décret et à construire une voie de service le long de l’autoroute existante.

[195] Groupe Candiac soutient que tant l’article 952 du *Code civil du Québec* (CQLR, ch. CCQ-1991) (CcQ), qui stipule qu’un propriétaire ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n’est par voie d’expropriation faite suivant la loi pour une cause juste d’utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité, que la règle de common law de l’appropriation *de facto*, qui crée une règle d’interprétation selon laquelle la confiscation d’un droit de propriété par l’État inclut nécessairement l’obligation d’offrir une compensation à moins que la loi en cause ne prévoit expressément qu’aucune telle compensation ne sera versée, militent en faveur de la nullité du Décret d’urgence.

[196] Il prétend à cet égard que l’alinéa 64(1)(b) de la Loi, qui confère au Ministre le pouvoir de verser à toute personne une indemnité juste et raisonnable pour les pertes subies en raisons « des conséquences extraordinaires que pourrait avoir l’application [...] d’un décret d’urgence » ne permet pas d’écarter l’application de l’article 952 CcQ ou de la règle de l’appropriation *de facto* issue de la common law puisque le gouverneur en conseil n’a toujours pas pris, comme l’oblige à le faire le paragraphe 64(2) de la Loi, les règlements venant encadrer l’exercice du pouvoir dévolu au Ministre aux termes du paragraphe 64(1).

[197] Le paragraphe 64(2) de la Loi se lit comme suit :

Règlements

(2) Le gouverneur en conseil doit, par règlement, prendre toute mesure qu’il juge nécessaire à l’application du paragraphe (1), notamment fixer :

(a) the procedures to be followed in claiming compensation;

(b) the methods to be used in determining the eligibility of a person for compensation, the amount of loss suffered by a person and the amount of compensation in respect of any loss; and

(c) the terms and conditions for the provision of compensation.

a) la marche à suivre pour réclamer une indemnité;

b) le mode de détermination du droit à indemnité, de la valeur de la perte subie et du montant de l'indemnité pour cette perte;

c) les modalités de l'indemnisation.

[198] Therefore, according to Groupe Candiac, without application regulations, the Minister has no authority to exercise its power to compensate. The result, it argued, is that the Act should be read as though it has no compensation plan for losses resulting from an emergency order, which opens the door to applying the aforementioned private law rules.

(2) Attorney General's position

[199] The Attorney General maintains that Groupe Candiac's argument strays from the actual question at issue at this stage, which is whether the Emergency Order is *ultra vires* the enabling provision under which it was made, a question that must be resolved with a review of the Order and section 80 of the Act. In his view, this review led to an inescapable result : the Governor in Council had all the authority needed to make the Emergency Order, even if it infringed on Groupe Candiac's property rights because the power to grant compensation under such circumstances does not rest with the Governor in Council, but rather with the Minister.

[200] Thus, according to the Attorney General, the fact that compensation was not paid has no bearing on the emergency order made under section 80 and does not render it *ultra vires a posteriori*, because, based on the terms of the Act, it is the product of a decision made by another decision maker and this decision is necessarily made after the order.

[201] The Attorney General also claimed that the doctrine of *de facto* expropriation, which is merely an interpretive presumption, is without effect in this case

[198] Il s'en suit, selon Groupe Candiac, qu'à défaut de règlements d'application, le Ministre n'a aucune autorité pour exercer son pouvoir d'indemnisation. Il en résulte, plaide-t-il, qu'il faut actuellement lire la Loi comme si elle ne comportait aucun régime d'indemnisation pour les pertes consécutives à la mise en œuvre d'un décret d'urgence, ce qui ouvre la voie à l'application des règles de droit privé susmentionnées.

2) La position du procureur général

[199] Le procureur général soutient pour sa part que l'argument avancé par Groupe Candiac s'écarte de la véritable question en litige à ce stade, laquelle est de savoir si le Décret d'urgence est *ultra vires* de la disposition habilitante en vertu de laquelle il a été pris, une question qui doit se résoudre par un examen du Décret et de l'article 80 de la Loi. Selon lui, cet examen mène à un résultat inéluctable : le gouverneur en conseil avait toute l'autorité voulue pour prendre le Décret d'urgence et ce, même s'il pouvait en résulter une atteinte aux droits de propriété de Groupe Candiac puisque le pouvoir d'accorder une indemnité en pareilles circonstances n'est pas dévolu au gouverneur en conseil, mais bien au Ministre.

[200] Ainsi, selon le procureur général, le fait de ne pas verser d'indemnité ne saurait affecter le décret d'urgence pris en vertu de l'article 80 et le rendre *ultra vires a posteriori*, puisque suivant les termes mêmes de la Loi, il est le fruit d'une décision prise par un autre décideur et que cette décision est forcément postérieure à la prise du décret lui-même.

[201] Le procureur général prétend aussi que la doctrine de l'appropriation de fait, qui ne serait qu'une simple présomption interprétative, est sans effet en l'espèce

because there is no silence to fill, the Act, in section 64, provides for the possibility of compensation for those affected by an emergency order. This type of presumption, he continued, must yield when there is a clear provision or, in the case of incompatibility with the intention of Parliament, which is not the case.

[202] Finally, the Attorney General argues that there is no disguised expropriation or *de facto* expropriation because Groupe Candiac has not demonstrated that the federal government has acquired a beneficial interest in the land subject to the Emergency Order or that all the reasonable uses of this land have been removed because the Emergency Order was made, the reasonable uses of land not being limited to profitable use.

[203] Moreover, he says that Groupe Candiac's submissions on the scope of harm it believes it has suffered in this case are not supported by the evidence on record. He argues that 20 percent of Groupe Candiac's remaining lands are in the area to which the Emergency Order applies and that a large part of it is wetlands, and therefore land more likely to be subject to protection measures.

- (3) The concepts of the *de facto* expropriation or disguised expropriation have no impact on the validity of the Emergency Order.

[204] Like the Attorney General, I am of the view that *de facto* expropriation or disguised expropriation, which are part of common law and civil law, are of no hope to Groupe Candiac in this case. In other words, the question of the validity of the Emergency Order does not pass with these concepts because Parliament has already provided, in clear terms, a mechanism to compensate for losses suffered following the application of an emergency order and defines the scope of any "extraordinary impact" of such an order.

puisqu'il n'y a pas de silence à combler, la Loi, en son article 64, prévoyant la possibilité d'une indemnisation pour ceux et celles qui sont touchés par un décret d'urgence. Ce type de présomption, poursuit-il, doit céder le pas devant une disposition claire ou encore en cas d'incompatibilité avec l'intention du législateur, ce qui serait le cas en l'espèce.

[202] Enfin, le procureur général avance qu'il n'y a ici, dans les faits, ni expropriation déguisée, ni appropriation de fait puisque Groupe Candiac n'a pas fait la démonstration que le gouvernement fédéral a acquis un intérêt bénéficiaire dans les terrains visés par le Décret d'urgence ou encore que toutes les utilisations raisonnables de ces terrains ont été supprimées du fait de la prise du Décret d'urgence, les utilisations raisonnables d'un bien-fonds n'étant pas limitées aux utilisations rentables.

[203] En outre, il affirme que les prétentions de Groupe Candiac quant à la portée du préjudice qu'il estime subir en l'instance ne sont pas appuyées par la preuve au dossier. Il fait valoir à cet égard que les terrains de Groupe Candiac se trouvant dans l'aire d'application du Décret d'urgence ne représentent que 20 p. 100 de la superficie restante des terrains que détient Groupe Candiac dans ce secteur et qu'ils sont constitués en grande partie de terres humides et, donc, de terres susceptibles de faire l'objet de mesure de protection.

- 3) Les concepts d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée sont sans effet sur la validité du Décret d'urgence

[204] Tout comme le procureur général, j'estime que les concepts d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée, issues de la common law et du droit civil, ne sont d'aucun secours à Groupe Candiac en l'instance. En d'autres termes, la question de la validité du Décret d'urgence ne passe pas par ces concepts puisque le Parlement a déjà prévu, en termes exprès, un mécanisme d'indemnisation pour les pertes subies du fait de l'application d'un décret d'urgence et en a délimité la portée aux « conséquences extraordinaires » qu'une telle application pourrait avoir.

[205] This is not a regulation justifying the application of the rule of construction, which aims to protect a land owner from dispossession from his or her lands without compensation. There is no silence to fill in the Act in this regard; Parliament's intent has been clearly expressed in section 64 of the Act.

[206] But what about the absence of regulations pertaining to the Minister's power to pay compensation in relation to the application of an emergency order. Does it prevent the exercise of this power, as Groupe Candiac claims and, in so doing, the application of the concepts of *de facto* expropriation and disguised expropriation. I do not believe so.

[207] It is well established that an administrative decision maker cannot invoke the absence of a regulation to not act when this inaction is equivalent to stripping a law or countering its application. We want to avoid creating a legal vacuum, thereby giving rise to an abuse of power by conferring to the regulatory authority [TRANSLATION] "a dimension that allows the Administration to indefinitely strip the legislature's express will" (Patrice Garant, *Droit Administratif*, 7th Ed., Montreal, Yvon Blais, 2017 (Garant), at pages 215–216). The principles only apply to the exercise of regulatory power, be it facultative or imperative, like in this case (Garant, at page 215). They are particularly useful in the absence of a regulation, if it was interpreted as having prevented the application of the legislation, or depriving the offender of a benefit conferred by it (*Irving Oil Ltd. et al. v. Provincial Secretary of New Brunswick*, [1980] 1 S.C.R. 787, at page 795).

[208] This is what the Minister seems to have understood in this case, by releasing a statement to address the question of owners' rights to compensation for lands situated in the area to which the Emergency Order applies. I remember that it publicly stated no compensation would be paid. Although it did not address the situation of each owner affected, in my view, a decision was made pursuant to subsection 64(1) of the Act.

[205] Nous ne sommes pas en présence ici d'une loi justifiant l'application de la règle d'interprétation visant à protéger un propriétaire foncier d'une dépossession de ses terres sans le versement d'une indemnité. Il n'y a pas de silence à combler dans la Loi à cet égard, l'intention du Parlement ayant été clairement exprimée à l'article 64 de la Loi.

[206] Mais qu'en est-il de l'absence de règlements liés à la mise en œuvre du pouvoir du Ministre de verser une indemnité en lien avec l'application d'un décret d'urgence? A-t-elle pour effet de stériliser l'exercice de ce pouvoir, comme le prétend Groupe Candiac, et d'enclencher, ce faisant, l'application des notions d'appropriation de fait ou d'expropriation déguisée? J'estime que non.

[207] Il est bien établi qu'un décideur administratif ne peut invoquer l'absence d'un règlement pour ne pas agir lorsque cette inaction équivaldrait à stériliser une loi ou à contrecarrer son application. Il s'agit ici d'éviter de créer un vide juridique et d'ainsi engendrer, en quelque sorte, un abus de pouvoir en conférant au pouvoir réglementaire « une dimension qui permettrait à l'Administration de stériliser indéfiniment la volonté expresse du législateur » (Patrice Garant, *Droit Administratif*, 7^e éd., Montréal : Yvon Blais, 2017 (Garant), aux pages 215–216). Ces principes valent que l'exercice du pouvoir réglementaire soit facultatif ou, comme ici, impératif (Garant, à la page 215). Ils sont particulièrement utiles lorsque l'absence de règlement, si elle était interprétée comme stérilisant l'application de la loi, aurait pour effet de priver le justiciable d'un avantage conféré par elle (*Irving Oil Ltd. et autres c. Secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*, [1980] 1 R.C.S. 787, à la page 795).

[208] C'est ce que semble avoir compris le Ministre, en l'espèce, en abordant, par communiqué, la question du droit des propriétaires de terrains situés dans l'aire d'application du Décret d'urgence au versement d'une compensation. Je rappelle qu'il a indiqué publiquement qu'aucune compensation ne leur serait versée. Même si elle n'était pas particularisée à la situation de chaque propriétaire touché, il faut y voir là, à mon sens, une décision aux termes du paragraphe 64(1) de la Loi.

[209] However, this decision, which comes from a decision maker other than the Governor in Council, is in itself, judicially controllable, independent of the Emergency Order (*Habitations Îlot St-Jacques Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 535 (*Îlot St-Jacques*)). While it is necessarily related, the Minister's decision has no impact on the powers exercised by the Governor in Council under section 80 of the Act. As stated by the Attorney General, this type of decision assumes that an emergency order was made previously.

[210] Note that the *Îlot St-Jacques* case involved another owner who had lands in the area to which the Emergency Order applied. That owner argued that the Emergency Order had to be invalidated because it was enacted without first consulting the owners who might be involved. He argued that the Emergency Order was made in violation of the rules of procedural fairness (*Îlot St-Jacques*, at paragraph 17).

[211] Once his judicial review began, this owner also wanted to tackle the fact that he had not been paid any compensation after the Emergency Order was made. Thus, he tried to amend his pleadings to force the Governor in Council to adopt the regulatory framework contemplated by subsection 64(2) of the Act. This application was denied by prothonotary Richard Morneau. This refusal was confirmed on appeal by Justice Yvan Roy for the reason that it “is less of an amendment and more of a different application for judicial review” (*Îlot St-Jacques*, at paragraph 15).

[212] In the opinion of Justice Roy, it seems indisputable that the amendment, if accepted, would allow in a single application for judicial review, “[TRANSLATION] ‘... the dispute of two different decision-making processes with different and independent factual and legislative dynamics’” (*Îlot St-Jacques*, at paragraph 23). In particular, he saw no reason to intervene because prothonotary Morneau accepted the respondents' argument that the loss of value of a piece of land located in the area to which an emergency order applied is “completely irrelevant to an application for judicial review to overturn

[209] Or, cette décision, qui émane d'un décideur autre que le gouverneur en conseil, est, en soi, contrôlable judiciairement, indépendamment du décret d'urgence (*Habitations Îlot St-Jacques Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 535 (*Îlot St-Jacques*)). Bien qu'elle y soit nécessairement reliée, la décision du Ministre n'a aucune incidence sur l'exercice des pouvoirs dévolus au gouverneur en conseil aux termes de l'article 80 de la Loi. Comme le souligne le Procureur général, ce type de décision suppose la prise préalable d'un décret d'urgence.

[210] Je précise que l'affaire *Îlot St-Jacques* mettait aux prises un autre propriétaire dont certains terrains se trouvaient dans l'aire d'application du Décret d'urgence. Ce dernier soutenait que le Décret d'urgence devait être invalidé parce qu'il avait été adopté sans que les propriétaires potentiellement visés ne soient consultés. Il plaïdait, en quelque sorte, que le Décret d'urgence avait été pris en violation des règles de l'équité procédurale (*Îlot St-Jacques*, au paragraphe 17).

[211] Une fois son contrôle judiciaire entamé, ce propriétaire a voulu aussi s'attaquer au fait qu'aucune indemnité ne lui avait été versée comme suite à l'adoption du Décret d'urgence. Il a donc cherché à amender sa procédure de manière à forcer le gouverneur en conseil à adopter le cadre réglementaire envisagé par le paragraphe 64(2) de la Loi. Cette demande lui a été refusée par le protonotaire Richard Morneau. Ce refus a été confirmé en appel par le juge Yvan Roy au motif qu'il « ne s'agi[ssait] pas tant d'un amendement que d'une demande de contrôle judiciaire différente » (*Îlot St-Jacques*, au paragraphe 15).

[212] Aux yeux du juge Roy, il lui paraissait incontestable que l'amendement, s'il était accepté, permettrait dans une seule demande de contrôle judiciaire « “[...] la contestation de deux processus décisionnels différents répondant à une dynamique factuelle et législative différente et indépendante.” » (*Îlot St-Jacques*, au paragraphe 23). Notamment, il n'a vu aucune raison d'intervenir du fait que le protonotaire Morneau ait accepté la prétention des défendeurs voulant que la perte de valeur d'un terrain situé dans l'aire d'application d'un décret d'urgence ne soit « aucunement pertinente à une

an order to protect a species at risk” (*Îlot St-Jacques*, at paragraph 28).

[213] While it was first and foremost founded on procedural considerations, this case, the findings of which I fully support, in my view, strengthens the idea that when an emergency order is made under section 80 of the Act, any debate surrounding the lack of compensation is not relevant in determining the validity of the order, regardless of the basis for the alleged invalidity. Such a debate challenges, to paraphrase Justice Roy, a different decision-making process that meets a different and independent factual and legislative dynamic.

[214] This challenge was open to Groupe Candiac and perhaps still is. However, it has its own dynamic, which is distinct and independent from the dynamic associated with the challenge of the Emergency Order itself, the validity of which needs to be assessed considering the presence of section 64 of the Act, without having to address the matter of compensation and without having to look at the concepts of *de facto* expropriation and disguised appropriation.

[215] These concepts do not apply in this case and the second issue must therefore be answered in the negative.

[216] Having concluded that the Emergency Order will not be invalid for any of the reasons given by Groupe Candiac, this application for judicial review will be dismissed. The Attorney General asks for his costs. Considering the outcome of the case, the Attorney General is entitled to them.

JUDGMENT IN T-1294-16

THIS COURT’S JUDGMENT is that the application for judicial review is dismissed with costs in favour of the respondent.

demande de contrôle judiciaire qui veut faire casser un décret visant la protection d’une espèce en péril » (*Îlot St-Jacques*, au paragraphe 28).

[213] Même si elle était d’abord et avant tout fondée sur des considérations d’ordre procédural, cette affaire, dont j’endors sans réserve les conclusions, vient, à mon sens, renforcer l’idée que dans le contexte de la prise d’un décret d’urgence aux termes de l’article 80 de la Loi, tout débat entourant l’absence d’indemnisation n’est pas pertinent à la détermination de la validité du décret, quel que soit le fondement de l’invalidité alléguée. Un tel débat, en effet, met en cause, pour paraphraser le juge Roy, un processus décisionnel différent, répondant à une dynamique factuelle et législative différente et indépendante.

[214] Cette contestation était ouverte à Groupe Candiac et l’est peut-être encore. Toutefois, elle a sa propre dynamique, laquelle est distincte et indépendante de celle liée à la contestation du Décret d’urgence lui-même dont la validité doit en conséquence s’apprécier, vu la présence de l’article 64 de la Loi, sans que l’on doive faire intervenir la question de l’indemnisation et sans que l’on doive ainsi recourir aux concepts de l’appropriation de fait ou de l’expropriation déguisée.

[215] Ces concepts ne s’appliquent donc pas en l’espèce et la deuxième question en litige doit ainsi recevoir une réponse négative.

[216] Ayant conclu que le Décret d’urgence ne saurait être invalidé pour l’un ou l’autre des motifs invoqués par Groupe Candiac, la présente demande de contrôle judiciaire sera rejetée. Le Procureur général demande les dépens. Vu l’issue du litige, il y aura droit.

JUGEMENT au dossier T-1294-16

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire est rejetée, avec dépens en faveur du défendeur.

A-165-16
2018 FCA 69A-165-16
2018 CAF 69**Canadian Pacific Railway Company** (*Appellant*)**Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée** (*appelante*)

v.

c.

Attorney General of Canada, Canadian Transportation Agency, Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Transportation, and the City of Calgary (*Respondents*)**Le procureur général du Canada, l'Office des transports du Canada, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre des Transports, et la Ville de Calgary** (*intimés*)**INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC RAILWAY COMPANY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)****RÉPERTORIÉ : CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE LIMITÉE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Rennie, Gleason and Laskin JJ.A.—Calgary, January 16; Ottawa, April 6, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Rennie, Gleason et Laskin, J.C.A.—Calgary, 16 janvier; Ottawa, 6 avril 2018.

Transportation — Appeal from 2015 Canadian Transportation Agency decision authorizing Alberta Transportation's application for reconstruction of existing grade separation between railway line owned by appellant, provincial highway; authorizing construction of new at-grade crossing — Agency apportioning costs of construction, maintenance of these works between appellant, Alberta Transportation (respondent) — In 2012, respondent submitting application to Agency under Transportation Act, s. 101(3) for order authorizing new crossing — Respondent also making reference to Agency under Railway Safety Act, s. 16 for apportionment of costs between itself, appellant — Project having two distinct phases, Phase 1, Phase 2 — In 2013, Agency finding that Phase 1 constituting reconstruction of existing grade separation on existing route; authorizing reconstruction, apportioning costs between respondent, appellant — In 2015, respondent submitting another application to Agency, in which application proposing major revisions to previously approved Phase 1 project — Appellant requesting that Agency suspend decision until related documents requested under freedom of information, access to information legislation received, but request refused — Whether Agency erring in law by rendering 2015 decision in manner that conflicted with 2013 decision; whether Agency erring in law by failing to conduct proper analysis as mandated by Railway Safety Act, s. 16(4); whether Agency's decision procedurally fair — Agency's determinations regarding traffic increases to meet present day needs by time Phase 2 completed were factual findings with which not open to Court to interfere — Furthermore, reading reasons as whole together with

Transports — Appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada, qui a autorisé la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appelant et une autoroute provinciale; et la construction d'un nouveau passage à niveau — L'Office a réparti les coûts de construction et d'entretien de ces travaux entre l'appelant et Alberta Transportation (l'intimée) — En 2012, l'intimée a déposé une demande auprès de l'Office au titre de l'art. 101(3) de la Loi sur les transports afin d'obtenir une ordonnance autorisant la construction d'un nouveau franchissement — L'intimée a également saisi l'Office en vertu de l'art. 16 de la Loi sur la sécurité ferroviaire quant à la question de la répartition des coûts entre elle-même et l'appelant — Le projet comportait deux étapes distinctes, la phase 1 et la phase 2 — En 2013, l'Office a conclu que la phase 1 consistait en une reconstruction d'un saut-de-mouton existant sur une route existante; il a autorisé la reconstruction et réparti les coûts entre l'intimée et l'appelant — En 2015, l'intimée a déposé une autre demande à l'Office, dans laquelle elle a proposé des révisions importantes au projet de la phase 1 approuvé antérieurement — L'appelant a demandé à l'Office de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu les documents connexes en réponse à ses demandes d'accès à l'information de documents en vertu des lois sur l'accès à l'information, mais sa demande a été rejetée — Il s'agissait de savoir si l'Office a commis une erreur de droit en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; si l'Office a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l'analyse

outcome, Agency's calculation of traffic needs placing determination of seven lanes within range of reasonable outcomes — Once nuances of Agency's traffic findings clarified, clear no conflict existing between two decisions — Regarding analysis mandated by Railway Safety Act, s. 16(4), even though no evidence of increase in rail traffic arising from Phase 2 project, in particular, Agency's decision that appellant would benefit rested on second footing — continued benefit that appellant would have from grade separation — With respect to procedural fairness, appellant not establishing that Agency breaching right to procedural fairness by not delaying in its decision — Appellant's remedies not spent — Appellant also not establishing Agency breaching appellant's right to procedural fairness by failing to order production of documents — Finally, documents obtained through freedom of information request having material, direct impact on 2015 decision; having consequences for appellant; bearing directly on analysis required by Railway Safety Act, s. 16(4) — Given this, appellant free to make application under Transportation Act, s. 32 for reconsideration of 2015 decision — Appeal dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from 2015 Canadian Transportation Agency decision authorizing, inter alia, Alberta Transportation's application for reconstruction of existing grade separation between railway line owned by appellant, provincial highway, appellant raising three separate grounds of appeal — Appellant arguing that Agency erring in rendering 2015 decision in manner that conflicted with 2013 decision; that Agency making three errors of law in consideration of Railway Safety Act, s. 16(4); that Agency, in refusing appellant's request for adjournment, breaching appellant's right to procedural fairness — What was standard of review for grounds of appeal — Reasonableness standard applicable standard of review for appellant's first, second grounds of appeal — Standard for determining whether decision maker complying with duty of procedural fairness is correctness — Content or degree of fairness required informed by five, non-exhaustive contextual factors identified in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Fifth factor, degree of deference accorded to decision maker, relevant here — In determining content of fairness, ultimate question

prévue à l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire; si la décision de l'Office était équitable sur le plan de la procédure — Les décisions de l'Office concernant l'augmentation de la circulation pour répondre aux besoins au moment où la phase 2 serait achevée étaient des conclusions de fait qu'il n'était pas loisible à la Cour de modifier — En outre, compte tenu de l'ensemble des motifs et du résultat, le calcul par l'Office des besoins portant qu'un tronçon de sept voies était requis appartenait aux issues possibles acceptables — Après que les nuances des conclusions de l'Office relatives à la circulation ont été précisées, il était clair qu'il n'existait aucun conflit entre les deux décisions — En ce qui concerne l'analyse prévue à l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire, même s'il n'y avait aucune preuve d'augmentation du trafic ferroviaire découlant du projet de la phase 2 en particulier, la décision de l'Office selon laquelle l'appellant en profiterait reposait sur un second fondement — l'avantage continu que pourrait retirer l'appellant du saut-de-mouton — En ce qui concerne l'équité sur le plan de la procédure, l'appellant n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en ne reportant pas sa décision — Les recours de l'appellant n'étaient pas épuisés — L'appellant n'a pas établi non plus que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en omettant d'ordonner la production de documents — Enfin, les renseignements reçus à la suite de la demande d'accès à l'information ont eu une incidence importante et directe sur la décision de 2015; ils ont eu des conséquences pour l'appellant; ils ont eu une incidence directe sur l'analyse exigée par l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire — En conséquence, il était loisible à l'appellant, en vertu de l'art. 32 de la Loi sur les transports, de présenter une demande de réexamen de la décision de 2015 — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans un appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada, qui a autorisé notamment la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appellant et une autoroute provinciale, l'appellant a invoqué trois moyens d'appel distincts — L'appellant a prétendu que l'Office avait commis une erreur en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; que l'Office avait commis trois erreurs de droit dans son examen de l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire; que l'Office, en rejetant sa demande d'ajournement, avait porté atteinte à son droit à l'équité procédurale — La question en litige était celle de la norme de contrôle applicable aux moyens d'appel — La norme du caractère raisonnable était la norme de contrôle applicable au premier et au deuxième moyen d'appel de l'appellant — La norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale est celle de la décision

is whether party knew case they had to meet, had opportunity to respond, had impartial decision maker consider their case fully, fairly — Deference only one criterion amongst many that informs content of fairness but is irrelevant in answering question as to whether fairness met — Court's reviewing exercise best reflected in correctness standard — Procedural review, substantive review serving different objectives in administrative law — No compelling reasons why this distinction should be jettisoned.

This was an appeal from a 2015 Canadian Transportation Agency (Agency) decision authorizing Alberta Transportation's application for the reconstruction of an existing grade separation between a railway line owned by the appellant and a provincial highway and the construction of a new at-grade crossing. The Agency apportioned costs of construction and maintenance of these works between the appellant and Alberta Transportation (respondent).

On a specific highway in Alberta, a bridge crosses over Canadian Pacific Railway tracks. In June 2012, the respondent submitted an application to the Agency under subsection 101(3) of the *Transportation Act* for an order authorizing a new crossing. The respondent also made a reference to the Agency under section 16 of the *Railway Safety Act* for the apportionment of the costs between itself and the appellant. The respondent presented the project as having two distinct phases, Phase 1 and Phase 2. In its 2013 decision, the Agency found that Phase 1 constituted a reconstruction of an existing grade separation on an existing route. It authorized reconstruction and apportioned costs between the respondent and the appellant at 85 percent and 15 percent, respectively. The 2013 decision was not appealed.

In March 2015, the respondent submitted another application to the Agency seeking in particular an order authorizing and apportioning the costs of a revised and expanded Phase 2 of the project. The 2015 application proposed major revisions to the previously approved Phase 1 project. In the fall of 2015, the appellant learned that the respondent had secured federal infrastructure funding for a large south western road (SWCRR) and asked the Agency to suspend its decision

correcte — La teneur ou le degré d'équité requis est circonscrit par les cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — Le cinquième, soit le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard du décideur, était pertinent en l'espèce — Pour déterminer le degré d'équité, la question fondamentale est celle de savoir si la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement — La déférence n'est qu'un des nombreux critères qui permet de déterminer le degré d'équité, mais elle ne s'applique pas lorsqu'il est question de répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité a été satisfaite — L'exercice de révision est particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte — L'examen portant sur la procédure et l'examen portant sur le fond visent différents objectifs en droit administratif — Il n'y avait aucune raison convaincante pour laquelle cette distinction devrait être abandonnée.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada (l'Office), qui a autorisé la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appelant et une autoroute provinciale, et la construction d'un nouveau passage à niveau. L'Office a réparti les coûts de construction et d'entretien de ces travaux entre l'appelant et Alberta Transportation (l'intimée).

Sur une certaine autoroute de l'Alberta, un pont passe au-dessus des voies du Chemin de fer Canadien Pacifique. En juin 2012, l'intimée a déposé une demande auprès de l'Office au titre du paragraphe 101(3) de la *Loi sur les transports* afin d'obtenir une ordonnance autorisant la construction d'un nouveau franchissement. Elle a également saisi l'Office en vertu de l'article 16 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* quant à la question de la répartition des coûts entre elle-même et l'appelant. L'intimée a présenté le projet comme comportant deux étapes distinctes, la phase 1 et la phase 2. Dans la décision qu'il a rendue en 2013, l'Office a conclu que la phase 1 consistait en une reconstruction d'un saut-de-mouton existant sur une route existante. Il a autorisé la reconstruction et réparti les coûts entre l'intimée et l'appelant à 85 p. 100 et 15 p. 100, respectivement. Il n'a pas été interjeté appel de la décision de 2013.

En mars 2015, l'intimée a déposé une autre demande à l'Office en vue d'obtenir plus particulièrement une ordonnance autorisant et répartissant les coûts d'une phase 2 révisée et élargie du projet. La demande de 2015 proposait des révisions importantes au projet de la phase 1 approuvée antérieurement. À l'automne 2015, l'appelant a appris que l'intimée avait obtenu le financement fédéral pour les projets d'infrastructure pour le périphérique sud-ouest de Calgary

until it had received related documents it sought access to. However, its request to adjourn was refused. The Agency's 2015 decision in particular found that the westbound structure as described in the 2015 application was essentially the same as the one already authorized by the 2013 decision. The Agency authorized the proposed reconstruction to accommodate the fourth through-lane. Finally, it apportioned the reconstruction and construction of the new at-grade crossing to the appellant and respondent in the same proportion applied to the Phase 1 project in 2013.

The appellant raised three different grounds of appeal. It argued that the Agency erred in rendering the 2015 decision in a manner that conflicted with the 2013 decision; that the Agency made three errors of law in its consideration of subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*; and that the Agency, in refusing the appellant's request for an adjournment and in proceeding in the absence of the requested documents, breached the appellant's right to procedural fairness.

At issue was the standard of review for the grounds of appeal; whether the Agency erred in law by rendering the 2015 decision in a manner that conflicted with the 2013 decision; whether the Agency erred in law by failing to conduct a proper analysis as mandated by subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*; and whether the Agency's decision was procedurally fair.

Held, the appeal should be dismissed.

Reasonableness was the applicable standard of review for the appellant's first and second grounds of appeal. The standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness is correctness. The content or degree of fairness required is informed by the five non-exhaustive contextual factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. Of those factors, the fifth, the degree of deference accorded to the decision maker, was relevant here. In determining the content of fairness, the ultimate question is whether the party knew the case they had to meet, had an opportunity to respond, and had an impartial decision maker consider their case fully and fairly. Deference is but one criterion amongst many that informs the *content* of fairness, but it is irrelevant in answering the question as to *whether* fairness has been met. A court assessing a procedural fairness argument is required to ask whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances, including the *Baker* factors. A court's reviewing exercise is best reflected in the correctness standard, even though no standard of review is being applied strictly

(PSOC) et il a demandé à l'Office de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu les documents connexes en réponse à ses demandes. Toutefois, sa demande d'ajournement a été rejetée. Dans sa décision de 2015, l'Office a conclu plus particulièrement que la structure en direction ouest décrite dans la demande de 2015 était essentiellement la même que celle déjà autorisée par la décision de 2013. L'Office a autorisé la reconstruction proposée afin d'accueillir la quatrième voie principale. Enfin, l'Office a attribué la reconstruction et la construction du nouveau saut-de-mouton à l'appellant et à l'intimée dans la même proportion qui a été appliquée au projet de la phase 1 en 2013.

L'appellant a interjeté appel de la décision sur trois plans. Il a prétendu que l'Office avait commis une erreur en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; que l'Office avait commis trois erreurs de droit dans son examen du paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*; et que l'Office, en rejetant sa demande d'ajournement et en procédant en l'absence des documents demandés, avait porté atteinte à son droit à l'équité procédurale.

La question en litige était celle de la norme de contrôle applicable aux moyens d'appel; si l'Office avait commis une erreur de droit en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; si l'Office a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l'analyse prévue au paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*; et si la décision de l'Office était équitable sur le plan de la procédure.

Arrêt : L'appel doit être rejeté.

La norme du caractère raisonnable était la norme de contrôle applicable au premier et au deuxième moyen d'appel. La norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale était celle de la décision correcte. La teneur ou le degré d'équité requis est circonscrit par les cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Parmi ces facteurs, le cinquième, soit le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard du décideur, était pertinent en l'espèce. Pour déterminer le degré d'équité, la question fondamentale est celle de savoir si la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement. La déférence n'est qu'un des nombreux critères qui permet de déterminer le *degré* d'équité, mais elle ne s'applique pas lorsqu'il est question de répondre à la question de *savoir* si l'obligation d'équité a été satisfaite. La cour qui apprécie un argument relatif à l'équité procédurale doit se demander si la procédure était équitable eu égard à l'ensemble des circonstances, y compris

speaking. Procedural review and substantive review serve different objectives in administrative law. The former focuses on the nature of the rights involved and the consequences for affected parties, while the latter focuses on the relationship between the court and the administrative decision maker. This distinction, and the ability of a court to tailor remedies appropriate to each, is a useful tool in the judicial toolbox. There are no compelling reasons why this distinction should be jettisoned.

In the 2013 decision, the Agency found that six lanes were required to meet the present day needs of 26 000 average annual daily traffic (AADT) in 2012. In 2015, it found that the traffic would increase to 37 600 by the time Phase 2 finished and that seven lanes was required to meet the change in the present day needs. These determinations were factual findings with which it was not open to the Court to interfere. Reading the reasons as a whole together with the outcome, and considering the fact that the present day needs did in fact change and that the next category—over 50 000—warranted eight lanes, the increase to 37 600 placed the determination of seven lanes within the range of reasonable outcomes. Once the nuances of the Agency’s AADT findings were clarified, it was clear there was no conflict between the two decisions. This ground of appeal therefore failed.

Regarding the analysis mandated by subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*, the appellant claimed in particular that the Agency erred in finding that the appellant would benefit due to an increase in rail traffic because this finding was made without any evidence. While there was no evidence before the Agency that there would be an increase in rail traffic, this did not mean that it was unreasonable to apportion costs to the appellant when it would not benefit from the construction. The Agency concluded that given the history of the parties’ shared responsibility at this crossing and that both parties would continue to benefit from the grade separation, the parties continue to share responsibility at this crossing. Thus, even though there was no evidence of an increase in rail traffic arising from the Phase 2 project in particular, the Agency’s decision that the appellant would benefit rested on a second footing—the continued benefit that the appellant would have from the grade separation. Thus, this particular error of law noted was of no consequence given the existence of a second basis for finding that the appellant would benefit. The appellant’s other assertions about the Agency’s alleged errors were also rejected.

à l’égard des facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker*. L’exercice de révision est particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte, même si, à proprement parler, aucune norme de contrôle n’est appliquée. L’examen portant sur la procédure et l’examen portant sur le fond visent différents objectifs en droit administratif. Le premier porte sur la nature des droits concernés et les conséquences pour les parties touchées, alors que le dernier porte sur la relation entre la cour et le décideur administratif. Cette distinction et la capacité d’un tribunal à accorder des mesures de redressement adaptées à chacun est un outil utile dans la boîte à outils judiciaire. Il n’y avait aucune raison convaincante pour laquelle elle devrait être abandonnée.

Dans la décision de 2013, l’Office a conclu qu’un tronçon à six voies était nécessaire pour répondre au débit journalier moyen annuel (DJMA) de 26 000 en 2012. En 2015, il a conclu que la circulation augmenterait à 37 600 au moment où la phase 2 serait achevée et qu’un tronçon à sept voies était requis afin de répondre au changement dans les besoins à ce moment-là. Ces décisions étaient des conclusions de fait qu’il n’était pas loisible à la Cour de modifier. Compte tenu de l’ensemble des motifs et du résultat, et compte tenu du fait que les besoins à ce moment-là ont bel et bien changé et que la prochaine catégorie — plus de 50 000 — justifiait un tronçon à huit voies, l’augmentation à 37 600 a fait en sorte que la décision portant qu’un tronçon de sept voies était requis appartenait aux issues possibles acceptables. Après que les nuances des conclusions de l’Office relatives au DJMA ont été précisées, il était clair qu’il n’existait aucun conflit entre les deux décisions. Ce moyen d’appel a donc été rejeté.

En ce qui concerne l’analyse prévue au paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, l’appelant a prétendu plus particulièrement que l’Office avait commis une erreur en concluant qu’il profiterait d’une augmentation du trafic ferroviaire, car cette conclusion a été tirée sans aucun élément de preuve. L’Office n’était saisi d’aucun élément de preuve selon lequel il y aurait une augmentation du trafic ferroviaire, mais cela ne voulait pas dire qu’il était déraisonnable d’attribuer des coûts à l’appelant alors qu’il ne retirerait pas un avantage de la construction. L’Office a conclu que, compte tenu de l’historique de responsabilité partagée des parties à ce franchissement, et du fait que les deux parties continueraient de profiter du saut-de-mouton, il convenait que les parties continuent de partager la responsabilité à ce franchissement. Par conséquent, même s’il n’y avait aucune preuve d’augmentation du trafic ferroviaire découlant du projet de la phase 2 en particulier, la décision de l’Office selon laquelle l’appelant en profiterait reposait sur un second fondement — l’avantage continu que pourrait retirer l’appelant du saut-de-mouton. Donc, sur ce point, l’erreur de droit soulevée était sans conséquence, compte tenu de l’existence d’un deuxième fondement permettant de conclure que l’appelant retirerait un avantage.

With respect to procedural fairness, the appellant did not establish that the Agency breached its right to procedural fairness by not delaying in its decision. The appellant's remedies were not spent and the Agency itself, in refusing the adjournment, recognized the existence of other recourses available to the appellant. Moreover, the appellant did not establish that the Agency breached its right to procedural fairness by failing to order production of documents. The procedural fairness arguments therefore failed.

Finally, information received as a result of the appellant's freedom of information request indicated that the City of Calgary and the respondent may have kept the appellant and the Agency in the dark about their future plans. Documents obtained had a material and direct impact on the 2015 decision and had consequences for the appellant. The documents bore directly on the analysis required by subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*. Given the new facts that could have a direct and material bearing on the 2015 decision, the appellant was free to make an application under section 32 of the *Transportation Act* to the Agency for reconsideration of the 2015 decision and any further ground that it wanted to advance.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 29, 32, 41, 101(3).
Canadian Transportation Agency Rules (Dispute Proceedings and Certain Rules Applicable to All Proceedings), SOR/2014-104, ss. 24, 41(1)(d).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 27(3).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25.
Railway Safety Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 16.

CASES CITED

APPLIED:

Mission Institution v. Khela, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Kelly v. Nova Scotia Police Commission*,

Les autres prétentions de l'appelant concernant les erreurs que l'Office aurait commises ont été rejetées également.

En ce qui concerne l'équité sur le plan de la procédure, l'appelant n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en ne reportant pas sa décision. Les recours de l'appelant n'étaient pas épuisés et l'Office lui-même, en refusant l'ajournement, a reconnu que d'autres recours étaient offerts à l'appelant. En outre, l'appelant n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en omettant d'ordonner la production de documents. Les arguments fondés sur l'équité procédurale ont donc été rejetés.

Enfin, les renseignements reçus à la suite de la demande d'accès à l'information faite par l'appelant indiquaient que la ville de Calgary et l'intimée pourraient avoir tenu l'appelant et l'Office dans l'ignorance à propos de leurs futurs plans. Les documents obtenus ont eu une incidence importante et directe sur la décision de 2015 et ont eu des conséquences pour l'appelant. Les documents ont eu une incidence directe sur l'analyse exigée par le paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. Étant donné les faits nouveaux qui pourraient avoir une incidence directe et importante sur la décision de 2015, il était loisible à l'appelant, en vertu de l'article 32 de la *Loi sur les transports*, de présenter à l'Office une demande de réexamen de la décision de 2015 et de tout autre motif qu'il souhaitait faire valoir.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, ch. F-25.
Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, art. 16.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27(3).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 29, 32, 41, 101(3).
Règles de l'Office des transports du Canada (Instances de règlement des différends et certaines règles applicables à toutes les instances), DORS/2014-104, art. 24, 41(1)(d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Établissement de Mission c. Khela, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Kelly v. Nova Scotia Police Commission*, 2006 NSCA 27,

2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Brooks v. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316.

DISTINGUISHED:

Rogers Communications Canada Inc. v. Metro Cable T.V. Maintenance, 2017 FCA 127.

CONSIDERED:

Application by Alberta Transportation pursuant to section 101(3) of the Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10, as amended and section 16 of the Railway Safety Act, R.S.C., 1985, c. 32, (4th Supp.), Decision No. 137-R-2013 (March 28, 2013, Canadian Transportation Agency); *Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, 72 Admin. L.R. (5th) 1; *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 70 Admin. L.R. (5th) 1; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, 465 N.R. 152; *Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75, 52 Imm. L.R. (4th) 1; *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Eagle's Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249.

REFERRED TO:

Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Canadian National Railway Company v. Viterra Inc.*, 2017 FCA 6, 410 D.L.R. (4th) 128; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Wsáneč School Board v. British Columbia*, 2017 FCA 210; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146; *Therrien v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 14, 24 Admin. L.R. (6th) 46; *Miakanda-Batsika v. Bell Canada*, 2016 FCA 278; *El-Helou v. Canada (Courts Administration Service)*, 2016 FCA 273; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 11 Admin. L.R. (6th) 187; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 480 N.R. 365; *Abi-Mansour v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 135, 474 N.R. 193; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990]

241 N.S.R. (2d) 300; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Brooks v. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Rogers Communications Canada Inc. c. Metro Cable T.V. Maintenance, 2017 CAF 127.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Demande présentée par Alberta Transportation conformément au paragraphe 101(3) de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10, modifiée et à l'article 16 de la Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985), ch. 32 (4^e suppl.), décision n° 137-R-2013 (28 mars 2013, Office des transports du Canada); *Ré : Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170; *Maritime Broadcasting System Ltd. c. La Guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75; *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Eagle's Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249.

DÉCISIONS CITÉES :

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Viterra Inc.*, 2017 CAF 6; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Wsáneč School Board c. British Columbia*, 2017 CAF 210; *Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2017 CAF 146; *Therrien c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 14; *Miakanda-Batsika c. Bell Canada*, 2016 CAF 278; *El-Helou c. Canada (Service administratif des tribunaux judiciaires)*, 2016 CAF 273; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38; *Abi-Mansour c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 135; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *Canada (Procureur général)*

1 S.C.R. 653, 69 D.L.R. (4th) 489; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager; Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; *Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Johnson v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 76, 414 N.R. 321; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488.

c. Mavi, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager; Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Johnson c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 76; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488.

AUTHORS CITED

Canadian Transportation Agency. *Apportionment of Costs of Grade Separations: A Resource Tool*, Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2011.

Clark, Edward, “Reasonably Unified: The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker” (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1.

Evans, John M. “View from the Top: Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017” in Donald J. M. Brown & John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf, Toronto: Thomson Reuters Canada Limited, 2017.

Ruel, The Honourable Simon, “What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness?” (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259.

APPEAL from a 2015 decision (*Application by Alberta Transportation pursuant to section 101 of the Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10, as amended, and section 16 of the Railway Safety Act, R.S.C., 1985, c. 32, (4th Supp.)*, Decision No. 397-R-2015) of the Canadian Transportation Agency authorizing Alberta Transportation’s application for the reconstruction of an existing grade separation between a railway line owned by the appellant and a provincial highway and the construction of a new at-grade crossing. Appeal dismissed.

DOCTRINE CITÉE

Clark, Edward, “Reasonably Unified : The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker” (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1.

Evans, John M. “View from the Top : Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017” dans Donald J. M. Brown & John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters Canada Limited, 2017.

Office des transports du Canada. *Réparations des coûts des sauts-de-mouton : Un outil d’information*, Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011.

Ruel, l’honorable Simon, “What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness?” (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259.

APPEL interjeté contre une décision rendue en 2015 (*Demande présentée par Alberta Transportation conformément à l’article 101 de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10, modifiée et à l’article 16 de la Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985), ch. 32 (4^e suppl.)*, décision n° 397-R-2015) par l’Office des transports du Canada autorisant la demande d’Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d’un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l’appelant et une autoroute provinciale, et la construction d’un nouveau passage à niveau. Appel rejeté.

APPEARANCES

J. Raymond Chartier and Elizabeth Fashler for appellant.
Todd J. Burke, Phuong T.V. Ngo and Matthew Estabrooks for respondent Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Transportation.
Kevin Shaar for respondent Canadian Transportation Agency.

SOLICITORS OF RECORD

Norton Rose Fullbright Canada LLP, Calgary, for appellant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, for respondent Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Transportation.
Canadian Transportation Agency, Gatineau, for respondent Canadian Transportation Agency.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RENNIE J.A.:

I. Introduction

[1] The Canadian Pacific Railway Company [CP or CPR] appeals Decision No. 397-R-2015 (the 2015 Decision) of the Canadian Transportation Agency [Agency] under section 41 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 [Transportation Act]. In this decision, the Agency authorized Alberta Transportation's application for the reconstruction of an existing grade separation between a railway line owned by CP and a provincial highway and the construction of a new at-grade crossing. It apportioned costs of construction and of maintenance of these works between CP and Alberta Transportation.

[2] A detailed review of the facts is required in order to understand the issues in this appeal and their disposition.

ONT COMPARU :

J. Raymond Chartier et Elizabeth Fashler pour l'appelant.
Todd J. Burke, Phuong T.V. Ngo et Matthew Estabrooks pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta représentée par le ministre des Transports.
Kevin Shaar pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Norton Rose Fullbright Canada LLP, Calgary, pour l'appelant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, pour l'intimée, Sa Majesté la Reine de l'Alberta, représentée par le ministre des Transports.
Office des transports du Canada, Gatineau, pour l'intimé, l'Office des transports du Canada.

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

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Le Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée [CP ou CFCP] interjette appel de la décision n° 397-R-2015 (la décision de 2015) de l'Office des transports du Canada [L'Office] en vertu de l'article 41 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 [Loi sur les transports]. Dans cette décision, l'Office a autorisé la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant au CP et une autoroute provinciale, et la construction d'un nouveau passage à niveau. Il a réparti les coûts de construction et d'entretien de ces travaux entre le CP et Alberta Transportation.

[2] Un examen détaillé des faits est requis pour comprendre les questions soulevées dans le présent appel et leur décision.

II. Background

[3] Three kilometres south of Midnapore, Alberta on Highway 22X, a bridge crosses over Canadian Pacific Railway tracks. The bridge has two eastbound lanes and two westbound lanes. It has been there since 1957.

[4] In June 2012, Alberta Transportation submitted an application to the Agency under subsection 101(3) of the Transportation Act for an order authorizing a new crossing. Approval was sought for construction of a new overhead bridge crossing the single CP track. It also made a reference to the Agency under section 16 of the *Railway Safety Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32 for the apportionment of the costs between CP and Alberta Transportation.

[5] Alberta Transportation presented the project as having two distinct phases. Phase 1 would expand the existing three lane bridge to six lanes by twinning the bridge. This would be done by building a new bridge, adjacent to the existing bridge, with the result that there would be three eastbound and three westbound lanes. Phase 2 contemplated future expansion of the bridge to accommodate the South West Calgary Ring Road (SWCRR). The SWCRR is of critical importance to Alberta Transportation and the City of Calgary in the management of future traffic in and around Calgary.

[6] The SWCRR would cross the lands of the Tsuut'ina. Until agreement was reached with the Tsuut'ina, the SWCRR could not proceed. Negotiations between Alberta Transportation and the Tsuut'ina Nation were proceeding contemporaneous to the proceedings before the Agency.

[7] CP submitted that the project was a “new route” and, as such, CP should bear no responsibility for any of the costs under Agency guidelines. In response, Alberta Transportation withdrew Phase 2, and limited its application for approval and apportionment of Phase 1 only. CP maintained its position that the Phase 1 project was also a “new route”.

II. Les faits

[3] Trois kilomètres au sud de Midnapore (Alberta), sur l'autoroute 22X, un pont passe au-dessus des voies du Chemin de fer Canadien Pacifique. Le pont compte deux voies en direction est et deux voies en direction ouest. Il y est depuis 1957.

[4] En juin 2012, Alberta Transportation a déposé une demande auprès de l'Office au titre du paragraphe 101(3) de la Loi sur les transports afin d'obtenir une ordonnance autorisant la construction d'un nouveau franchissement. Elle a demandé l'approbation pour la construction d'un nouveau passage supérieur croisant l'unique voie du CP. Elle a également saisi l'Office en vertu de l'article 16 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, L.R.C (1985) (4^e suppl.), ch. 32 quant à la question de la répartition des coûts entre le CP et Alberta Transportation.

[5] Alberta Transportation a présenté le projet comme comportant deux étapes distinctes. La phase 1 consisterait en l'élargissement à six voies du pont à trois voies existant. Pour ce faire, un nouveau pont, adjacent au pont existant, serait construit de sorte qu'il y aurait trois voies en direction est et trois voies en direction ouest. La phase 2 prévoyait une expansion du pont qui permettrait d'accueillir le South West Calgary King Road (ci-après le périphérique sud-ouest de Calgary (PSOC)). Le PSOC revêt une importance capitale pour Alberta Transportation et la ville de Calgary en ce qui concerne la gestion du trafic futur à l'intérieur et autour de Calgary.

[6] Le PSOC traverserait les terres de la nation Tsuut'ina. Il était impossible de donner suite au PSOC avant de conclure une entente avec la nation Tsuut'ina. Les négociations entre Alberta Transportation et la nation Tsuut'ina se déroulaient en même temps que les procédures devant l'Office.

[7] Le CP a fait valoir que le projet constituait une « nouvelle route » et que, par conséquent, selon les lignes directrices de l'Office, le CP ne devrait assumer aucune responsabilité en ce qui concerne les coûts. En réponse, Alberta Transportation a retiré la phase 2 et a limité sa demande d'approbation et de répartition à la phase 1 uniquement. Le CP a maintenu sa position selon

[8] In the result, the specific project before the Agency for which approval was sought in 2012 involved the construction of the three through-lane westbound structure with a provision for a future facility lane, and some deck work on the existing structure to make it a three through-lane eastbound structure.

[9] In March 2013, the Agency released its decision [Decision No. 137-R-2013] (the 2013 Decision).

[10] The Agency found that Phase 1 constituted a reconstruction of an existing grade separation on an existing route. The “new route” argument was rejected, although no reasons were given. The argument that it was part of the SWCRR was not addressed. It fell to the wayside with the withdrawal of Phase 2.

[11] In submissions to the Agency, Alberta Transportation contended that six lanes met “present day needs”, a term used by the Agency in the exercise of its specialised role. Present day needs refers to the capacity required to accommodate the volume of traffic at the crossing upon completion of the project.

[12] The average annual daily traffic (AADT) at the crossing in 2012 was 26 000, which, according to the Alberta Infrastructure’s Highway Geometric Design Guide (the Alberta Transportation Guide to projecting future highway needs) warranted a four-lane bridge. After acknowledging the time required to reconstruct the existing grade separation, the Agency was “satisfied that the 2012 vehicular traffic volume [was] sufficiently close” to 31,000—the threshold for a six-lane section—for six lanes to be considered part of the work required to meet present day needs (2013 Decision, at paragraphs 26–28). The Agency authorized reconstruction on the basis that six lanes (three in each direction) were needed to meet present day needs of 26 000 AADT.

laquelle le projet de la phase 1 constituait également une « nouvelle route ».

[8] En conséquence, le projet précis présenté à l’Office et pour lequel une approbation a été demandée en 2012 portait sur la construction d’une structure constituée de trois voies principales en direction ouest qui comprenait un aménagement pour une future voie de desserte ainsi que sur des travaux sur le tablier de la structure existante qui permettraient d’en faire une structure constituée de trois voies principales en direction est.

[9] En mars 2013, l’Office a rendu sa décision [décision n° 137-R-2013] (la décision de 2013).

[10] L’Office a conclu que la phase 1 consistait en une reconstruction d’un saut-de-mouton existant sur une route existante. L’argument de « nouvelle route » a été rejeté, même si aucun motif n’a été fourni. L’argument selon lequel le saut-de-mouton fait partie du PSOC n’a pas été abordé. Le projet a été abandonné avec le retrait de la phase 2.

[11] Dans les arguments qu’elle a soumis à l’Office, Alberta Transportation a fait valoir que six voies répondaient aux « besoins actuels », une expression utilisée par l’Office dans l’exercice de son rôle spécialisé. Les besoins actuels renvoient à la capacité requise pour répondre au volume du trafic au franchissement une fois le projet achevé.

[12] Le débit journalier moyen annuel (DJMA) au franchissement en 2012 était de 26 000 véhicules, ce qui, selon le guide de conception géométrique d’Alberta Transportation (le guide d’Alberta Transportation servant à prévoir les besoins futurs en matière d’autoroute), justifiait la construction d’un pont à quatre voies. Après avoir reconnu le délai requis pour reconstruire le saut-de-mouton existant, l’Office était « convaincu que le volume de circulation routière de 2012 [était] suffisamment proche » du chiffre de 31 000 — le seuil exigé pour justifier un tronçon à six voies — pour que la construction de six voies soit envisagée dans le cadre de l’ouvrage exigé pour répondre aux besoins actuels (décision de 2013, au paragraphes 26 à 28). L’Office a autorisé la reconstruction au motif que six voies (trois dans chaque direction)

[13] It apportioned costs (save for the costs of a future facility lane, which was found not to form part of the basic grade separation) between Alberta and CP at 85 percent and 15 percent, respectively (2013 Decision, at paragraphs. 30, 49 and 59–60). This is the usual apportionment applied by the Agency when proposed construction is characterized as reconstruction of an existing grade separation as opposed to new construction.

[14] CP did not appeal the 2013 Decision.

[15] On November 27, 2013 the province and the Tsuut'ina Nation reached an agreement for the construction of portions of the SWCRR on their traditional lands.

[16] On March 24, 2015, Alberta submitted another application under subsection 101(3) of the Transportation Act. It sought an order authorizing and apportioning the costs of a revised and expanded Phase 2 of the project. Phase 2, characterized by Alberta as a “reconstruct[ion of] the existing overhead bridge to carry the Southwest Calgary Ring Road over the existing CPR track”, had become viable due to the agreement with the First Nation which allowed for the construction of the SWCRR.

[17] The 2015 application proposed major revisions to the previously approved Phase 1 project. Instead of only completing some deck work on the existing bridge to make it an entirely three-lane eastbound bridge, the revised Phase 2, sometimes described as “the 2015 Work” in the record, involved the demolition of the existing bridge, the construction of an entirely new eastbound bridge and the construction of the separate, westbound bridge that was approved in the 2013 Decision. Together they would accommodate seven lanes of through-lane traffic over the CP track instead of six.

étaient requises pour satisfaire aux besoins actuels d'un DJMA de 26 000 véhicules.

[13] L'Office a réparti les coûts (à l'exception des coûts d'une future voie de desserte, qui a été jugée ne pas faire partie du saut-de-mouton de base) entre l'Alberta et le CP à 85 p. 100 et 15 p. 100, respectivement (décision de 2013, aux paragraphes 30, 49, 50 et 60). Il s'agit de la répartition habituelle appliquée par l'Office lorsqu'une construction proposée est qualifiée de reconstruction d'un saut-de-mouton existant par opposition à une nouvelle construction.

[14] Le CP n'a pas interjeté appel de la décision de 2013.

[15] Le 27 novembre 2013, la province et la nation Tsuut'ina ont conclu une entente concernant la construction des tronçons du PSOC sur leurs terres traditionnelles.

[16] Le 24 mars 2015, l'Alberta a déposé une autre demande au titre du paragraphe 101(3) de la Loi sur les transports. La province a demandé une ordonnance autorisant et répartissant les coûts d'une phase 2 révisée et élargie du projet. La phase 2, qualifiée par l'Alberta de [TRADUCTION] « reconstruc[tion du] passage supérieur pour faire passer le périphérique sud ouest de Calgary au-dessus de la voie existante du CFCP », était devenue viable en raison de l'accord avec la Première Nation, qui permettait la construction du PSOC.

[17] La demande de 2015 proposait des révisions importantes au projet de la phase 1 approuvé antérieurement. Au lieu de simplement effectuer des travaux sur le tablier du pont existant pour en faire entièrement un pont à trois voies en direction est, la phase 2 révisée, parfois décrite comme [TRADUCTION] « l'ouvrage de 2015 » dans le dossier, comportait la démolition du pont existant, la construction d'un pont à trois voies en direction est entièrement nouveau et la construction du pont distinct en direction ouest qui a été approuvée dans la décision de 2013. Ensemble, ils permettraient d'accueillir sept voies de circulation de voies principales au-dessus de la voie du CP au lieu de six.

[18] The revised Phase 2 would also include adding two ramp lanes onto the westbound bridge that was approved in 2013, adding two ramp lanes and a provision for a future facility lane onto the new eastbound bridge, a provision for a future second CPR track, two future light rail transit (LRT) tracks and a future municipal two-lane roadway.

[19] In the fall of 2015, CP learned Alberta secured federal infrastructure funding for the SWCRR, and asked the Agency to suspend its decision until it had received related documents in response to applications made under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 and the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. CP contended that the documents had a material bearing on the issues of who would benefit from the project, the scope of the project and the cost allocation.

[20] The Agency refused to adjourn (2015 Decision, at paragraph 45) and on December 24, 2015, issued its decision. It is the Agency's 2015 Decision that is the subject of this appeal.

III. Canadian Transportation Agency Decision No. 397-R-2015

[21] The Agency made five main determinations.

[22] The Agency denied CP's request to defer rendering its decision pending CP's pursuit of additional documents relevant to the 2015 application. The Agency held that to postpone would be unfair to Alberta which was "entitled to a timely decision", and contrary to section 29 of the Transportation Act which requires the Agency to render decisions within 120 days. However, and important to the disposition of this appeal, the Agency left the door open to CP to apply under section 32 of the Transportation Act. This section provides for a review of decisions where there has been "a change in the facts or circumstances pertaining to the decision" (2015 Decision, at paragraphs. 39–45).

[18] La phase 2 révisée comprendrait également l'ajout, approuvé en 2013, de deux voies d'accès extérieur sur le pont en direction ouest, l'ajout de deux voies d'accès extérieur et d'un aménagement pour une future voie de desserte sur le nouveau pont en direction est, un aménagement pour une future deuxième voie du CFPC, deux voies pour un futur système léger sur rail ainsi qu'une future route municipale à deux voies.

[19] À l'automne 2015, le CP a appris que l'Alberta avait obtenu le financement fédéral pour les projets d'infrastructure pour le PSOC; il a demandé à l'Office de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu les documents connexes en réponse aux demandes formulées en vertu de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25 et de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Le CP faisait valoir que les documents avaient une incidence importante sur les questions liées à l'identité des personnes qui bénéficieraient du projet, à la portée du projet et à la répartition des coûts.

[20] L'Office a refusé d'ajourner (décision de 2015, au paragraphe 45) et, le 24 décembre 2015, a rendu sa décision. C'est la décision de 2015 de l'Office qui fait l'objet du présent appel.

III. Décision n° 397-R-2015 de l'Office des transports du Canada

[21] L'Office a tiré cinq conclusions principales.

[22] L'Office a rejeté la demande du CP de reporter le prononcé de sa décision pendant que le CP cherchait à obtenir des documents supplémentaires pertinents pour la demande de 2015. L'Office a conclu que le fait de reporter le prononcé de la décision serait injuste pour l'Alberta, qui avait « droit à une décision en temps opportun » et irait à l'encontre de l'article 29 de la Loi sur les transports, qui dispose que l'Office doit rendre ses décisions dans les 120 jours. Cependant, et cela est important pour la disposition du présent appel, l'Office a laissé la porte ouverte au CP pour lui permettre de présenter une demande au titre de l'article 32 de la Loi sur les transports. Cet article dispose qu'il peut y avoir révision de décisions « en raison de faits nouveaux ou en cas

[23] Secondly, it found that the westbound structure as described in the 2015 application was essentially the same as the one already authorized by the 2013 Decision. Therefore, with respect to the westbound structure, the 2015 Decision only addressed the addition of two outside ramp lanes (2015 Decision, at paragraphs 28–31) which had not been included in the 2013 Decision (2015 Decision, at paragraphs 28, 31 and 34).

[24] Thirdly, the Agency rejected CP's argument that Alberta's proposed changes in Phase 2 constituted new construction of a new route. In its view, the proposed demolition and reconstruction of the existing bridge, which would change it to an entirely eastbound, four through-lane structure, and the proposed construction of two new outside ramp lanes on the westbound structure that was authorized in the 2013 Decision, constituted a reconstruction of the existing grade separation. This reconstruction functioned to update the existing route, Highway 22X, to meet the increase in vehicular traffic (2015 Decision, at paragraphs 60–68).

[25] Fourthly, the Agency authorized the proposed reconstruction (that is, the demolition of the existing bridge and construction of a new eastbound bridge) to accommodate the fourth through-lane. This construction would bring the total number of through-lanes to seven, which the Agency found was "required for present day needs upon completion of the grade separation construction" (2015 Decision, at paragraphs 86–87, 90 and 94). Further, the two outside ramp lanes were required to make the westbound structure that was approved in the 2013 Decision functional (2015 Decision, at paragraph 67).

[26] Finally, the Agency apportioned 85 percent of the reconstruction and construction of the new at-grade crossing to Alberta and 15 percent to CP, the same proportion

d'évolution [...] des circonstances de l'affaire visée par ces décisions » (décision de 2015, aux paragraphes 39 à 45).

[23] Deuxièmement, il a conclu que la structure en direction ouest décrite dans la demande de 2015 était essentiellement la même que celle déjà autorisée par la décision de 2013. Par conséquent, en ce qui concerne la structure en direction ouest, la décision de 2015 n'a traité que de l'ajout de deux voies d'accès extérieures (décisions de 2015, aux paragraphes 28 à 31) qui n'avait pas été inclus dans la décision de 2013 (décision de 2015, aux paragraphes 28, 31 et 34).

[24] Troisièmement, l'Office a rejeté l'argument du CP selon lequel les modifications proposées par l'Alberta dans le cadre de la phase 2 constituaient une construction d'une nouvelle route. À son avis, la démolition et la reconstruction proposées du pont existant, qui le transformerait en une structure à quatre voies entièrement en direction est, et la construction proposée de deux nouvelles voies d'accès extérieures sur la structure en direction ouest qui a été autorisée dans la décision de 2013, constituaient une reconstruction du saut-de-mouton existant. La vocation de cette reconstruction était de mettre à jour la route existante, l'autoroute 22X, afin de répondre à l'augmentation du volume de la circulation routière (décision de 2015, aux paragraphes 60 à 68).

[25] Quatrièmement, l'Office autorisait la reconstruction proposée (à savoir, la démolition du pont existant et la construction d'un nouveau pont en direction est) afin d'accueillir la quatrième voie principale. Cette construction amènerait à sept le nombre total de voies principales, ce qui, selon la conclusion tirée par l'Office, était « nécessaire pour répondre aux besoins actuels une fois la construction du saut-de-mouton terminée » (décision de 2015, aux paragraphes 86, 87, 90 et 94). En outre, les deux voies d'accès extérieures étaient nécessaires pour rendre fonctionnelle la structure en direction ouest qui a été approuvée dans la décision de 2013 (décision de 2015, au paragraphe 67).

[26] Enfin, l'Office a attribué 85 p. 100 de la reconstruction et de la construction du nouveau saut-de-mouton à l'Alberta et 15 p. 100 au CP, la même répartition

applied to the Phase 1 project in 2013. Contemplating future developments, the Agency also ordered that any other works constituted additional facilities, the cost of which, and the cost of any change in the width or length of either structure to accommodate those additional facilities, would be paid by the party requesting them (2015 Decision, at paragraphs 97–102).

IV. Issues on appeal

[27] CP does not contest the authorization of any of the work. Rather, CP contests the Agency’s apportionment of costs, arguing that it has no obligation to pay any costs in excess of the 2013 Decision. CP seeks an order quashing the apportionment determination and that its apportionment be reduced to zero percent or, in the alternative, an order remitting the application to the Agency for redetermination with the direction that a portion of the costs be apportioned to the City of Calgary and the federal grant funding Alberta received be applied before apportioning costs.

[28] CP advances three challenges to the decision.

[29] CP argues first that the Agency erred in rendering the 2015 Decision in a manner that conflicted with the 2013 Decision. This ground of appeal focuses on the alleged discrepancies between the Agency’s 2013 and 2015 decisions as to the AADT and present day needs.

[30] CP secondly contends that the Agency made three errors of law in its consideration of subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*. By rendering a decision that did not consider the extent to which the City of Calgary would benefit from Phase 2, CP says that the Agency erred in law in not conducting the analysis mandated by subsection 16(4). That subsection requires “the Agency [consider] ... the relative benefits that each person who has, or who might have, referred the matter stands to gain from the work”. CP asserts that the Agency also erred in finding that CP stood to benefit from the provision of a

qui a été appliquée au projet de la phase 1 en 2013. Envisageant des projets d’expansion, l’Office a également statué que tous les autres ouvrages constituaient des installations supplémentaires, dont le coût, ainsi que le coût associé à tout allongement ou élargissement de l’une ou l’autre des structures en prévision de l’aménagement de ces installations supplémentaires, seraient supportés par la partie qui les demandera (décision de 2015, aux paragraphes 97 à 102).

IV. Les questions en litige dans le présent appel

[27] Le CP ne conteste pas l’autorisation de l’un ou l’autre de ces travaux. Le CP conteste plutôt la répartition des coûts par l’Office, soutenant qu’il n’a aucune obligation de payer des coûts excédentaires à ceux prévus dans la décision de 2013. Le CP sollicite une ordonnance annulant la décision quant à la répartition et demande que sa part des coûts soit réduite à zéro pour cent ou, subsidiairement, sollicite une ordonnance renvoyant la demande à l’Office afin qu’il rende une nouvelle décision avec la directive qu’une partie des coûts soit attribuée à la ville de Calgary et que la subvention fédérale reçue par l’Alberta soit appliquée avant la répartition des coûts.

[28] Le CP conteste la décision sur trois plans.

[29] Le CP prétend d’abord que l’Office a commis une erreur en rendant la décision de 2015 d’une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013. Ce moyen d’appel est axé sur les divergences alléguées entre les décisions de l’Office de 2013 et de 2015 quant à la DJMA et les besoins actuels.

[30] Le CP prétend en second lieu que l’Office a commis trois erreurs de droit dans son examen du paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. En rendant une décision qui ne tenait pas compte de la mesure dans laquelle la ville de Calgary bénéficierait de la phase 2, le CP affirme que l’Office a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l’analyse prévue au paragraphe 16(4). Ce paragraphe dispose que « [l]’Office [tient compte] [...] des avantages respectifs que retirerait des installations la personne qui l’a saisi ou qui aurait pu le faire ». Le CP fait valoir que l’Office a également

second track when there was no evidence to that effect. The third error in the subsection 16(4) analysis arose from the failure to consider Alberta's true costs in light of the infrastructure funding.

[31] CP's third ground of appeal is that the Agency, in refusing its request for an adjournment and in proceeding in the absence of the requested documents, breached its right to procedural fairness.

A. *Standard of review*

[32] I turn first to the question of the standard of review.

[33] Although this is a statutory appeal, administrative law principles apply (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraph 38), and the parties are correct in identifying reasonableness as the applicable standard of review for the first and second grounds of appeal (*Canadian National Railway v. Viterra Inc.*, 2017 FCA 6, 410 D.L.R. (4th) 128, at paragraphs 35–38; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraph 100). I do not agree, however, that reasonableness applies to the question of whether the Agency breached CP's right to procedural fairness.

[34] Procedural fairness is a matter for the reviewing court to determine and, in so doing, “the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be ‘correctness’” (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*), at paragraph 79). The use of the word “continues” is instructive. *Khela* did not change what Evans J.A. previously characterized as “[t]he black-letter rule” that allegations of procedural fairness are reviewed on a standard of correctness (*Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, 72 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 34).

commis une erreur en concluant qu'il était susceptible de retirer un avantage de l'aménagement d'une deuxième voie, alors qu'il n'y a aucune preuve en ce sens. La troisième erreur dans l'analyse prévue au paragraphe 16(4) résultait du défaut d'examiner les coûts réels pour l'Alberta à la lumière du financement en infrastructure.

[31] Le troisième moyen d'appel du CP est que l'Office, en rejetant sa demande d'ajournement et en procédant en l'absence des documents demandés, a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale.

A. *Norme de contrôle*

[32] Je me penche dans un premier temps sur la question de la norme de contrôle.

[33] Bien qu'il s'agisse d'un appel prévu par la loi, les principes du droit administratif s'appliquent (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 38), et les parties ont raison d'affirmer que la norme du caractère raisonnable est la norme de contrôle applicable au premier et au deuxième moyen d'appel (*Compagnie des chemins de fer nationaux c. Viterra Inc.*, 2017 CAF 6, aux paragraphes 35 à 38; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, au paragraphe 100). Je ne suis pas d'accord, toutefois, pour dire que la norme du caractère raisonnable s'applique à la question de savoir si l'Office a porté atteinte au droit à l'équité procédurale du CP.

[34] L'équité procédurale est une question que doit trancher la cour de révision et, ce faisant, « la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale sera toujours celle de la “décision correcte” » (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*), au paragraphe 79). L'utilisation du mot « toujours » est révélatrice. L'arrêt *Khela* n'a pas modifié ce que le juge Evans a affirmé précédemment, à savoir que « [l]e droit est bien fixé » : les allégations en matière d'équité procédurale sont examinées selon la norme de la décision correcte (*Re: Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170, au paragraphe 34).

[35] What “correctness” means in the context of procedural fairness is a question which I will address shortly.

[36] Judgments of this Court subsequent to *Khela* have confirmed that the standard of review with respect to procedural fairness matters is correctness (see e.g. *Wsáneć School Board v. British Columbia*, 2017 FCA 210, at paragraphs 22–23; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146, at paragraph 19; *Therrien v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 14, 24 Admin. L.R. (6th) 46, at paragraph 2; *Miakanda-Batsika v. Bell Canada*, 2016 FCA 278, at paragraph 14; *El-Helou v. Canada (Courts Administration Service)*, 2016 FCA 273, at paragraph 43; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 11 Admin L.R. (6th) 187, at paragraph 11; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 480 N.R. 365, at paragraph 16; *Abi-Mansour v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 135, 474 N.R. 193, at paragraph 6).

[37] There is commentary in some decisions of this Court that the law on this question is unsettled. Closer examination, however, reveals that this is not the case.

[38] In *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 70 Admin L.R. (5th) 1 (*Maritime Broadcasting*) decided before *Khela*, a reasonableness standard was expressed, but only in dissent. *Re: Sound* is, on occasion, incorrectly relied on for assertion of the reasonableness standard. There, a correctness standard was applied, albeit with an emphasis on the discretion administrative decision makers have in making procedural choices. *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, 465 N.R. 152 (*Forest Ethics*), also relied on as support for the reasonableness standard, was decided seven months after *Khela*. It does not mention *Khela*. The comments of the majority in *Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75, 52 Imm. L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraphs 11–14, on this issue are, as Gleason J.A. pointed out in her dissenting reasons (at paragraph 92), *obiter*. *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1 (*Bergeron*), although

[35] Ce que signifie l’expression « décision correcte » dans le contexte de l’équité procédurale est une question que j’aborderai sous peu.

[36] Les jugements que la Cour a rendus après l’arrêt *Khela* ont confirmé que la norme de contrôle applicable en ce qui concerne les questions d’équité procédurale est la norme de la décision correcte (voir, p. ex., *Wsáneć School Board c. Colombie-Britannique*, 2017 CAF 210, aux paragraphes 22 et 23; *Johnny c. Bande indienne d’Adams Lake*, 2017 CAF 146, au paragraphe 19; *Therrien c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 14, au paragraphe 2; *Miakanda-Batsika c. Bell Canada*, 2016 CAF 278, au paragraphe 14; *El-Helou c. Canada (Service administratif des tribunaux judiciaires)*, 2016 CAF 273, au paragraphe 43; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179, au paragraphe 11; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38, au paragraphe 16; *Abi-Mansour c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 135, au paragraphe 6).

[37] Selon certaines décisions de la Cour, le droit sur cette question n’est pas fixé. Un examen plus approfondi révèle toutefois que ce n’est pas le cas.

[38] Dans l’arrêt *Maritime Broadcasting System Ltd. c. La Guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59 (*Maritime Broadcasting*), rendu avant l’arrêt *Khela*, la norme de la décision raisonnable a été mentionnée, mais seulement dans les motifs dissidents. On s’appuie parfois, à tort, sur la décision *Ré: Sonne* pour alléguer que c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique. Dans cette affaire, la norme de la décision correcte a été appliquée, même si la Cour a mis l’accent sur le pouvoir discrétionnaire des décideurs administratifs de faire des choix de procédure. L’arrêt *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l’énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 (*Forest Ethics*), également invoqué à l’appui de la norme de la décision raisonnable, a été rendu sept mois après l’arrêt *Khela*. Cet arrêt ne fait aucune mention de l’arrêt *Khela*. Les commentaires des juges majoritaires dans l’arrêt *Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75 (*Vavilov*), aux paragraphes 11 à 14 sur cette question sont, comme la juge Gleason l’a

decided subsequent to *Khela*, relies on *Forest Ethics* and the dissent in *Maritime Broadcasting*.

[39] The argument advanced before this Court is that procedural fairness is assessed on a correctness basis with considerable deference to the tribunal's procedural choices. As long as the procedural choices are reasonable, the correctness standard is met. The assertion, which is not infrequently heard, is circular and in my view, confuses two separate parts in the analysis of an alleged breach of procedural fairness.

[40] I return to the core principles of procedural fairness. It is understood that the answer to what fairness requires in any particular circumstance is highly variable and contextual (*Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, 69 D.L.R. (4th) 489, at page 682). The content or degree of fairness required is informed by the five, non-exhaustive contextual factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193 (*Baker*), at pages 837–841 [paragraphs 21–28] (see also *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504 (*Mavi*), at paragraph 42). Of those factors, the fifth, the degree of deference accorded to the decision maker, is relevant here.

[41] We know from *Baker* that the deference paid to a tribunal's choice of procedure is *one* factor which assists in calibrating the degree of procedural fairness required. It assists, but it does not control. The deference that may be shown to tribunals to make procedural choices does not mean that the ultimate question of whether the proceedings were, on a whole, fair is assessed on a reasonableness standard. This argument equates the contextual factors which are directed to determining *the content* of fairness (e.g., the sufficiency of a written versus an oral hearing) with the ultimate question—*whether* the party knew the case they had to meet, had an opportunity to

signalé dans ses motifs dissidents (au paragraphe 92), des opinions. L'arrêt *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160 (*Bergeron*), même s'il a été rendu après l'arrêt *Khela*, se fonde sur l'arrêt *Forest Ethics* et les motifs dissidents formulés dans l'arrêt *Maritime Broadcasting*.

[39] L'argument avancé devant la Cour est que l'équité procédurale est évaluée selon la norme de la décision correcte, et ce, en faisant preuve d'une grande déférence à l'égard des choix faits par le tribunal en matière de procédure. Tant que les choix de procédure sont raisonnables, la norme de la décision correcte est satisfaite. Cette affirmation, qu'il n'est pas peu fréquent d'entendre, est circulaire et, à mon avis, confond deux parties distinctes de l'analyse d'un manquement allégué à l'équité procédurale.

[40] Je reviens aux principes fondamentaux de l'équité procédurale. Il est convenu que la réponse à ce qu'exige l'équité dans une circonstance particulière est très variable et tributaire du contexte (*Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 682). La teneur ou le degré d'équité requis est circonscrit par les cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), aux pages 837 à 841 [paragraphes 21 à 28] (voir aussi l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504 (*Mavi*), au paragraphe 42). Parmi ces facteurs, le cinquième, soit le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard du décideur, est pertinent en l'espèce.

[41] Il ressort de l'arrêt *Baker* que la déférence dont il faut faire preuve à l'égard du choix fait par le tribunal en matière de procédure est un facteur qui permet de mesurer le degré d'équité procédurale requis. Ce facteur est utile, mais il n'est toutefois pas déterminant. La déférence dont on peut faire preuve à l'égard des tribunaux en ce qui concerne leurs choix en matière de procédure ne signifie pas que la question fondamentale de savoir si les procédures étaient, dans l'ensemble, équitables, est appréciée selon la norme de la décision raisonnable. Cet argument assimile les facteurs contextuels qui visent à déterminer le degré d'équité (p. ex., le caractère adéquat

respond and had an impartial decision maker consider their case fully and fairly. To contend that the standard of review is correctness with an element of deference thus marries two discrete questions.

[42] Paragraph 89 of *Khela* is, at times, cited for the proposition that reasonableness should apply to procedural fairness:

Section 27(3) authorizes the withholding of information when the Commissioner has “reasonable grounds to believe” that should the information be released, it might threaten the security of the prison, the safety of any person or the conduct of an investigation. The Commissioner, or his or her representative, is in the best position to determine whether such a risk could in fact materialize. As a result, the Commissioner, or the warden, is entitled to a margin of deference on this point. Similarly, the warden and the Commissioner are in the best position to determine whether a given source or informant is reliable. Some deference is accordingly owed on this point as well. If, however, certain information is withheld without invoking s. 27(3), deference will not be warranted, and the decision will be procedurally unfair and therefore unlawful.

[43] But *Khela* must be read in light of the statutory scheme under consideration by the Court. Subsection 27(3) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, authorized the Commissioner of Corrections to withhold documents which would otherwise be relevant and pertinent to the fairness of the proceedings where there were “reasonable grounds to believe” (emphasis added) that disclosing information would threaten the safety or security of the institution or its residents. Consistent with *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, the focus of the Court’s consideration was the effect of the statutory language in framing the content of the duty of procedural fairness. It was not directed to the question of the standard of review.

d’une audience sur dossier par opposition à une audience tenue de vive voix) à la question fondamentale, soit de savoir si la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement. L’argument que la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte, assortie d’un élément de déférence, combine donc deux questions distinctes.

[42] On cite parfois le paragraphe 89 de l’arrêt *Khela* à l’appui de la thèse selon laquelle la norme de la décision raisonnable devrait s’appliquer à l’équité procédurale :

Aux termes du par. 27(3), le commissaire peut refuser la communication de renseignements s’il a des « motifs raisonnables de croire » que la communication de ces renseignements pourrait mettre en danger la sécurité du pénitencier, la sécurité d’une personne, ou pourrait compromettre la tenue d’une enquête. Le commissaire, ou son représentant, est le mieux en mesure de décider si ce risque pourrait effectivement se concrétiser. Par conséquent, il faut, dans une certaine mesure, faire preuve de déférence sur ce point envers le commissaire ou le directeur. De même, ces derniers sont mieux en mesure de déterminer la fiabilité de certaines sources ou de certains informateurs. Par conséquent, il faut, sur ce point également, faire preuve d’une certaine déférence. Toutefois, si le par. 27(3) n’est pas invoqué et que certains renseignements ne sont pas communiqués, la déférence ne sera pas justifiée et la décision sera inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégale.

[43] Cependant, l’arrêt *Khela* doit être interprété à la lumière du régime législatif examiné par la Cour. Le paragraphe 27(3) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, autorisait le commissaire du Service correctionnel à retenir des documents qui par ailleurs seraient pertinents pour ce qui est de l’équité des procédures lorsqu’il y avait des « motifs raisonnables de croire » (la Cour souligne) que la communication des renseignements mettrait en danger la sécurité de l’établissement ou de ses résidents. Conformément à l’arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, l’examen de la Cour était axé sur l’effet du texte législatif en ce qui concerne la formulation de la teneur de l’obligation d’équité procédurale. Il ne visait pas la question de la norme de contrôle applicable.

[44] The suggestion that procedural fairness is reviewed on a correctness standard with some deference is both confusing and unhelpful. It is confusing because the standard of review is applied to consideration of outcomes, and, as a doctrine, is not applied to the procedure by which they are reached. This is neither a new, nor startling observation. The point was made by Binnie J. in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 [at paragraph 102]:

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

[45] In *Kelly v. Nova Scotia Police Commission*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, at paragraphs 20–21 Cromwell J. (then at the Nova Scotia Court of Appeal) observed, to the same effect, that deference is owed to the decision maker’s choice of procedure in determining the content of the duty of fairness but none is owed in determining whether the decision maker fulfilled that duty. Again, this reasoning recognizes that references to deference in the context of procedural fairness arise not in considering the standard of review, but in considering the fifth factor from *Baker*, informing the content of the duty of fairness.

[46] Procedural fairness has been described as “a cornerstone of modern Canadian administrative law” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 79) and whether that duty has been fulfilled has, for decades, been treated as a legal question for the Court to answer (*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, (1978), 88 D.L.R. (3d) 671 (*Nicholson*); *Knight*, at page 682; *Baker* at pages 837–841 [paragraphs 21–28]; *Mavi*, at paragraph 42). Deference is but one criterion amongst many that informs the *content* of fairness, but it is irrelevant in

[44] La thèse selon laquelle la norme de contrôle qui s’applique en matière d’équité procédurale est la norme de la décision correcte, assortie d’une certaine déférence, prête à confusion et est inutile. Elle porte à confusion, car la norme de contrôle s’applique à l’examen des résultats et, en tant que thèse, elle ne s’applique pas à la procédure par laquelle ces résultats sont atteints. Il s’agit d’une remarque qui n’est ni nouvelle ni surprenante. Ce point a été souligné par le juge Binnie dans l’arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539 [au paragraphe 102]:

L’équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s’applique au résultat de ses délibérations.

[45] Dans l’arrêt *Kelly c. Nova Scotia Police Commission*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, aux paragraphes 20 et 21, le juge Cromwell (alors juge à la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse) a fait remarquer, dans le même sens, qu’on doit faire preuve de déférence à l’égard du choix fait par le décideur en matière de procédure au moment de décider du degré de l’obligation d’équité, mais qu’il n’est pas nécessaire de faire preuve de déférence lorsqu’il est question de décider si le décideur s’est acquitté de cette obligation. La Cour le rappelle, ce raisonnement reconnaît que les mentions relatives à la déférence qui sont faites dans le contexte de l’équité procédurale ne sont pas faites lorsqu’il est question de déterminer la norme de contrôle applicable, mais elles sont faites dans le cadre de l’examen du cinquième facteur énoncé dans l’arrêt *Baker*, soit le facteur qui aide à déterminer le degré de l’obligation d’équité.

[46] L’équité procédurale a été décrite comme « un fondement du droit administratif canadien moderne » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 79) et la question de savoir si cette obligation a été satisfaite a, pendant des décennies, été traitée comme une question juridique que la Cour devait trancher (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311 (*Nicholson*); *Knight*, à la page 682; *Baker*, aux pages 837 à 841 [paragraphes 21 à 28]; *Mavi*, au paragraphe 42). La déférence n’est qu’un des nombreux critères qui permet de déterminer le degré

answering the question as to *whether* fairness has been met. *Dunsmuir* itself is an authority for the point.

[47] It is useful to recall that in *Dunsmuir* there were two issues before the Court. The first concerned the adjudicator's decision as to whether provincial legislation permitted an inquiry into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice. It was in relation to this issue that the Court considered the standard of review and determined that it should be reasonableness. But there was a second issue in *Dunsmuir*, long lost in the decade long debate precipitated by that decision. This orphaned issue concerned the nature of procedural fairness to be given to a public office holder when dismissed. The analysis of the procedural fairness question was considered discretely, hermetically sealed from the discussion of the standard of review. The standard of review played no role in answering the second question.

[48] The point is made more clearly if reference is made to the measures of reasonableness articulated in *Dunsmuir*—justification, transparency and intelligibility. Those criteria allow a reviewing court to test the reasonableness of a decision and whether it falls “within a range of reasonable outcomes”. They are devices by which a reviewing court conducts substantive review. As tools, they are of no avail in assessing whether the duty of fairness has been met. The reasonableness of a decision is of no consequence if it was reached in a procedurally unfair manner.

[49] I note, parenthetically, the observation of Binnie J. in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 102 that *Dunsmuir* says procedural fairness issues are

d'équité, mais elle ne s'applique pas lorsqu'il est question de répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité a été satisfaite. L'arrêt *Dunsmuir* lui-même est un précédent en ce qui concerne ce point.

[47] Il est utile de rappeler que, dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour était saisie de deux questions. La première question portait sur la décision de l'arbitre quant à savoir si les lois provinciales autorisaient la tenue d'une enquête sur la raison pour laquelle l'employeur décidait de congédier un employé avec préavis ou indemnité en tenant lieu. C'était relativement à cette question que la Cour s'est penchée sur la question de la norme de contrôle applicable et a décidé que c'était la norme de la décision raisonnable. Cependant, dans l'arrêt *Dunsmuir*, une deuxième question a été soulevée et celle-ci a été perdue de vue pendant le débat de dix ans qui a été suscité par cette décision. Cette question oubliée portait sur la nature de l'équité procédurale devant être accordée au titulaire d'une charge publique lorsqu'il fait l'objet d'un congédiement. L'analyse de la question de l'équité procédurale a été examinée dans le cadre d'une analyse complètement distincte de l'analyse portant sur la question de la norme de contrôle applicable. L'analyse portant sur la question de la norme de contrôle applicable n'a joué aucun rôle dans la réponse à la deuxième question.

[48] Cette observation est formulée plus clairement si on fait mention des critères permettant d'évaluer le caractère raisonnable énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité. Ces critères permettent à une cour de révision de vérifier le caractère raisonnable d'une décision et de savoir si elle appartient « aux issues possibles acceptables ». Il s'agit d'outils qui permettent à une cour de révision de procéder à un examen approfondi. Comme outils, ils ne sont d'aucune utilité dans l'appréciation de la question de savoir si l'obligation d'équité a été satisfaite. Le caractère raisonnable d'une décision est sans conséquence si on est arrivé à celle-ci d'une manière qui contrevient à l'équité procédurale.

[49] Je souligne, entre parenthèses, la remarque formulée par le juge Binnie dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 102, à savoir que, selon l'arrêt

determined on a correctness basis. As was observed in *Maritime Broadcasting*, at paragraph 79, this comment was made in passing and is *obiter*. There has also been academic commentary that this statement is in error, and that nothing in *Dunsmuir* merges the standard of review of decisions into procedural fairness (Edward Clark, “Reasonably Unified: The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker” (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1, at pages 8–9; The Hon. Simon Ruel, “What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness?” (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259 (The Hon. Simon Ruel), at page 268). Nonetheless, the substance of the point, as opposed to its provenance, is consistent with the observation in *Khela* that correctness in the context of procedural fairness simply means a court must be satisfied that the right to procedural fairness has been met. Nor do I understand Binnie J. to be departing from the distinction he drew in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, between substantive and procedural review.

[50] This is why the Ontario Court of Appeal has recognized that “no standard of review analysis is necessary” in assessing procedural fairness (*Brooks v. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316, at paragraph 5). This conclusion is consistent with the observation that issues of procedural fairness have not been entangled in standard of review analysis (The Hon. John M. Evans, “View from the Top: Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017” in Donald J. M. Brown & the Hon. John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Thomson Reuters Canada Limited, 2017), at page 2017VT–14).

[51] Other appellate courts have also, appropriately, questioned the role, if any, of the standard of review analysis in assessing procedural fairness. They have, in the end, used correctness to express the measure of

Dunsmuir, c’est la norme de la décision correcte qui s’applique aux questions d’équité procédurale. Comme on l’a fait remarquer dans l’arrêt *Maritime Broadcasting*, au paragraphe 79, ce commentaire a été fait en passant et constitue une opinion. Un certain nombre d’auteurs ont dit que cette affirmation constitue une erreur et que l’arrêt *Dunsmuir* n’a pas fusionné la norme de contrôle pour ce qui est de l’équité procédurale (Edward Clark, « Reasonably Unified : The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker » (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1, aux pages 8 et 9; l’honorable Simon Ruel, « What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness? » (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259 (l’honorable Simon Ruel), à la page 268). Néanmoins, l’essence de ce point, par opposition à sa provenance, est conforme à l’observation formulée dans l’arrêt *Khela* selon laquelle la décision correcte dans le contexte de l’équité procédurale signifie simplement qu’une cour doit être convaincue que le droit à l’équité procédurale été respecté. Je n’interprète pas non plus la remarque du juge Binnie comme s’écarter de la distinction qu’il a faite dans l’arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, entre un examen portant sur le fond et un examen portant sur la procédure.

[50] C’est la raison pour laquelle la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu que [TRADUCTION] « aucune analyse quant à la norme de contrôle applicable n’est nécessaire » en matière d’appréciation de l’équité procédurale (*Brooks c. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316, au paragraphe 5). Cette conclusion est conforme à l’observation selon laquelle les questions d’équité procédurale n’ont pas été mêlées à la question de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable (l’honorable John M. Evans, « View from the Top : Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017 », dans Donald J. M. Brown et l’honorable John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters Canada Limited, 2017, à la page 2017VT-14).

[51] D’autres cours d’appel se sont également, à juste titre, interrogées sur le rôle, le cas échéant, de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable dans le cadre de l’appréciation de l’équité procédurale. En fin de compte,

whether the duty to provide procedural fairness has been met (*Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87, at paragraphs 31–36; *Eagle’s Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18 (*Eagle’s Nest*), at paragraphs 21 and 26–29; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84 (*Spinks*), at paragraphs 23 and 27.

[52] In *Khela*, the Supreme Court did not subsume or collapse a discrete doctrine of administrative law, the law of procedural fairness, into the standard of review applicable to substantive review. To do so it would have had to depart from its decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), where it applied a deferential standard of review to the substance of the Minister’s decision and found it to be reasonable, but nonetheless set the decision aside on the basis that the underlying statutory mechanisms by which the decision was reached were procedurally unfair. It would also have entailed a departure from its ruling in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at paragraph 74, where the Court explicitly stated that an evaluation of procedural fairness “requires no assessment of the appropriate standard of judicial review.”

[53] In the same vein, the Court in *Khela* is very clear about the demarcation between the principles that govern substantive as opposed to procedural review (at paragraphs 79–80), in holding that reasonableness has no relevance to the question whether the duty of procedural fairness has been met:

Third, the ability to challenge a decision on the basis that it is unreasonable does not necessarily change the standard of review that applies to other flaws in the decision or in the decision-making process. For instance, the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be “correctness”.

elles ont eu recours à la norme de la décision correcte pour évaluer si l’obligation en matière d’équité procédurale avait été satisfaite (*Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87, aux paragraphes 31 à 36; *Eagle’s Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18 (*Eagle’s Nest*), aux paragraphes 21 et 26 à 29; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84 (*Spinks*), aux paragraphes 23 et 27.

[52] Dans l’arrêt *Khela*, la Cour suprême n’a pas fondu une doctrine distincte du droit administratif, à savoir le droit de l’équité procédurale, dans la norme de contrôle applicable à l’examen portant sur le fond. Pour ce faire, il aurait fallu qu’elle s’écarte de la décision qu’elle a rendue dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), où elle a appliqué une norme de contrôle faisant appel à la déférence au fond de la décision du ministre et a conclu qu’elle était raisonnable, mais a néanmoins annulé la décision au motif que les mécanismes sous-jacents prévus par la loi par lesquels on est arrivé à la décision étaient inéquitables sur le plan de la procédure. Elle se serait ainsi écartée de la décision qu’elle a rendue dans l’arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, au paragraphe 74, où elle a explicitement déclaré qu’une évaluation de l’équité procédurale « n’exige pas qu’on détermine la norme de révision judiciaire applicable ».

[53] Dans le même ordre d’idées, la Cour, dans l’arrêt *Khela*, a été très claire en ce qui concerne la demarcation entre les principes qui régissent un examen portant sur le fond par rapport à un examen portant sur la procédure (aux paragraphes 79 et 80) en concluant que la norme de la décision raisonnable n’est aucunement pertinente en ce qui a trait à la question de savoir si l’obligation d’équité procédurale a été satisfaite :

Troisièmement, la possibilité de contester une décision au motif qu’elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l’équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».

It will not be necessary to determine whether the decision made by the Warden in the instant case was unlawful on the basis of unreasonableness. As I will explain below, the decision was unlawful because it was procedurally unfair.

[54] A court assessing a procedural fairness argument is required to ask whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances, including the *Baker* factors. A reviewing court does that which reviewing courts have done since *Nicholson*; it asks, with a sharp focus on the nature of the substantive rights involved and the consequences for an individual, whether a fair and just process was followed. I agree with Caldwell J.A.'s observation in *Eagle's Nest* (at paragraph 20) that, even though there is awkwardness in the use of the terminology, this reviewing exercise is "best reflected in the correctness standard" even though, strictly speaking, no standard of review is being applied.

[55] Attempting to shoehorn the question of procedural fairness into a standard of review analysis is also, at the end of the day, an unprofitable exercise. Procedural review and substantive review serve different objectives in administrative law. While there is overlap, the former focuses on the nature of the rights involved and the consequences for affected parties, while the latter focuses on the relationship between the court and the administrative decision maker. Further, certain procedural matters do not lend themselves to a standard of review analysis at all, such as when bias is alleged. As *Suresh* demonstrates, the distinction between substantive and procedural review and the ability of a court to tailor remedies appropriate to each is a useful tool in the judicial toolbox, and, in my view, there are no compelling reasons why it should be jettisoned.

[56] No matter how much deference is accorded administrative tribunals in the exercise of their discretion to make procedural choices, the ultimate question remains whether the applicant knew the case to meet and

Il n'est pas nécessaire de savoir si la décision qu'a prise la directrice dans la présente affaire était illégale parce qu'elle était déraisonnable. Comme je l'expliquerai plus loin, la décision était illégale parce qu'elle était inéquitable sur le plan procédural.

[54] La cour qui apprécie un argument relatif à l'équité procédurale doit se demander si la procédure était équitable eu égard à l'ensemble des circonstances, y compris à l'égard des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*. Une cour de révision fait ce que les cours de révision ont fait depuis l'arrêt *Nicholson*; elle demande, en mettant nettement l'accent sur la nature des droits substantiels concernés et les conséquences pour la personne, si un processus juste et équitable a été suivi. Je souscris à l'observation du juge Caldwell dans l'arrêt *Eagle's Nest* (au paragraphe 20) selon laquelle, même s'il y a une certaine maladresse dans l'utilisation de la terminologie, cet exercice de révision est [TRADUCTION] « particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte », même si, à proprement parler, aucune norme de contrôle n'est appliquée.

[55] Tenter de caser la question de l'équité procédurale dans une analyse relative à la norme de contrôle applicable est aussi, en fin de compte, un exercice non rentable. L'examen portant sur la procédure et l'examen portant sur le fond visent différents objectifs en droit administratif. Bien qu'il y ait un chevauchement, le premier porte sur la nature des droits concernés et les conséquences pour les parties touchées, alors que le dernier porte sur la relation entre la cour et le décideur administratif. En outre, certaines questions de procédure ne se prêtent pas du tout à une analyse relative à la norme de contrôle applicable, par exemple lorsque la partialité est alléguée. Comme le démontre l'arrêt *Suresh*, la distinction entre l'examen portant sur le fond, l'examen portant sur la procédure et la capacité d'un tribunal à accorder des mesures de redressement adaptées à chacun est un outil utile dans la boîte à outils judiciaire et, à mon avis, il n'y a aucune raison convaincante pour laquelle elle devrait être abandonnée.

[56] Peu importe la déférence qui est accordée aux tribunaux administratifs en ce qui concerne l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de faire des choix de procédure, la question fondamentale demeure celle de savoir

had a full and fair chance to respond. It would be problematic if an *a priori* decision as to whether the standard of review is correctness or reasonableness generated a different answer to what is a singular question that is fundamental to the concept of justice—was the party given a right to be heard and the opportunity to know the case against them? Procedural fairness is not sacrificed on the altar of deference.

[57] I now circle back to the facts of this case.

B. *Did the Agency err in law by rendering the 2015 Decision in a manner that conflicts with the 2013 Decision?*

[58] The essence of CP's argument is that there was not a sufficient change in the projected AADT between the 2013 Decision and the 2015 Decision to warrant a change in the amount of work required to meet present day needs regarding vehicular traffic. In particular, CP alleges that since the Agency ruled in the 2013 Decision that six lanes was sufficient to meet the 31 000–50 000 AADT category of Alberta's Highway Geometric Design Guide, it was inconsistent to rule, as it did in the 2015 Decision, that seven lanes were required to meet the same 31 000–50 000 AADT category. CP submits this inconsistency constitutes an error of law and, on that basis, the works authorized in the 2015 Decision, including the construction of the second lane, should be classified as additional facilities, and not as part of the basic grade separation required to meet the present day needs.

[59] As Alberta notes, the present day needs did change. In arguing that the present day needs in both 2013 and in 2015 fell in the 31 000–50 000 AADT category, CP mischaracterizes the present day needs. Rather, in 2013 the AADT was 26 000; in 2015 it was 37 600. That the Agency found, in 2013, that 26 000 was “sufficiently close” to 31 000 to warrant six lanes does not

si le demandeur connaissait la preuve à réfuter et s'il a eu possibilité complète et équitable d'y répondre. Cela pourrait s'avérer problématique si une décision *a priori* sur la question de savoir si la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte ou la norme de la décision raisonnable donnait une réponse différente à ce qui est une question singulière fondamentale à la notion de justice — a-t-on accordé à la partie le droit d'être entendue et la possibilité de connaître la preuve qu'elle doit réfuter? L'équité procédurale n'est pas sacrifiée sur l'autel de la déférence.

[57] Je reviens maintenant aux faits de l'espèce.

B. *L'Office a-t-il commis une erreur en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013?*

[58] L'essence de l'argument du CP est que le changement dans le DJMA prévu entre la décision de 2013 et la décision de 2015 ne suffisait pas à justifier un changement dans le volume de travail requis pour répondre aux besoins actuels concernant la circulation routière. Plus particulièrement, le CP allègue que puisque l'Office a statué dans la décision de 2013 que six voies étaient suffisantes pour satisfaire à la catégorie du DJMA de 31 000 à 50 000 du guide de conception géométrique de l'Alberta, il était illogique de statuer, comme il l'a fait dans la décision de 2015, que sept voies étaient requises afin de satisfaire à la même catégorie du DJMA de 31 000 à 50 000. Le CP soutient que cette incompatibilité constitue une erreur de droit et que, pour ce motif, les travaux autorisés dans la décision de 2015, y compris la construction de la deuxième voie, devraient être considérés comme ayant trait à des installations supplémentaires et non pas comme ayant trait au saut-de-mouton requis pour répondre aux besoins actuels.

[59] Comme le fait remarquer l'Alberta, les besoins actuels ont changé. En faisant valoir que les besoins de 2013 et de 2015 entraient dans la catégorie du DJMA de 31 000 à 50 000, le CP qualifie mal les besoins actuels. En 2013, le DJMA était plutôt de 26 000; en 2015, il était de 37 600. Le fait que l'Office a conclu, en 2013, que ce DJMA de 26 000 était « suffisamment proche »

mean that the Agency made a finding that the AADT in 2013 was in fact 31 000, not 26 000.

[60] The Agency found that six lanes were required to meet the present day needs of 26 000 AADT in 2012 (2013 Decision, at paragraphs 26–28). In 2015, it found that the traffic would increase to 37 600—above the Design Guide threshold for six lanes—by the time Phase 2 finished and that seven lanes was required to meet the change in the present day needs (2015 Decision, at paragraphs 86–90 and 94).

[61] These determinations are factual findings with which it is not open to the Court to interfere. An appeal to this Court may only be made on a question of law or jurisdiction; Transportation Act, section 41. Regardless, reading the reasons as a whole together with the outcome, and considering the fact that the present day needs did in fact change and that the next category—“over 50 000”—warranted eight lanes, the increase to 37 600 places the determination of seven lanes within the range of reasonable outcomes.

[62] Once the nuances of the Agency’s AADT findings are clarified, it is clear there is no conflict between the two decisions. This ground of appeal therefore fails.

C. Did the Agency err in law by failing to conduct a proper analysis as mandated by subsection 16(4) of the Railway Safety Act?

[63] As noted, CP submits the Agency made three legal errors in its analysis of subsection 16(4).

[64] To recapitulate, it contends that the Agency erred in finding that CP would benefit due to an increase in rail traffic because this finding was made without any evidence. Indeed, CP says the only evidence on this point was to the opposite—that CP did not foresee an increase in traffic, thus, it was an error of law to make a contrary finding.

de 31 000 pour justifier un tronçon à six voies ne signifie pas que l’Office a tiré la conclusion que le DJMA en 2013 était en fait de 31 000 et non de 26 000.

[60] L’Office a conclu qu’un tronçon à six voies était nécessaire pour répondre aux DJMA de 26 000 de 2012 (décision de 2013, aux paragraphes 26 à 28). En 2015, il a conclu que la circulation augmenterait à 37 600 — au-delà du seuil du guide de conception pour six voies — au moment où la phase 2 serait achevée et qu’un tronçon à sept voies était requis afin de répondre au changement dans les besoins actuels (décision de 2015, aux paragraphes 86 à 90 et 94).

[61] Ces décisions sont des conclusions de fait qu’il n’est pas loisible à la Cour de modifier. Il ne peut être interjeté appel devant la Cour que relativement à une question de droit ou de compétence; Loi sur les transports, article 41. Peu importe, compte tenu de l’ensemble des motifs et du résultat, et compte tenu du fait que les besoins actuels ont bel et bien changé et que la prochaine catégorie — [TRADUCTION] « plus de 50 000 » — justifiait un tronçon à huit voies, l’augmentation à 37 600 fait en sorte que la décision portant qu’un tronçon de sept voies est requis appartient aux issues possibles acceptables.

[62] Maintenant que les nuances des conclusions de l’Office relatives au DJMA ont été précisées, il est clair qu’il n’existe aucun conflit entre les deux décisions. Ce moyen d’appel est donc rejeté.

C. L’Office a-t-il commis une erreur de droit en ne procédant pas à l’analyse prévue au paragraphe 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire?

[63] Comme je l’ai déjà indiqué, le CP fait valoir que l’Office a commis trois erreurs de droit dans l’analyse prévue au paragraphe 16(4).

[64] Pour récapituler, le CP prétend que l’Office a commis une erreur en concluant qu’il profiterait d’une augmentation du trafic ferroviaire, car cette conclusion a été tirée sans aucun élément de preuve. En effet, le CP affirme que le seul élément de preuve sur ce point démontre le contraire — le CP ne prévoyait pas une augmentation du trafic, et, par conséquent, tirer une conclusion contraire constituait une erreur de droit.

[65] Secondly, CP asserts that, since the City of Calgary is a beneficiary, subsection 16(4) required the Agency to apportion some costs to Calgary. It also argues that, once Calgary's future facilities are constructed, Calgary will be partially responsible for the traffic increase at the crossing, a consideration which also required the Agency to apportion costs to Calgary. CP submits the Agency erred in failing to apportion costs on either basis.

[66] Thirdly, CP asserts subsection 16(4) mandates the Agency to take into account federal funding Alberta received before apportioning costs and erred in failing to do so.

[67] Turning to the first ground, I agree with CP that the Agency did not explain why there would be an increase in rail traffic (2015 Decision, at paragraph 91). Indeed, the only evidence on this point was from CP, which said, at two points during the proceedings, that it did not foresee or contemplate a requirement for a second track. There was thus no evidence before the Agency that there would be an increase in rail traffic and CP may well be correct that it is an error of law to make a finding of fact for which there is no supporting evidence: *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paragraph 25.

[68] However, this does not mean that it was unreasonable to apportion costs to CP when it would not benefit from the construction.

[69] In the application before it, the Agency was asked to apportion costs of the reconstruction of an existing grade separation primarily due to road development. As it was an existing grade separation the Agency apportioned costs 85:15 to the road authority and the railway authority, respectively, reflecting the normal position set out in the Agency's publication, *Apportionment of Costs of Grade Separations: A Resource Tool* (the Resource Tool).

[65] Deuxièmement, le CP prétend que, puisque la ville de Calgary est une bénéficiaire, le paragraphe 16(4) exigeait que l'Office attribue une partie des coûts à Calgary. Il prétend également que, une fois que les futures installations de Calgary seront construites, Calgary sera partiellement responsable de l'augmentation du trafic au franchissement, une considération qui exigeait également que l'Office attribue des coûts à Calgary. Le CP prétend que, pour ces deux motifs, l'Office a commis une erreur dans la répartition des coûts.

[66] Troisièmement, le CP prétend que le paragraphe 16(4) oblige l'Office à tenir compte du financement fédéral reçu par l'Alberta avant de répartir les coûts et a commis une erreur en omettant de le faire.

[67] En ce qui concerne le premier moyen, je conviens avec le CP que l'Office n'a pas expliqué la raison pour laquelle il y aurait une augmentation du trafic ferroviaire (décision de 2015, au paragraphe 91). En effet, le seul élément de preuve sur ce point provenait du CP, qui a affirmé, à deux reprises pendant les procédures, qu'il ne prévoyait ou n'envisageait pas qu'une deuxième voie serait nécessaire. Par conséquent, l'Office n'était saisi d'aucun élément de preuve selon lequel il y aurait une augmentation du trafic ferroviaire et il se peut bien que le CP ait raison d'affirmer qu'il s'agit d'une erreur de droit que de tirer une conclusion de fait qui n'est étayée par aucune preuve à l'appui : *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, au paragraphe 25.

[68] Cependant, cela ne veut pas dire qu'il était déraisonnable d'attribuer des coûts au CP alors qu'il ne retirait pas un avantage de la construction.

[69] Dans la demande dont il était saisi, il était demandé à l'Office de répartir les coûts de la reconstruction d'un saut-de-mouton attribuable principalement à un aménagement routier. Puisqu'il s'agissait d'un saut-de-mouton existant, l'Office a réparti les coûts selon un ratio de 85 :15 entre l'administration routière et l'administration ferroviaire, respectivement, en tenant compte de la position normale énoncée dans la publication de l'Office, *Répartition des coûts des sauts-de-mouton : Un outil d'information* (l'outil d'information).

[70] Consistent with the Resource Tool, the Agency concluded at paragraph 93 in the 2015 Decision, “[g]iven the history of parties’ shared responsibility at this crossing and that both parties will continue to benefit from the grade separation, the Agency finds it appropriate that the parties continue to share responsibility at this crossing” (emphasis added).

[71] Thus, even though there was no evidence of an increase in rail traffic arising from the Phase 2 project in particular, the Agency’s decision that CP would benefit rested on a second footing—the continued benefit that CP would have from the grade separation.

[72] To conclude on this point, the error of law noted in paragraph 63 above is of no consequence given the existence of a second basis for finding that CP would benefit.

[73] I turn now to CP’s next argument, that is, the failure to consider whether Calgary was a party which would benefit within the meaning of subsection 16(4).

[74] The Agency did not discuss whether Calgary qualified as a beneficiary or whether it would be responsible for the future increase in traffic. However, CP did not argue in its submissions to the Agency that Calgary was a beneficiary or had a responsibility such that it should share in the costs (see appeal book, Vol. 1, Tab IV(4) for its May 29, 2015 submissions; see appeal book, Vol. 2, Tab IV(11) in its October 13, 2015 submissions; see appeal book, Vol. 2, Tab IV(13) for its final submissions of October 19, 2015). CP only asserted that the Phase 2 bridges were in part required to meet the City of Calgary’s needs and that CP did not benefit (see e.g., May 29, 2015 submissions, at page 4, appeal book, Vol. 1, Tab IV(4), at page 119).

[75] It is apparent that CP had some inclination to believe that Calgary stood to benefit from the 2015 project,

[70] Conformément à l’outil d’information, l’Office a conclu au paragraphe 93 de la décision de 2015 que, « [c]ompte tenu de l’historique de responsabilité partagée des parties à ce franchissement, et du fait que les deux parties continueront de profiter du saut-de-mouton, l’Office conclut qu’il convient que les parties continuent de partager la responsabilité à ce franchissement » (non souligné dans l’original).

[71] Par conséquent, même s’il n’y avait aucune preuve d’augmentation du trafic ferroviaire découlant du projet de la phase 2 en particulier, la décision de l’Office selon laquelle le CP en profiterait reposait sur un second fondement — l’avantage continu que pourrait retirer le CP du saut-de-mouton.

[72] Pour conclure sur ce point, l’erreur de droit soulevée au paragraphe 63 ci-dessus est sans conséquence, compte tenu de l’existence d’un deuxième fondement permettant de conclure que le CP retirerait un avantage.

[73] Je me penche maintenant sur le prochain argument du CP, c’est-à-dire, le défaut d’examiner si Calgary était une partie qui retirerait un avantage de l’ouvrage au sens du paragraphe 16(4).

[74] L’Office n’a pas abordé la question de savoir si Calgary était une bénéficiaire des installations ou si elle serait responsable de l’augmentation future de la circulation. Cependant, le CP n’a pas fait valoir dans ses observations auprès de l’Office que Calgary était une bénéficiaire ou qu’elle était responsable de telle sorte qu’elle devait assumer une partie des coûts (voir dossier d’appel, vol. 1, onglet IV(4) pour ses observations du 29 mai 2015; voir dossier d’appel, vol. 2, onglet IV(11) pour ses observations du 13 octobre 2015; voir dossier d’appel, vol. 2, onglet IV(13) pour ses observations finales du 19 octobre 2015). Le CP a seulement fait valoir que les ponts de la phase 2 étaient en partie requis pour répondre aux besoins de la ville de Calgary et que le CP n’en profitait pas (voir p. ex., les observations du 29 mai 2015, à la page 4, dossier d’appel, vol. 1, onglet IV(4), à la page 119).

[75] Il est manifeste que le CP avait une certaine tendance à croire que Calgary allait profiter du projet de

although the nature, scope and extent of Calgary's involvement were unknown to CP. This only became clear following the disclosure to CP of the communications between Alberta and Calgary pursuant to its access to information requests.

[76] The Agency's subsection 16(4) analysis has to be assessed in light of the circumstances before it. At that time, Calgary was not a party before the Agency and no party had requested that it be joined. The parties agree that either CP or Alberta could have joined Calgary as a party to the proceedings. The parties also agree that the Agency could apportion costs to Calgary had it been before the Agency. The failure to factor in Calgary's benefit, in light of the positions of the parties, cannot be said to be an error.

[77] Under the Transportation Act, this Court cannot receive further evidence about who is a beneficiary or who has responsibility at the crossing or make factual determinations on this issue. We can only assess decisions of the Agency after it has reviewed the evidence and made determinations, and even then, only if the Agency made an error of law or jurisdiction in doing so. I will not, therefore, consider CP's request that this Court re-allocate the costs. But this does not leave CP without remedy.

[78] The doctrine of exhaustion of remedies mandates that absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraph 31.; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paragraphs 40–42. Section 32 of the Transportation Act is one such remedy. It provides that a party may ask the Agency to review a decision if, since the decision was rendered, "there has been a change in the facts or circumstances pertaining to the decision".

2015, même si le CP ne connaissait pas la nature, la portée et l'étendue de la participation de Calgary. Cette tendance n'est devenue manifeste qu'après la divulgation au CP des communications entre l'Alberta et Calgary suite à ses demandes d'accès à l'information.

[76] L'analyse effectuée par l'Office au titre du paragraphe 16(4) doit faire l'objet d'une appréciation à la lumière des circonstances dont il était saisi. À l'époque Calgary n'était pas une partie devant l'Office et aucune partie n'a demandé son intervention. Les parties conviennent que le CP ou l'Alberta aurait pu se joindre à Calgary à titre de partie aux procédures. Les parties conviennent également que l'Office pourrait attribuer des coûts à Calgary si elle avait comparu devant l'Office. On ne peut pas dire, à la lumière des thèses des parties, que le défaut de tenir compte de l'avantage retiré par Calgary, constitue une erreur.

[77] Selon la Loi sur les transports, la Cour ne peut pas recevoir d'autres éléments de preuve quant à savoir qui est bénéficiaire ou responsable en ce qui concerne le franchissement, ou tirer des conclusions de fait sur cette question. La Cour ne peut que procéder à l'évaluation des décisions de l'Office après qu'il a examiné la preuve et qu'il a rendu des décisions, et même là, uniquement si, ce faisant, l'Office a commis une erreur de droit ou de compétence. Je n'examinerai donc pas la demande du CP voulant que la Cour modifie la répartition des coûts. Cependant, cela ne prive pas le CP de tout recours.

[78] La doctrine de l'épuisement des recours prescrit que, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent pas intervenir dans un processus administratif tant qu'il n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces possibles n'ont pas été épuisés : *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, au paragraphe 31.; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, au paragraphes 40 et 42. L'article 32 de la Loi sur les transports constitue un tel recours. Il dispose qu'une partie peut demander à l'Office de réviser une décision, « en raison de faits nouveaux ou en cas d'évolution [...] des circonstances de l'affaire visée par ce[tte] décision ».

[79] If, however, CP believes it has received information that demonstrates such a change, the proper recourse is to commence a section 32 application. In the circumstances of this case, the availability of this remedy that CP has yet to exhaust means that the administrative process is ongoing. The Agency cannot be faulted for not deciding in CP's favour when it did not have the evidence that CP obtained from the access to information requests. This case is markedly different from *Rogers Communications Canada Inc. v. Metro Cable T.V. Maintenance*, 2017 FCA 127 (*Rogers Communications*). Here, and in contrast to that case, the Agency was aware of CP's efforts to obtain relevant documents and chose to proceed regardless. It pointed to the availability of a section 32 application as a justification for proceeding.

[80] CP's argument that the Agency erred in failing to consider the federal funding falls prey to the same concerns. The Agency did not have information about the funding before it and, understandably, did not make a determination on its relevancy to the apportionment of costs. Alberta agrees that the effect of the federal funding on the cost apportionment exercise is also a new matter that could be addressed under section 32, which again, sets this apart from *Rogers Communications*.

D. *Was the Agency's decision procedurally fair?*

[81] CP alleges the Agency breached CP's right to procedural fairness in two ways: by denying CP's request to suspend its 2015 Decision pending its pursuit of documents under the freedom of information legislation, and by refusing to order that Alberta produce certain documents relevant to the extent to which Calgary would benefit and to the question of Alberta's actual costs. CP says that failing to take either of these actions precluded CP from presenting its case fairly and fully.

[79] Si, toutefois, le CP estime qu'il a reçu des renseignements qui démontrent une telle évolution, le recours approprié consiste à introduire une demande au titre de l'article 32. Dans les circonstances de l'espèce, l'existence du présent recours dont le CP ne s'est pas encore servi signifie que le processus administratif est en cours. On ne saurait reprocher à l'Office de ne pas avoir décidé en faveur du CP, alors qu'il ne disposait d'aucun des éléments de preuve que le CP avait obtenus suite à ses demandes d'accès à l'information. La présente espèce est nettement différente de l'arrêt *Rogers Communications Canada Inc. c. Metro Cable T.V. Maintenance*, 2017 CAF 127 (*Rogers Communications*). En l'espèce, contrairement à cette affaire, l'Office était conscient des efforts déployés par le CP en vue d'obtenir les documents pertinents et a décidé de procéder sans égard à ceux-ci. Il a fait mention de la possibilité de présenter une demande au titre de l'article 32 pour justifier de procéder.

[80] L'argument du CP que l'Office a commis une erreur en omettant de tenir compte du financement fédéral fait l'objet des mêmes préoccupations. L'Office ne disposait d'aucun renseignement à propos du financement et, à juste titre, n'a rendu aucune décision sur sa pertinence quant à la répartition des coûts. L'Alberta convient que l'effet du financement fédéral sur l'exercice de répartition des coûts constitue également une nouvelle question qui aurait dû être traitée au titre de l'article 32, et qui, je le répète, distingue la présente espèce de l'arrêt *Rogers Communications*.

D. *La décision de l'Office était-elle équitable sur le plan de la procédure?*

[81] Le CP allègue que l'Office a contrevenu au droit du CP à l'équité procédurale de deux façons : en rejetant la demande du CP de suspendre sa décision de 2015 pendant sa quête de documents en vertu des lois sur l'accès à l'information et en refusant d'ordonner à l'Alberta de produire certains documents pertinents en ce qui concerne la mesure dans laquelle Calgary profitera de l'ouvrage et en ce qui concerne la question des coûts réels pour l'Alberta. Le CP affirme que le défaut de prendre l'une ou l'autre de ces mesures a empêché le CP de présenter sa preuve complètement et équitablement.

[82] With respect to the production of documents, Alberta offered to provide CP with the information it sought if it made a formal request under the Agency's rules. CP did not accept the offer. Alberta's offer was also conditional on CP identifying specific documents, a condition which CP contends it could not fulfill. At the same time, Alberta opposed CP's request for a delay.

[83] Alberta also submits that, although it was public knowledge in September 2015 that up to \$583 million in federal funding had been allotted for the SWCRR project, no formal agreement had been reached and the funding was uncertain at the time of the Agency's decision. Alberta contends that this uncertainty, coupled with the Agency's statutory obligation to render decisions no later than 120 days after receiving the originating documents and the availability of a section 32 application, renders the Agency's decision procedurally fair.

[84] Under paragraph 41(1)(d) of the *Canadian Transportation Agency Rules (Dispute Proceedings and Certain Rules Applicable to All Proceedings)*, SOR/2014-104 (the Agency's Dispute Proceedings Rules), the Agency can stay a proceeding where "the Agency considers it just and reasonable to do so." This express statutory provision is akin to that considered in *Khela*, which stated that information could be withheld "when the Commissioner has reasonable grounds to believe that should the information be released, it might threaten the security of the prison, the safety of any person or the conduct of an investigation." Because "[t]he Commissioner ... is in the best position to determine whether such a risk could in fact materialize", the Supreme Court held that "the Commissioner ... is entitled to a margin of deference on this point" (*Khela*, at paragraph 89; [emphasis added]).

[85] When the Agency made its decision, it was not in dispute that CP was able to present all of the information it had available to it at that time, and no specific

[82] En ce qui concerne la production de documents, l'Alberta a offert de fournir au CP les renseignements demandés s'il présentait une demande officielle en vertu des règles de l'Office. Le CP n'a pas accepté l'offre. L'offre de l'Alberta était conditionnelle à la mention par CP des documents précis demandés, une condition que le CP prétend ne pas avoir pu remplir. En même temps, l'Alberta s'est opposée à la demande du CP pour raison de retard.

[83] L'Alberta a fait valoir que, même s'il était de notoriété publique en septembre 2015 qu'un financement fédéral pouvant atteindre 583 millions de dollars avait été affecté au projet du PSOC, aucune entente officielle n'avait été conclue et l'octroi du financement était incertain au moment de la décision de l'Office. L'Alberta fait valoir que cette incertitude, jumelée à l'obligation imposée par la loi à l'Office de rendre des décisions au plus tard dans les 120 jours après avoir reçu les documents introductifs et la possibilité de présenter une demande au titre de l'article 32, rend la décision de l'Office équitable sur le plan de la procédure.

[84] Selon l'alinéa 41(1)d des *Règles de l'Office des transports du Canada (Instances de règlement des différends et certaines règles applicables à toutes les instances)*, DORS/2014-104 (les Règles de l'Office sur les instances de règlement des différends), l'Office peut suspendre une instance lorsqu'il « l'estime juste et raisonnable ». Cette disposition législative expresse est semblable à ce qui a été examiné dans l'arrêt *Khela* où il a été déclaré que les renseignements pouvaient être retenus si le commissaire « a des "motifs raisonnables de croire" que la communication de ces renseignements pourrait mettre en danger la sécurité du pénitencier, la sécurité d'une personne, ou pourrait compromettre la tenue d'une enquête ». Étant donné que « [l]e commissaire [...] est le mieux en mesure de décider si ce risque pourrait effectivement se concrétiser », la Cour suprême a conclu qu'« il faut, dans une certaine mesure, faire preuve de déférence sur ce point envers le commissaire » (*Khela*, au paragraphe 89; [soulignement ajouté]).

[85] Lorsque l'Office a rendu sa décision, il n'était pas contesté que le CP était en mesure de présenter tous les renseignements qui étaient à sa disposition à l'époque, et

document or group of documents relevant to the issues had yet been identified or obtained by CP. Further, the Agency was entitled to take at least some account of its duty under section 29 of the Transportation Act to make a decision within 120 days, if possible. At the time of CP's request, it had been five months since the Agency received Alberta's application originating documents.

[86] However, I share CP's concern about the degree of the Agency's reliance on the 120 day obligation. As CP notes, it is a rule more breached than honoured. The 2013 Decision, involving Phase 1, a project of less cost and complexity, was rendered over nine months after Alberta Transportation filed its application. Counsel for CP also directed the Court's attention to over 25 decisions of the Agency, only two of which were rendered within the 120-day limit while only a handful of others were rendered outside of the limit based on an agreement by the parties.

[87] CP draws the inference, which I accept as reasonable, that the Agency moved with uncharacteristic speed in order to ensure that Alberta had the approvals necessary to secure infrastructure funding. It notes that only some of the work authorised by the 2013 Decision had been started, which reinforces the argument that there was no prejudice to Alberta from the delay.

[88] However, these considerations alone do not establish that the Agency breached CP's right to procedural fairness by not delaying in its decision.

[89] I reach this conclusion by reason of the existence of CP's right to make an application under section 32. This is a critical element in the landscape against which the decision to refuse an adjournment needs to be considered. CP's remedies are not spent. The Agency itself in refusing the adjournment recognised that this recourse was available to CP.

[90] I turn now to the Agency's failure to order production of documents. CP did not ask the Agency to order

aucun document précis ou groupe de documents pertinents en ce qui concerne les questions n'avait pas encore été relevé ou obtenu par le CP. En outre, l'Office avait le droit de tenir compte à tout le moins de son obligation, prévue à l'article 29 de la Loi sur les transports, de rendre une décision dans les 120 jours, si possible. À l'époque de la demande du CP, il s'était écoulé cinq mois depuis que l'Office avait reçu les documents introductifs d'instance de l'Alberta.

[86] Cependant, je partage la préoccupation du CP concernant le degré d'importance accordée par l'Office à l'obligation relative aux 120 jours. Comme le souligne le CP, il s'agit d'une règle plus souvent violée que respectée. La décision de 2013, portant sur la phase 1, un projet moins coûteux et moins complexe, a été rendue plus de neuf mois après le dépôt de la demande d'Alberta Transportation. L'avocat du CP a également attiré l'attention de la Cour sur plus de 25 décisions de l'Office. Seulement deux ont été rendues dans le délai prescrit de 120 jours et un petit nombre ont été rendues hors délai suite à une entente entre les parties.

[87] Le CP tire la conclusion, raisonnable selon moi, que l'Office a agi avec une rapidité peu commune afin de veiller à ce que l'Alberta ait les approbations nécessaires pour obtenir le financement en infrastructure. Il souligne que seulement un certain nombre des travaux autorisés par la décision de 2013 avaient été commencés, ce qui renforce l'argument selon lequel le retard ne cause aucun préjudice à l'Alberta.

[88] Toutefois, ces considérations n'établissent pas à elles seules que l'Office a porté atteinte au droit à l'équité procédurale du CP en ne reportant pas sa décision.

[89] Je tire cette conclusion en raison de l'existence du droit du CP de présenter une demande au titre de l'article 32. Il s'agit d'un élément essentiel du contexte dans lequel la décision de refuser un ajournement doit être examinée. Les recours du CP ne sont pas épuisés. L'Office lui-même, en refusant l'ajournement, a reconnu que ce recours était offert au CP.

[90] Je me penche maintenant sur le défaut de l'Office d'ordonner la production de documents. Le CP n'a pas

that Alberta produce the information sought. This was in spite of the option available to make such a request under section 24 of the Agency's Dispute Proceedings Rules and of Alberta's offer to provide the information sought should CP make such a request. In these circumstances, by failing to ask the Agency to make the order, it can be said that CP waived any right to such an order. A party who has waived a right to procedural fairness cannot subsequently challenge an administrative decision on the basis of a breach of that waived right (*Johnson v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 76, 414 N.R. 321, at paragraph 25; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, at paragraph 48).

[91] Thus, CP has not established that the Agency breached its right to procedural fairness by failing to order production of documents. CP had available to it the necessary mechanisms to ensure that its interests were protected in the proceedings before the Agency. It could have moved under section 24 of the Agency's Dispute Proceedings Rules to compel disclosure of the additional documents. It also could have moved to join Calgary as a party. It can also now make an application under section 32 [of the Transportation Act].

[92] The procedural fairness arguments therefore fail.

[93] This, however, does not conclude the matter.

[94] On September 7, 2016, this Court granted a motion by CP for an order to adduce fresh evidence in this appeal. On the basis of this evidence, CP contends that Alberta Transportation obscured from the Agency the full nature and scope of Calgary's future facilities to be placed under the new bridges. Based on the evidence before this Court, this argument has some merit.

demandé à l'Office d'ordonner que l'Alberta produise les renseignements demandés, et cela en dépit de la possibilité de présenter une telle demande au titre de l'article 24 des Règles de l'Office sur les instances de règlement des différends et de l'offre de l'Alberta de fournir les renseignements demandés dans l'éventualité où le CP formulerait une telle demande. Dans ces circonstances, on peut dire que, en omettant de demander à l'Office de délivrer l'ordonnance, le CP a renoncé à tout droit à l'égard d'une telle ordonnance. Une partie qui a renoncé à un droit à l'équité procédurale ne peut pas ensuite contester une décision administrative au motif que cette dernière a été prise en violation de ce droit auquel il a été renoncé (*Johnson c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 76, au paragraphe 25; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488, au paragraphe 48).

[91] Par conséquent, le CP n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en omettant d'ordonner la production de documents. Le CP disposait des mécanismes nécessaires pour veiller à ce que ses intérêts soient protégés dans les instances devant l'Office. Il aurait pu présenter au titre de l'article 24 des Règles de l'Office sur les instances de règlement des différends une demande visant à forcer la communication des documents supplémentaires. Il aurait pu également demander à se joindre à Calgary à titre de partie. Il peut également maintenant présenter une demande au titre de l'article 32 [de la Loi sur les transports].

[92] Les arguments fondés sur l'équité procédurale sont donc rejetés.

[93] Cela ne met toutefois pas un terme à l'affaire.

[94] Le 7 septembre 2016, la Cour a fait droit à une requête présentée par le CP en vue d'obtenir une ordonnance l'autorisant à présenter de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du présent appel. Sur la foi de ces éléments de preuve, le CP fait valoir qu'Alberta Transportation a caché à l'Office la nature et la portée complètes des futures installations de Calgary devant être placées sous les nouveaux ponts. Compte tenu des éléments de preuve dont la Cour est saisie, cet argument a un certain bien fondé.

[95] There is no doubt that CP was aware of plans for a future two-lane road and two LRT tracks. What was not disclosed, either to CP or the Agency, was the plan to build a four-lane road, a pedestrian walkway, and the extent of the encroachment onto CP's right of way. These could all have implications for the Agency's analysis under subsection 16(4).

[96] Information received as a result of its freedom of information request indicates that the City and Alberta Transportation may have kept CP, and the Agency, in the dark about their future plans:

December 5, 2011, Wayne Krause to Garry Lamb et al.:

With respect to drawing CPR-01, copy attached, I would recommend that we do not include the future ultimate four lane stage roadway on the drawing. However, the ultimate four lane [option] will still be available by obtaining approval to encroach onto CPR right-of-way.

Since time is of the essence to obtain CPR's approval, it seems to me that presenting CPR with only the two lane option [i.e.,] the two lane option shifted off the CPR right-of-way will receive CP's approval without any hang ups. Who knows if the four lane option will ever be constructed. If it is required sometime in the future, then the City or A.T. will need to negotiate approval to access CPR's right-of-way. ...

March 28, 2012, Wayne Krause to Garry Lamb and Alan Dixon:

... From A.T.'s perspective, it would make our negotiations a lot simpler at this stage if we only showed the future two lane stage beyond the CPR right-of-way and indicated that the City may approach CP in the future regarding the four lane option....

[95] Il ne fait aucun doute que le CP était au courant des plans de construction d'une route à deux voies et de deux voies de système léger sur rails. Ce qui n'a pas été communiqué, que ce soit au CP ou à l'Office, c'était le plan de construire une route à quatre voies, un passage pour piétons et l'étendue de l'empiètement sur l'emprise de chemin de fer du CP. Tous ces ouvrages pourraient avoir des répercussions sur l'analyse faite par l'Office au titre du paragraphe 16(4).

[96] Les renseignements reçus à la suite de la demande d'accès à l'information faite par le CP indiquent que la ville de Calgary et Alberta Transportation pourraient avoir tenu le CP et l'Office dans l'ignorance à propos de leurs futurs plans :

[TRADUCTION]

Le 5 décembre 2011, de Wayne Krause à Garry Lamb et autres :

En ce qui concerne le plan CPR-01, copie ci-jointe, je recommanderais de ne pas inclure la future route finale à quatre voies dans le plan. Cependant, il sera toujours possible de construire une route à quatre voies en obtenant l'autorisation d'empiéter sur l'emprise de chemin de fer du CFCP.

Étant donné que le temps presse pour obtenir l'autorisation du CFCP, il me semble que le fait de présenter au CFCP seulement l'option à deux voies, [c.-à-d.] l'option à deux voies, présentée sans qu'il soit question de l'emprise de chemin de fer du CFCP, recevra l'approbation du CP sans problème. Qui sait si la route à quatre voies ne sera jamais construite. Si cela est requis un jour, alors la Ville ou A.T. devra négocier l'autorisation d'avoir accès à l'emprise de chemin de fer du CFCP. [...]

Le 28 mars 2012, de Wayne Krause à Garry Lamb et Alan Dixon :

[...] Du point de vue d'A.T., cela simplifierait grandement nos négociations à ce stade si nous montrions uniquement l'étape à deux voies en faisant abstraction de l'emprise de chemin de fer du CFCP et si nous indiquions que la Ville peut ultérieurement communiquer avec le CP en ce qui concerne l'option à quatre voies [...]

March 30, 2012, Wayne Krause to Garry Lamb and Alan Dixon:

Since Doug is aware that the City is looking at a future 4 lane roadway through the east headslope, we should probably be up front and indicate that the long term stage may be a four lane facility.

I know we had decided to only show a possible two lane ultimate stage because the four lane facility would involve negotiating an easement, etc[.] from CPR since two lanes would be on CPR right-of-way. Garry, are you aware if the City would be constructing a two lane or four lane facility in the future initial stage of their roadway facility?

I believe adding the two “future” LRT tracks on the west headslope of the CPR-01 cross-section drawing prior to resubmitting the section to Doug should be ok. If I remember correctly, we decided not to indicate any future roadway facilities that encroached onto CPR right of way since there is always a possibility that it could delay the approval process for the present stage. [Emphasis added.]

[97] The drawings provided to CP, and upon which the Agency predicated its decision, did not show the four-lane and pedestrian walkway option (see Drawings STR-02 and STR-03 in Appendix A to Alberta Transportation’s 2015 application, AB, Vol. 1, Tab IV(1), at pages 62–63).

[98] These documents had a material and direct impact on the 2015 Decision and had consequences for CP. CP was deprived of exploring, with the City [of Calgary] and Alberta Transportation, the extent to which Calgary stood to benefit from the proposal. The documents bear directly on the analysis required by subsection 16(4).

[99] The record also indicates considerable discussion between Alberta Transportation and the City of Calgary with respect to the extent to which Calgary stood to benefit from the project, and the associated costs. I note parenthetically, that the argument that Calgary’s costs were subsumed in Alberta Transportation’s because Calgary’s

Le 30 mars 2012, de Wayne Krause à Garry Lamb et Alan Dixon :

Étant donné que Doug est informé que la Ville étudie la possibilité de construction d’une route à quatre voies passant par le talus du côté est, nous devrions probablement indiquer d’emblée que l’étape à long terme pourrait être une installation à quatre voies.

Je sais que nous avons décidé de montrer uniquement une étape finale à deux voies, car l’installation à quatre voies comprendrait la négociation d’une servitude, entre autres, avec le CFCP, puisque deux voies empiéteraient sur l’emprise de chemin de fer du CFCP. Garry, savez-vous si la Ville pourrait procéder à la construction d’une installation à deux voies ou à quatre voies dans la future étape initiale de sa route?

Je crois qu’il serait bon d’ajouter les deux « futures » voies de système léger sur rail sur le talus du côté ouest du plan du profil en travers du CFCP-01 avant de soumettre à nouveau la section à Doug. Si je me souviens bien, nous avons décidé de ne pas indiquer toutes les routes qui pourraient empiéter sur l’emprise de chemin de fer du CFCP, puisque’il y a toujours une possibilité que cela puisse retarder le processus d’approbation de l’étape actuelle. [Non souligné dans l’original.]

[97] Les plans présentés au CP, sur lesquels l’Office a fondé sa décision, ne montraient pas l’option comprenant les quatre voies et le passage pour piétons (voir les plans STR-02 et STR-03 à l’annexe A de la demande de 2015 d’Alberta Transportation, dossier d’appel, vol. 1, onglet IV(1), aux pages 62 et 63).

[98] Ces documents ont eu une incidence importante et directe sur la décision de 2015 et ont eu des conséquences pour le CP. Le CP a été privé de la possibilité d’analyser, en collaboration avec la ville [de Calgary] et Alberta Transportation, dans quelle mesure Calgary était susceptible de profiter de la proposition. Les documents ont une incidence directe sur l’analyse exigée par le paragraphe 16(4).

[99] Le dossier indique également qu’il y a eu de longues discussions entre Alberta Transportation et la ville de Calgary au sujet de la mesure dans laquelle Calgary pourrait profiter du projet et des coûts connexes. Je fais remarquer, entre parenthèses, que l’argument selon lequel les coûts de Calgary ont été incorporés aux coûts

works were “additional facilities” for which CP would bear no responsibility obscures CP’s main point. CP’s point, which is well founded, is that its overall share of project cost could have been less had the extent to which Calgary was to benefit been considered by the Agency.

[100] The Agency invited CP to make an application for reconsideration should new facts come to light. It appears as though such facts have come to light, and that they could have a direct and material bearing on several aspects of the 2015 Decision, including the threshold decision as to whether Phase 2 was a new route. Should it wish to do so, CP is free to make an application under section 32 to the Agency, for reconsideration of the 2015 Decision and any further ground that it may wish to advance.

[101] I would dismiss the appeal. In light of these reasons, I would make no order as to costs.

GLEASON J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

d’Alberta Transportation, car les travaux de Calgary correspondaient à des « installations supplémentaires » pour lesquels le CP n’assumerait aucune responsabilité embrouille l’argument principal du CP. L’argument du CP, qui est bien fondé, est que sa part totale des coûts du projet aurait pu être moindre si l’Office avait tenu compte de la mesure dans laquelle Calgary était susceptible d’en profiter.

[100] L’Office a invité CP à présenter une demande de réexamen si des faits nouveaux étaient découverts. Il semble que, même si de tels faits ont été découverts et qu’ils pourraient avoir une incidence directe et importante sur plusieurs aspects de la décision de 2015, y compris la décision préliminaire quant à savoir si la phase 2 constituait une nouvelle route. Dans l’éventualité où il le souhaiterait, il est loisible au CP, en vertu de l’article 32 [de la Loi sur les transports], de présenter à l’Office une demande de réexamen de la décision de 2015 et de tout autre motif qu’il souhaite faire valoir.

[101] Je rejetterais l’appel. Compte tenu des présents motifs, je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens.

LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d’accord.

2018 FC 710
T-335-172018 CF 710
T-335-17**Peter Doshi** (*Applicant*)**Peter Doshi** (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

T-336-17

T-336-17

Peter Doshi (*Applicant*)**Peter Doshi** (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*défendeur*)**INDEXED AS: DOSHI v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)****RÉPERTORIÉ : DOSHI c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Grammond J.—Ottawa, June 12 and July 9, 2018.

Cour fédérale, juge Grammond—Ottawa, 12 juin et 9 juillet 2018.

Food and Drugs — Judicial review of Health Canada decision refusing applicant's request to obtain unpublished information, including clinical trial reports, concerning certain drugs after applicant refusing to sign confidentiality agreement — Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa's Law) adding s. 21.1(3) to Food and Drugs Act (Act); empowering Minister of Health (Health Canada) to disclose information concerning drugs to certain persons — Applicant submitting two requests with Health Canada; refusing to sign confidentiality agreement that would prevent applicant from disseminating or publishing information to be disclosed — Whether Health Canada's decision refusing applicant's request reasonable; whether Health Canada fettering its discretion — Health Canada's decision unreasonable — Health Canada exercising discretionary power set forth in Vanessa's Law, s. 21.1(3) in manner contradicting purpose of Vanessa's Law, which is to improve clinical trial transparency — Health Canada's decision not based on review, balancing of competing factors but on current policy and practice — Health Canada's blanket confidentiality policy unreasonable, running against one purpose of Vanessa's Law — Health Canada also fettering its discretion by adopting rigid policy requiring confidentiality undertaking before disclosing information under s. 21.1(3) — With respect to remedy, order of mandamus requiring Health Canada to grant applicant's request issued — Application allowed.

Aliments et Drogues — Contrôle judiciaire de la décision de Santé Canada, qui a refusé d'accéder à la demande du demandeur afin d'obtenir des renseignements non publiés, notamment des rapports d'essais cliniques, sur certains médicaments, après que le demandeur eut refusé de signer une entente de confidentialité — La Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa) a modifié la Loi sur les aliments et drogues (la Loi) par l'adjonction de l'art. 21.1(3); cette disposition habilite le ministre de la Santé (Santé Canada) à communiquer des renseignements sur des médicaments à certaines personnes — Le demandeur a présenté deux demandes à Santé Canada; il a refusé de signer une entente de confidentialité lui interdisant de divulguer ou de publier les renseignements qui lui seraient communiqués — Il s'agissait de savoir si la décision de Santé Canada de rejeter la demande du demandeur était raisonnable; si Santé Canada a fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire — La décision de Santé Canada était déraisonnable — Santé Canada a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 21.1(3) de la Loi de Vanessa d'une manière qui est allée à l'encontre de l'objet de la Loi de Vanessa, qui est d'améliorer la transparence des essais cliniques — Santé Canada n'a pas rendu sa décision après avoir examiné et soupesé les facteurs divergents; sa décision reposait sur la politique et les pratiques actuelles — La politique de confidentialité mur à mur de Santé Canada était déraisonnable, car elle allait à l'encontre de l'un des objectifs de la Loi de Vanessa — Santé Canada a également fait entrave à

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Health Canada refusing applicant's request under Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa's Law) after applicant refusing to sign confidentiality agreement — Applicant seeking to obtain unpublished information concerning certain drugs — First time Vanessa's Law interpreted, applied by courts — Whether Health Canada's decision having disproportionate impact on applicant's freedom of expression guaranteed by Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) — Health Canada's decision ignoring applicant's freedom of expression guaranteed by Charter, s. 2(b) — Health Canada's decision not achieving reasonable balance between freedom of expression, any statutory purposes Vanessa's Law implementing — Health Canada's blanket confidentiality policy overbroad, could t be proportional balance between Charter rights, statutory purposes of Vanessa's Law — Thus, unreasonable for Health Canada to impose confidentiality requirement as condition for disclosure of data requested by applicant.

This was an application for judicial review of a Health Canada decision refusing the applicant's request to obtain unpublished information, including clinical trial reports, concerning certain drugs after the applicant refused to sign a confidentiality agreement.

In 2000, a 15-year-old girl died of a heart attack, after taking a prescription drug called Prepulsid. After her death, her father began investigating the practices of the pharmaceutical industry and advocated for stronger measures intended to protect the public against the unintended side effects of drugs. Eventually Bill C-17, which amends the *Food and Drugs Act* (the Act) was adopted. It is now known as the *Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa's Law)*. Vanessa's Law added subsection 21.1(3) to the Act. That section empowers the Minister of Health (Health Canada) to disclose information concerning drugs to certain persons. This was the first case in which the courts were called upon to interpret and apply Vanessa's Law.

l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique rigide exigeant la signature d'une entente de confidentialité avant la communication de renseignements en application de l'art. 21.1(3) — En ce qui concerne la réparation, une ordonnance de mandamus obligeant Santé Canada à communiquer au demandeur les renseignements demandés a été délivrée — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Santé Canada a refusé d'accéder à la demande du demandeur soumise en vertu de la Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa) après que le demandeur eut refusé de signer une entente de confidentialité — Le demandeur souhaitait obtenir des renseignements non publiés sur certains médicaments — Il s'agissait de la première fois où les tribunaux ont été appelés à interpréter et à appliquer la Loi de Vanessa — Il s'agissait de savoir si la décision de Santé Canada a eu une incidence démesurée sur la liberté d'expression du demandeur, qui est garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés — La décision de Santé Canada a fait abstraction du droit à la liberté d'expression du demandeur, qui est garanti par l'art. 2b) de la Charte — La décision de Santé Canada n'a pas assuré un équilibre raisonnable entre la liberté d'expression et quelque objectif législatif que la Loi de Vanessa pouvait poursuivre — La politique de confidentialité mur à mur de Santé Canada était trop générale et elle ne pouvait assurer un juste équilibre entre les droits garantis par la Charte et les objectifs de la Loi de Vanessa — Il était donc déraisonnable pour Santé Canada d'imposer une exigence de confidentialité comme condition à la communication des données demandées par le demandeur.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de Santé Canada, qui a refusé d'accéder à la demande du demandeur afin d'obtenir des renseignements non publiés, notamment des rapports d'essais cliniques, sur certains médicaments, après que le demandeur eut refusé de signer une entente de confidentialité.

En 2000, une jeune fille âgée de 15 ans est décédée d'une crise cardiaque après avoir pris du Prepulsid, un médicament délivré sur ordonnance. Après son décès, son père s'est renseigné sur les pratiques de l'industrie pharmaceutique et il a milité en faveur de mesures plus sévères visant à protéger le public contre les effets secondaires non voulus des médicaments. Le projet de loi C-17, qui modifie la *Loi sur les aliments et drogues* (la Loi), a finalement été adopté sous le nom de *Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa)*. La Loi de Vanessa a modifié la Loi par l'adjonction du paragraphe 21.1(3). Cette disposition habilite le ministre de la Santé (Santé Canada) à communiquer des renseignements sur des médicaments à certaines personnes. Il s'agissait de la première fois où les

The applicant, a university assistant professor, submitted two requests with Health Canada. The first pertained to three HPV vaccines and the second pertained to two neuraminidase inhibitors. Health Canada replied that it would only accede to those requests if the applicant signed a confidentiality agreement that would prevent him from disseminating or publishing the information to be disclosed. The applicant refused to sign such an agreement. Accordingly, Health Canada refused the applicant's request. The applicant filed two separate applications for judicial review relating to the two separate requests for information with Health Canada.

The issues were whether Health Canada's decision refusing the applicant's request was reasonable; whether Health Canada fettered its discretion; and whether its decision had a disproportionate impact on the applicant's freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held, the application should be allowed.

Health Canada's decision was unreasonable although for reasons slightly different from those advanced by the applicant. Health Canada exercised the discretionary power set forth in subsection 21.1(3) of Vanessa's Law in a manner that contradicted the purpose of Vanessa's Law, which is to improve clinical trial transparency. Health Canada's decision was not based on a review and balancing of competing factors. It was based on "current policy and practice" to the effect that no information would be disclosed under subsection 21.1(3) of Vanessa's Law absent a confidentiality undertaking. The difficulty of this case is that one of the two tracks of the approach adopted by Parliament to ensure greater transparency in Vanessa's Law has not been implemented yet. No regulations have been made under subsection 30(1.2) of Vanessa's Law. Health Canada had to appreciate that, pending the adoption of regulations under subsection 30(1.2) of Vanessa's Law, subsection 21.1(3) could be used to seek the disclosure of clinical trial reports that Parliament intended to make public, although through a different route. Thus, Health Canada's blanket confidentiality policy was unreasonable and ran against one of the purposes of Vanessa's Law. It had the effect of perpetuating the mischief against which Vanessa's Law was aimed. Health Canada could not ignore that Parliament intended to make clinical trial data public and adopt a policy that was in direct contradiction with that purpose.

tribunaux ont été appelés à interpréter et à appliquer la Loi de Vanessa.

Le demandeur, un professeur adjoint d'université, a présenté deux demandes à Santé Canada. La première demande concernait trois vaccins contre le VPH et la deuxième visait deux inhibiteurs de la neuraminidase. Santé Canada a répondu que le Ministère n'accéderait à ces demandes que si le demandeur signait une entente de confidentialité lui interdisant de divulguer ou de publier les renseignements qui lui seraient communiqués. Le demandeur a refusé de signer une telle entente. Par conséquent, Santé Canada a refusé d'accéder à la demande du demandeur. Ce dernier a déposé deux demandes distinctes de contrôle judiciaire se rapportant aux deux demandes distinctes de renseignements présentées à Santé Canada.

Il s'agissait de savoir si la décision de Santé Canada de rejeter la demande du demandeur était raisonnable; si Santé Canada a fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire; et si sa décision a eu une incidence démesurée sur la liberté d'expression du demandeur, qui est garantie par l'article 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Jugement : La demande doit être accueillie.

La décision de Santé Canada était déraisonnable, mais pour des motifs qui diffèrent quelque peu de ceux invoqués par le demandeur. Santé Canada a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 21.1(3) d'une manière qui est allée à l'encontre de l'objet de la Loi de Vanessa, qui est d'améliorer la transparence des essais cliniques. Santé Canada n'a pas rendu sa décision après avoir examiné et soupesé les facteurs divergents. Sa décision reposait sur « la politique et les pratiques actuelles » selon lesquelles aucun renseignement ne serait communiqué en application du paragraphe 21.1(3) de la Loi de Vanessa sans entente de confidentialité. La difficulté en l'espèce tenait au fait que l'un des deux volets de l'approche adoptée par le législateur en vue d'assurer une plus grande transparence dans la Loi de Vanessa n'était pas encore en vigueur. Aucun règlement n'a été adopté en application du paragraphe 30(1.2) de la Loi de Vanessa. Santé Canada aurait dû reconnaître qu'en attendant l'adoption du règlement en application du paragraphe 30(1.2) de la Loi de Vanessa, le paragraphe 21.1(3) pourrait être invoqué pour demander la communication de rapports d'essais cliniques que le législateur avait l'intention de rendre publics, bien que par une voie différente. Donc, la politique de confidentialité mur à mur de Santé Canada était déraisonnable, car elle allait à l'encontre de l'un des objectifs de la Loi de Vanessa. Cette politique a eu pour conséquence de perpétuer le méfait que la Loi de Vanessa cherchait à contrecarrer. Santé Canada ne pouvait pas faire fi de l'intention du législateur de rendre

Health Canada also fettered its discretion by adopting a rigid policy requiring a confidentiality undertaking before disclosing information under subsection 21.1(3). While some information may be disclosed pursuant to subsection 21.1(3) on the condition that it remain confidential, Health Canada could not take the position that it would always be so. Parliament was invited to stipulate that information disclosed under subsection 21.1(3) of Vanessa's Law would remain confidential but declined to do so. Health Canada's blanket policy thus reversed a choice made by Parliament.

Health Canada's decision ignored the applicant's freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. Although the applicant insisted that his constitutional rights should be taken into account in a letter he sent to Health Canada, Health Canada's decision was silent on this topic. There was no indication that it undertook the balancing exercise mandated by case law. Its decision did not achieve a reasonable balance between freedom of expression and any statutory purposes that it was implementing. Health Canada's blanket confidentiality policy was overbroad and could not be a proportional balance between Charter rights and statutory purposes. To achieve such a balance, Health Canada had to consider the effects of granting the applicant's request, which pertained to clinical trial results, on the pursuit of its statutory mandate. Given Vanessa's Law's purpose of improving clinical trial transparency and the recent regulatory proposal, it was difficult to understand how the restriction of freedom of speech that resulted from Health Canada's confidentiality requirement could be justified. It was thus unreasonable for Health Canada to impose a confidentiality requirement as a condition for the disclosure of data requested by the applicant.

With respect to a remedy, the applicant sought an order of *mandamus* forcing Health Canada to disclose the requested information. The information he sought, such as clinical trial reports and data, would become public when regulations are adopted. There was no principled basis to keep them private now. Therefore, an order of *mandamus* requiring Health Canada to grant the applicant's request and to communicate the information sought was issued.

publiques les données des essais cliniques, et adopter une politique allant totalement à l'encontre de cet objet.

Santé Canada a également fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique rigide exigeant la signature d'une entente de confidentialité avant la communication de renseignements en application du paragraphe 21.1(3). Bien que certains renseignements puissent être communiqués en application du paragraphe 21.1(3), à condition qu'ils demeurent confidentiels, Santé Canada ne pouvait faire valoir qu'il en serait toujours ainsi. Le législateur a été invité à prescrire que les renseignements communiqués en application du paragraphe 21.1(3) de la Loi de Vanessa resteraient confidentiels, mais il a refusé de le faire. La politique globale de Santé Canada a donc infirmé un choix du législateur.

La décision de Santé Canada a fait abstraction du droit à la liberté d'expression du demandeur, qui est garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. Dans une lettre qu'il a adressée à Santé Canada, le demandeur a insisté sur le fait que ses droits constitutionnels devaient être pris en compte. Pourtant, la décision de Santé Canada n'en a fait nullement mention. Rien n'indiquait que Santé Canada avait procédé à l'exercice de pondération exigé par la jurisprudence. Sa décision n'a pas assuré un équilibre raisonnable entre la liberté d'expression et quelque objectif législatif que Santé Canada pouvait poursuivre. La politique de confidentialité mur à mur de Santé Canada était trop générale et elle ne pouvait assurer un juste équilibre entre les droits garantis par la Charte et les objectifs de la loi. Pour assurer un tel équilibre, il aurait fallu que Santé Canada se demande comment la communication de résultats d'essais cliniques au demandeur affecterait la réalisation de son mandat législatif. Compte tenu de l'objectif de la Loi de Vanessa qui est d'améliorer la transparence des essais cliniques et du projet de règlement récemment proposé, on pouvait difficilement comprendre comment la restriction de la liberté d'expression découlant de l'exigence de confidentialité de Santé Canada pourrait être justifiée. Il était donc déraisonnable pour Santé Canada d'imposer une exigence de confidentialité comme condition à la communication des données demandées par le demandeur.

En ce qui concerne la réparation, le demandeur a demandé que soit délivrée une ordonnance de *mandamus* obligeant Santé Canada à lui communiquer les renseignements demandés. Ces renseignements, des rapports et des données d'essais cliniques, deviendront publics lors de l'adoption du règlement. Aucune considération de principe ne justifiait qu'ils soient à ce stade gardés confidentiels. Par conséquent, une ordonnance de *mandamus* exigeant que Santé Canada accède à la demande du demandeur et lui communique les renseignements demandés a été délivrée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 7.
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, ss. 2 “confidential business information”, 30(1.2).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4.
Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa’s Law), S.C. 2014, c. 24, preamble, ss. 21.1(2),(3), 30(1.2).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Arts. 1700, 1711.
Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 1869 U.N.T.S. 299, being Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3, Art. 39.

CASES CITED

APPLIED:

Roncarelli v. Duplessis, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Yansane*, 2017 FCA 48, 26 Admin. L.R. (6th) 267.

CONSIDERED:

Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health), 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, (1994), 110 D.L.R. (4th) 1; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710.

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. 2b), 7.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 2 « renseignements commerciaux confidentiels », 30(1.2).
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4.
Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa), L.C. 2014, ch. 24, préambule, art. 21.1(2),(3), 30(1.2).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, arts. 1700, 1711.
Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1869 R.T.N.U. 332, qui constitue l'Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3, art. 39.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Roncarelli v. Duplessis, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Yansane*, 2017 CAF 48.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé), 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618; *Shell Canada Products Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710.

REFERRED TO:

Free World Trust v. Électro Santé Inc., 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281; *Prince George (City of) v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458, (1977), 75 D.L.R. (3d) 1; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 53; *Maple Lodge Farms v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (1993), 18 Admin. L.R. (2d) 122 (C.A.), affd [1994] 3 S.C.R. 1100, (1994), 29 Admin. L.R. (2d) 1; *Canada (Health) v. The Winning Combination Inc.*, 2017 FCA 101, 413 D.L.R. (4th) 362; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. *Debates of the Senate*, 41st Parl., 2nd Sess., No. 76 (September 16, 2014).

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Health, *Evidence*, 41st Parl., 2nd Sess., No. 33 (June 10, 2014).

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology*, 41st Parl., 2nd Sess., Issue No. 20 (October 1, 2014).

Regulatory Impact Analysis Statement. *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Public Release of Clinical Information)*, *C. Gaz.*, 2017.I.4637.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Toronto: LexisNexis Canada, 2014.

APPLICATION for judicial review of a Health Canada decision refusing the applicant's request to obtain unpublished information, including clinical trial reports, concerning certain drugs after the applicant refused to sign a confidentiality agreement. Application allowed.

DÉCISIONS CITÉES :

Free World Trust c. Électro Santé Inc., 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281; *Prince George (Ville de) c. Payne*, [1978] 1 R.C.S. 458; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 53; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.), conf. par [1994] 3 R.C.S. 1100; *Canada (Santé) c. The Winning Combination Inc.*, 2017 CAF 101; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la santé, *Témoignages*, 41^e lég., 2^e sess., n^o 33 (10 juin 2014).

Canada. Parlement. *Débats du Sénat*, 41^e lég., 2^e sess., n^o 76 (16 septembre 2014).

Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie*, 41^e lég., 2^e sess., fascicule n^o 20 (1 octobre 2014).

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation. *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (diffusion publique des renseignements cliniques)*, *Gaz. C.*, 2017.I.4637.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3^e éd. Toronto : Irwin Law, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Toronto : LexisNexis Canada, 2014.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de Santé Canada de refuser d'accéder à la demande du demandeur afin d'obtenir des renseignements non publiés, notamment des rapports d'essais cliniques, sur certains médicaments après que le demandeur eut refusé de signer une entente de confidentialité. Demande accueillie.

APPEARANCES

Alyssa Tomkins and James Plotkin for applicant.

Kevin Palframan for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Caza Saikaley, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] GRAMMOND J.: On March 18, 2000, at the age of 15, Vanessa Young died of a heart attack, after taking a prescription drug called Prepulsid. After Vanessa's death, her father, Terence Young, began investigating the practices of the pharmaceutical industry and wrote a book on the topic. He advocated for stronger measures intended to protect the public against the unintended side effects of drugs. He ran for elected office and was a Member of Parliament for Oakville from 2008 to 2015. He played a major role in the debates leading to the adoption of Bill C-17, which amends the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27 (the Act). Bill C-17 is now known as the *Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa's Law)*, S.C. 2014, c. 24, and I will refer to it simply as Vanessa's Law. This is the first case in which the courts are called upon to interpret and apply Vanessa's Law.

[2] Vanessa's Law added subsection 21.1(3) to the Act. That section, which I quote in full below, empowers the Minister of Health (Health Canada) to disclose information concerning drugs to certain persons. Dr. Peter Doshi, who is an Assistant Professor at the University of Maryland, applied to Health Canada to obtain unpublished information, including clinical trial reports, concerning certain drugs. Health Canada replied that it would only accede to that request if Dr. Doshi signed a confidentiality agreement that would prevent him from disseminating or publishing the information to be

ONT COMPARU :

Alyssa Tomkins et James Plotkin pour le demandeur.

Kevin Palframan pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Caza Saikaley, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE GRAMMOND : Le 18 mars 2000, à l'âge de 15 ans, Vanessa Young est décédée d'une crise cardiaque après avoir pris du Prepulsid, un médicament délivré sur ordonnance. Après le décès de Vanessa, son père, Terence Young, s'est renseigné sur les pratiques de l'industrie pharmaceutique et il a écrit un livre sur le sujet. Il a milité en faveur de mesures plus sévères visant à protéger le public contre les effets secondaires non voulus des médicaments. Il s'est porté candidat aux élections et il a été élu député fédéral de la circonscription d'Oakville, fonctions qu'il a occupées de 2008 à 2015. Il a joué un rôle prépondérant dans les débats qui ont mené à l'adoption du projet de loi C-17 qui modifie la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (la Loi). Le projet de loi C-17 a été adopté sous le nom de *Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa)*, L.C. 2014, ch. 24, et je l'appellerai tout simplement Loi de Vanessa dans les présents motifs. Il s'agit de la première fois où les tribunaux sont appelés à interpréter et à appliquer la Loi de Vanessa.

[2] La Loi de Vanessa a modifié la Loi, notamment par l'adjonction du paragraphe 21.1(3). Cette disposition, que je cite ci-dessous dans son intégralité, habilite le ministre de la Santé (Santé Canada) à communiquer des renseignements sur des médicaments à certaines personnes. Le Dr Peter Doshi, professeur adjoint à l'Université du Maryland, a présenté une demande à Santé Canada afin d'obtenir des renseignements non publiés, notamment des rapports d'essais cliniques, sur certains médicaments. Santé Canada a répondu que le Ministère n'accéderait à cette demande que si le Dr Doshi signait une entente de

disclosed. Dr. Doshi refused to sign such an agreement, arguing that Health Canada's request had no basis in law and that signing such an agreement would impede his ability to conduct his research project and to publish its results. Accordingly, Health Canada refused Dr. Doshi's request.

[3] Dr. Doshi now seeks judicial review of this refusal. I am allowing his application, because Health Canada exercised the discretionary power set forth in subsection 21.1(3) in a manner that contradicts the purpose of Vanessa's Law, which is to improve clinical trial transparency. Health Canada also fettered its discretion by adopting a rigid policy requiring a confidentiality undertaking before disclosing information under subsection 21.1(3). Lastly, I find that Health Canada failed to assess the effects of its decision on Dr. Doshi's freedom of expression, guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

I. Background

[4] To understand this case properly, it is necessary to provide some detail about the reasons that led to the enactment of Vanessa's Law and the legislative environment within which it finds its place. I will then describe Dr. Doshi's request and its treatment by Health Canada.

A. *Legislative Background*

(1) Legislative Environment

[5] Broadly speaking, legislation concerning drugs pursues two categories of purposes: protecting the health and safety of the public and promoting the economic interests of pharmaceutical companies. These two objectives may be intertwined to a certain extent, as innovation by pharmaceutical companies may result in new drugs being made available, which in turn may result in better health. It remains useful, however, to view these

confidentialité lui interdisant de divulguer ou de publier les renseignements qui lui seraient communiqués. Le D^r Doshi a refusé de signer une telle entente, en faisant valoir que la requête de Santé Canada était dépourvue de fondement juridique et que la signature d'une telle entente nuirait à sa capacité de mener son projet de recherche et d'en publier les résultats. Par conséquent, Santé Canada a refusé la demande du D^r Doshi.

[3] Le D^r Doshi sollicite maintenant le contrôle judiciaire de ce refus. J'accueille sa demande, car Santé Canada a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 21.1(3) d'une manière qui va à l'encontre de l'objet de la Loi de Vanessa, qui est d'améliorer la transparence des essais cliniques. Santé Canada a également fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en adoptant une politique rigide qui exige la signature d'une entente de confidentialité avant la communication de renseignements en application du paragraphe 21.1(3). Enfin, je conclus que Santé Canada a omis d'évaluer les effets de sa décision sur la liberté d'expression du D^r Doshi, qui est garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

I. Contexte

[4] Afin de bien comprendre cette affaire, il faut tout d'abord apporter certaines précisions sur les motifs qui ont mené à la promulgation de la Loi de Vanessa et sur le contexte législatif dans lequel cette loi s'inscrit. Je décrirai ensuite la demande du D^r Doshi et la manière dont Santé Canada y a répondu.

A. *Contexte législatif*

1) Environnement législatif

[5] D'une manière générale, les lois régissant les médicaments visent deux catégories d'objectifs : protéger la santé et la sécurité du public et promouvoir les intérêts économiques des sociétés pharmaceutiques. Dans une certaine mesure, ces deux objectifs peuvent se renforcer mutuellement, car l'innovation par les sociétés pharmaceutiques peut mener à la mise au point de nouveaux médicaments susceptibles d'améliorer la santé. Il est

two purposes as being conceptually separate, in particular because they are given effect by two different legislative regimes.

[6] The *Food and Drugs Act* is aimed at protecting the health and safety of the Canadian public through, among other things, a mechanism to ensure that new drugs are safe and effective before they are made available to the public. New drugs must receive a notice of compliance (NOC) from Health Canada, which may be obtained through a new drug submission (NDS). An NDS may be described as follows:

An NDS is comprised of various sections, including pre-clinical, clinical, chemistry and manufacturing sections. The pre-clinical portions thereof will consist of all the information pertaining to the experiments that the innovator has conducted in a laboratory so as to test the action and toxicity of the drug. The clinical portions of an NDS provide information with regard to clinical trials with volunteer subjects and/or patients to test the safety and efficacy of the new drug.

(*Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health)*, 2010 FCA 334, [2012] 2 F.C.R. 618 (*Apotex 2010*), at paragraph 12.)

[7] The *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, provides inventors with a monopoly limited in time over their inventions, provided that they publicly disclose the invention (*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 13). By doing so, Parliament seeks to provide an economic incentive for innovation. Pharmaceutical companies frequently obtain patents over new drugs they invent. It is recognized that developing new drugs is a long and costly process and that the monopoly associated with a patent affords pharmaceutical companies an opportunity to recoup their development costs.

[8] Not all pharmaceutical companies, however, engage in the development of new or innovative drugs.

toutefois utile de considérer que ces deux objectifs sont distincts sur le plan conceptuel, en particulier parce que leur mise en application relève de deux régimes législatifs distincts.

[6] La *Loi sur les aliments et drogues* vise à protéger la santé et la sécurité des Canadiens en prévoyant notamment un mécanisme pour s'assurer que les nouveaux médicaments sont sûrs et efficaces avant que le public y ait accès. Un avis de conformité (AC) doit être délivré par Santé Canada pour tout nouveau médicament. Pour obtenir un tel avis, il faut déposer une présentation de drogue nouvelle (PDN). Une PDN peut se définir comme suit :

La PDN comprend diverses sections, qui portent notamment sur les études précliniques, les études cliniques, la composition chimique et la fabrication. La partie sur les études précliniques réunit tous les renseignements concernant les expériences que l'innovateur a effectuées en laboratoire pour tester l'action et la toxicité de la drogue. La partie sur les études cliniques comprend les renseignements relatifs aux essais cliniques effectués sur des sujets volontaires sains et/ou malades pour tester l'innocuité et l'efficacité de la nouvelle drogue.

(*Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé)*, 2010 CAF 334, [2012] 2 R.C.F. 618 (*Apotex 2010*), au paragraphe 12.)

[7] La *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, accorde aux inventeurs un monopole pour une période restreinte à l'égard de leur invention, à condition qu'ils divulguent publiquement leur invention (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, au paragraphe 13). Le législateur cherche ainsi à fournir un incitatif économique pour encourager l'innovation. Les sociétés pharmaceutiques obtiennent souvent des brevets pour protéger les nouveaux médicaments qu'elles inventent. Il est admis que le développement de nouveaux médicaments est un processus long et coûteux, et que le monopole que confère le brevet offre aux sociétés pharmaceutiques une possibilité de recouvrer leurs coûts de développement.

[8] Toutefois, toutes les sociétés pharmaceutiques ne se lancent pas dans le développement de médicaments

So-called “generic” drug makers seek to manufacture drugs that are equivalent to those developed by “research” companies and sell them at a lower cost. It is not necessary, for the purposes of this case, to describe in detail the measures adopted by Parliament to balance the interests of “research” and “generic” pharmaceutical companies (see, e.g., *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraphs 6–12).

[9] One aspect of the regulatory framework that is relevant to this case flows from Canada’s desire to comply with its international obligations. Canada is a party to the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) and the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS). Article 1711 of NAFTA and Article 39 of TRIPS contain provisions for the protection of data generated by innovator pharmaceutical companies. In order to comply with those provisions, Parliament amended the *Food and Drugs Act* to empower the government to make regulations to implement Article 1711 of NAFTA and Article 39 of TRIPS. Those regulations, known as the “Data Protection Regulation”, were enacted in 2006. They provide that a manufacturer cannot seek an NOC by relying on a comparison with an “innovative drug”, before the expiry of a period of six years after the NOC for the innovative drug was granted, and Health Canada cannot grant the NOC before the expiry of a period of eight years. The validity of the Data Protection Regulation was upheld by the Federal Court of Appeal in *Apotex 2010*.

(2) Clinical Trial Transparency

[10] Clinical trials are a crucial component of the new drug development process. Clinical trials, however, have come under closer scrutiny. The materials submitted in support of Dr. Doshi’s application show important concerns with the manner in which clinical trials currently

nouveaux ou innovants. Ainsi, les fabricants de médicaments dits « génériques » cherchent à fabriquer des médicaments qui sont équivalents à ceux développés par les sociétés dites de « recherche », mais qui sont vendus à moindre coût. Aux fins de l’espèce, il n’est pas nécessaire de définir en détail les mesures adoptées par le législateur pour assurer un équilibre entre les intérêts des sociétés pharmaceutiques de « recherche » et ceux des fabricants de produits « génériques » (voir, par exemple, l’arrêt *Bristol-Myers-Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, aux paragraphes 6 à 12).

[9] Un aspect du cadre réglementaire qui est pertinent en l’espèce découle de la volonté du Canada de se conformer à ses obligations internationales. Le Canada est l’un des signataires de l’*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) et de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC). L’article 1711 de l’ALENA et l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC prévoient des dispositions protégeant les données des sociétés pharmaceutiques innovatrices. Afin de se conformer à ces dispositions, le législateur a modifié la *Loi sur les aliments et drogues* pour permettre au gouvernement d’adopter un règlement mettant en œuvre l’article 1711 de l’ALENA et l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC. Ce règlement, connu sous le nom de « Règlement sur la protection des données », a été promulgué en 2006. Il prévoit qu’un fabricant ne peut obtenir un avis de conformité en se fondant sur une comparaison avec une « drogue innovante » avant l’expiration du délai de six ans suivant la date à laquelle l’avis de conformité a été délivré pour la « drogue innovante », et que Santé Canada ne peut délivrer l’avis de conformité avant l’expiration d’un délai de huit ans. La validité du Règlement sur la protection des données a été confirmée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Apotex 2010*.

2) Transparence des essais cliniques

[10] Les essais cliniques constituent un volet crucial du processus de développement de nouveaux médicaments. Les essais cliniques font toutefois l’objet de critiques de plus en plus importantes. La documentation présentée à l’appui de la demande du Dr Doshi fait état

take place. Clinical trials are undertaken by researchers under contract with pharmaceutical companies. Their results are usually kept secret. While those results are provided to regulators such as Health Canada, pharmaceutical companies have insisted that they constitute confidential business information that regulators should not make public.

[11] Yet, publicly disclosing clinical trial results may be beneficial to public health. There are concerns that the conduct of those tests may be biased, or that pharmaceutical companies selectively publish results that favour their interests. Increased public scrutiny of the work of regulatory agencies, such as Health Canada, may uncover regulatory failures. In this regard, Dr. Doshi states in his affidavit:

... analyses of regulatory data, such as clinical study reports, can overturn conclusions previously thought to be reliable, altering the risk-benefit assessment that is central to the authorization and use of medicines.

[12] Dr. Doshi also provides an example where independent researchers were able to question the results of published studies and to shed light on the high risks associated with the use of certain drugs:

The conclusions of a highly cited journal article reporting the results of a randomized trial of paroxetine in children and adolescents (Study 329) were contradicted by an independent analysis undertaken by researchers who gained access to previously confidential clinical study reports, electronic individual patient data, and completed case report forms. Based on these data, these researchers re-published the study in *The BMJ* ..., correcting the previous misleading publication. This reanalysis found that paroxetine was not clinically or statistically more effective than placebo but carried significant increases in risk of suicidal ideation and behavior.

d'importantes préoccupations quant à la manière dont sont actuellement menés les essais cliniques. Les essais cliniques sont menés par des chercheurs qui sont contractuellement liés à des sociétés pharmaceutiques, et leurs résultats sont habituellement tenus secrets. Bien que ces résultats soient communiqués à des organismes de réglementation tels que Santé Canada, les sociétés pharmaceutiques insistent sur le fait qu'il s'agit de renseignements commerciaux confidentiels que les organismes de réglementation ne doivent pas rendre publics.

[11] Or, la divulgation publique des résultats des essais cliniques pourrait être bénéfique pour la santé publique. Certains craignent que la conduite de ces essais puisse être biaisée, ou que les sociétés pharmaceutiques puissent ne publier que les résultats qui leur sont favorables. Un regard public plus intense sur le travail fait par les organismes de réglementation, comme Santé Canada, pourrait révéler des lacunes en matière de réglementation. Voici ce que le D^r Doshi déclare à ce sujet dans son affidavit :

[TRADUCTION] [...] [L]es analyses des données de réglementation, comme les rapports d'essais cliniques, peuvent infirmer des conclusions que l'on croyait jusqu'ici fiables, modifiant ainsi l'évaluation des risques et des avantages qui est un critère essentiel dans l'autorisation et l'utilisation des médicaments.

[12] Le D^r Doshi présente également un exemple où des chercheurs indépendants ont été en mesure de remettre en question les résultats d'études publiées et de faire la lumière sur les risques élevés associés à l'usage de certains médicaments :

[TRADUCTION] Les conclusions d'un article largement cité, présentant les résultats d'un essai à répartition aléatoire sur les effets de la paroxétine chez les enfants et les adolescents (étude 329), ont été contredites par une analyse indépendante menée par des chercheurs qui ont eu accès à des rapports d'essais cliniques jusque-là confidentiels, à des données électroniques sur des patients et à des formulaires d'exposés de cas. En se fondant sur leur analyse, ces chercheurs ont publié à nouveau les résultats de l'étude dans *The BMJ* [...], en corrigeant les résultats trompeurs qui avaient précédemment été publiés. Cette nouvelle analyse a révélé que la paroxétine n'était pas plus efficace, sur le plan clinique ou statistique, que le placebo, mais que ce médicament était en revanche associé à un

risque nettement plus élevé de pensées et de comportements suicidaires.

[13] For these reasons, many people have advocated for greater clinical trial transparency.

[13] C'est ce qui explique que bon nombre de personnes militent aujourd'hui en faveur d'une plus grande transparence des essais cliniques.

[14] One potential avenue to achieve greater transparency is through access to information legislation. Members of the public, including researchers, may request the disclosure of information in the possession of Health Canada, under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. However, where a request pertains to information submitted to a government agency by a third party, notice must be given to that third party, who may then argue that disclosure is prohibited by section 20 of that Act. Section 20 covers trade secrets, confidential scientific or technical information and information the disclosure of which may result in financial loss, competitive disadvantage or interference with contractual negotiations. Litigation concerning those provisions may be costly and time-consuming, as illustrated by *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23. The information submitted in this application does not show that access to information legislation has been successful in ensuring clinical trial transparency.

[14] Les lois sur l'accès à l'information pourraient être un moyen d'assurer une plus grande transparence. Les membres du public, y compris les chercheurs, peuvent en effet se fonder sur la la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, pour demander la divulgation de renseignements que Santé Canada a en sa possession. Cependant, lorsqu'une demande concerne des renseignements qui ont été communiqués à un organisme gouvernemental par un tiers, un avis doit être signifié à ce tiers qui peut alors prétendre que la communication de ces renseignements est interdite aux termes de l'article 20 de la Loi. L'article 20 vise les secrets industriels, les renseignements scientifiques ou techniques de nature confidentielle, ainsi que les renseignements dont la divulgation risquerait de causer des pertes financières, de nuire à la compétitivité ou d'entraver la négociation de contrats. Les litiges mettant en cause ces dispositions peuvent être longs et coûteux, comme l'illustre l'arrêt *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23. Les renseignements présentés au soutien de la présente demande ne permettent pas de conclure que la législation en matière d'accès à l'information assure la transparence des essais cliniques.

(3) Relevant Provisions of Vanessa's Law

[15] Bill C-17, which became Vanessa's Law, was introduced in the House of Commons in December 2013. The initial version of the Bill contained provisions empowering the Minister of Health to order the recall or relabelling of therapeutic products (including drugs) and to request information about, and to mandate the assessment of, therapeutic products. It mandated the reporting of serious adverse drug reactions to the Minister. It also empowered the government to make regulations concerning the same subjects. Those provisions are not in issue in this case.

3) Dispositions pertinentes de la Loi de Vanessa

[15] Le projet de loi C-17, qui est devenu la Loi de Vanessa, a été présenté à la Chambre des communes en décembre 2013. La version initiale du projet de loi contenait des dispositions habilitant le ministre de la Santé à ordonner le rappel ou le ré-étiquetage de produits thérapeutiques (y compris de médicaments), de demander des renseignements sur des produits thérapeutiques et d'en exiger l'évaluation. Elle exigeait également que les réactions indésirables graves aux médicaments soient déclarées au ministre et habilitait le gouvernement à prendre des règlements sur ces mêmes questions. Ces dispositions ne sont pas en cause en l'espèce.

[16] As a result of discussions at second reading and in Committee, which will be reviewed in more detail later in these reasons, the government proposed amendments to the Bill. The provisions that are directly relevant to this case are the following.

[17] First, a definition of “confidential business information” [section 2 of the Act] was added:

Definitions

2 In this Act,

...

confidential business information, in respect of a person to whose business or affairs the information relates, means — subject to the regulations — business information

- (a) that is not publicly available,
- (b) in respect of which the person has taken measures that are reasonable in the circumstances to ensure that it remains not publicly available, and
- (c) that has actual or potential economic value to the person or their competitors because it is not publicly available and its disclosure would result in a material financial loss to the person or a material financial gain to their competitors; (*renseignements commerciaux confidentiels*)

[18] Second, provisions were added to empower the Minister to disclose confidential business information in certain circumstances:

21.1 ...

Disclosure — serious risk

(2) The Minister may disclose confidential business information about a therapeutic product without notifying the person to whose business or affairs the information relates or obtaining their consent, if the Minister believes that the product may present a serious risk of injury to human health.

[16] À la suite des débats en deuxième lecture et en comité, lesquels seront examinés plus en détail ultérieurement dans les présents motifs, le gouvernement a proposé des modifications au projet de loi. Les dispositions qui sont directement en cause en l’espèce sont énoncées ci-après.

[17] Il s’agit premièrement de la définition de « renseignements commerciaux confidentiels » qui a été ajoutée :

Définitions

2 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[...]

renseignements commerciaux confidentiels Sous réserve des règlements, renseignements commerciaux qui se rapportent à l’entreprise d’une personne ou à ses activités et, à la fois :

- a) qui ne sont pas accessibles au public;
- b) à l’égard desquels la personne a pris des mesures raisonnables dans les circonstances pour qu’ils demeurent inaccessibles au public;
- c) qui ont une valeur économique réelle ou potentielle pour la personne ou ses concurrents parce qu’ils ne sont pas accessibles au public et que leur divulgation entraînerait une perte financière importante pour elle ou un gain financier important pour ses concurrents. (*confidential business information*)

[18] Deuxièmement, des dispositions ont été ajoutées pour habiliter le ministre à communiquer des renseignements commerciaux confidentiels dans certaines circonstances :

21.1 [...]

Communication — risque grave

(2) Le ministre peut communiquer des renseignements commerciaux confidentiels qui se rapportent à l’entreprise d’une personne ou à ses activités sans obtenir son consentement et sans l’aviser si les renseignements concernent un produit thérapeutique qui, de l’avis du ministre, peut présenter un risque grave de préjudice à la santé humaine.

Disclosure — health or safety

(3) The Minister may disclose confidential business information about a therapeutic product without notifying the person to whose business or affairs the information relates or obtaining their consent, if the purpose of the disclosure is related to the protection or promotion of human health or the safety of the public and the disclosure is to

- (a) a government;
- (b) a person from whom the Minister seeks advice; or
- (c) a person who carries out functions relating to the protection or promotion of human health or the safety of the public.

[19] Subsection 21.1(3) is the provision invoked by Dr. Doshi in this case.

[20] Third, the regulation-making powers of the government were enlarged to encompass the following:

30 ...

Regulations — therapeutic products

(1.2) Without limiting the power conferred by any other subsection of this section, the Governor in Council may make regulations

...

(c.1) defining *clinical trial* and *investigational test* for the purposes of this Act;

...

(d.1) specifying the business information obtained under this Act in relation to an authorization under paragraph (a) that is not confidential business information, or the circumstances in which business information obtained under this Act in relation to such an authorization ceases to be confidential business information;

(d.2) authorizing the Minister to disclose, without notifying the person to whose business or affairs the information relates or obtaining their consent, business information that, under regulations made under paragraph (d.1),

Communication — santé ou sécurité

(3) Si l'objet de la communication est relatif à la protection ou à la promotion de la santé humaine ou de la sécurité du public, le ministre peut communiquer des renseignements commerciaux confidentiels qui concernent un produit thérapeutique et qui se rapportent à l'entreprise d'une personne ou à ses activités sans obtenir son consentement et sans l'aviser :

- a) à toute administration;
- b) à toute personne qu'il consulte;
- c) à toute personne exerçant des fonctions relatives à la protection ou à la promotion de la santé humaine ou de la sécurité du public.

[19] Le paragraphe 21.1(3) est la disposition invoquée par le D^r Doshi en l'espèce.

[20] Troisièmement, les pouvoirs réglementaires du gouvernement ont été élargis pour inclure ce qui suit :

30 [...]

Règlements relatifs aux produits thérapeutiques

(1.2) Sans que soit limité le pouvoir conféré par les autres paragraphes du présent article, le gouverneur en conseil peut prendre des règlements :

[...]

c.1) définissant *essai clinique* et *essai expérimental* pour l'application de la présente loi; [...]

d.1) précisant les renseignements commerciaux obtenus en vertu de la présente loi relativement à une autorisation visée à l'alinéa a) qui ne sont pas des renseignements commerciaux confidentiels ou précisant les circonstances dans lesquelles des renseignements commerciaux ainsi obtenus relativement à une telle autorisation cessent d'être des renseignements commerciaux confidentiels;

d.2) autorisant le ministre à communiquer des renseignements commerciaux qui se rapportent à l'entreprise d'une personne ou à ses activités sans obtenir son consentement et sans l'aviser si, selon le cas :

(i) is not confidential business information, or

(i) un règlement pris en vertu de l'alinéa d.1) précise que ces renseignements ne sont pas des renseignements commerciaux confidentiels,

(ii) has ceased to be confidential business information;

(ii) ces renseignements ont cessé d'être des renseignements commerciaux confidentiels en application d'un règlement pris en vertu de cet alinéa;

(4) Proposed Regulations

4) Règlement proposé

[21] As of the date of this judgment, the government has not made regulations pursuant to subsection 30(1.2). On December 9, 2017, however, the proposed *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Public Release of Clinical Information)* were published in the *Canada Gazette* [Part I, Vol. 151, No. 49]. Subject to certain exceptions, information regarding clinical trials would cease to be considered as confidential business information when an NOC is issued or an NDS withdrawn or refused. Health Canada would be empowered to disclose such information publicly. Of interest, the context and justification of this regulatory proposal are described as follows [Regulatory Impact Analysis Statement, page 4637]:

[21] À la date du présent jugement, aucun règlement n'a encore été adopté par le gouvernement en application du paragraphe 30(1.2). Le 9 décembre 2017, toutefois, le projet de *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (diffusion publique des renseignements cliniques)* a été publié dans la *Gazette du Canada* [partie I, vol. 151, n° 49]. Selon ce Règlement, les renseignements concernant des essais cliniques cesseraient d'être traités comme des renseignements commerciaux confidentiels à la délivrance d'un avis de conformité, au retrait ou au refus d'une PDN, sous réserve de certaines exceptions, et Santé Canada serait autorisé à rendre ces renseignements publics. La description du contexte et des justifications de cette proposition réglementaire mérite d'être reproduite [Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, page 4637] :

Health Canada typically treats most clinical information provided by manufacturers in drug submissions and medical device applications as confidential business information (CBI). The Department does not have a formal policy or guidance on the identification of CBI in drug submissions and medical device applications. Consequently, the established practice is not to publicly release detailed clinical data in drug submissions and medical device applications, except where the information has entered the public domain or consent has been granted by the sponsor.

Santé Canada traite généralement la plupart des renseignements cliniques fournis par les fabricants dans leurs présentations de drogues et leurs demandes d'homologation d'instruments médicaux comme des renseignements commerciaux confidentiels (RCC). Le Ministère n'a pas de politique ou de ligne directrice formelle pour déterminer les renseignements qui sont des RCC dans les présentations de drogues et les demandes d'homologation d'instruments médicaux. La pratique établie est donc de ne pas rendre publiques les données cliniques détaillées figurant dans les présentations de drogues et les demandes d'homologation d'instruments médicaux, sauf si les renseignements sont du domaine public ou si le fabricant a donné son consentement.

Without access to detailed clinical data, health professionals and researchers are unable to perform independent analyses of the evidence underlying published research findings and Health Canada's regulatory reviews. This approach limits transparency and misses opportunities to promote greater confidence in the oversight of drugs and medical devices. It is also out of step with Health Canada's key regulatory partners, including the European

S'ils ne peuvent pas accéder à des données cliniques détaillées, les professionnels de la santé et les chercheurs sont incapables de faire des analyses indépendantes des éléments de preuve sur lesquels reposent les conclusions des recherches publiées et des examens réglementaires de Santé Canada. Cette façon de faire limite la transparence et des occasions sont ratées de susciter une plus grande confiance envers la surveillance des médicaments et des

Medicines Agency (EMA) and the U.S. Food and Drug Administration, which have increased clinical data transparency over the past 10 years.

B. *Dr. Doshi's Application*

[22] Soon after the coming into force of Vanessa's Law, Dr. Doshi communicated with Health Canada to express his interest in obtaining information pursuant to subsection 21.1(3). After an exchange of correspondence, Dr. Doshi filed two requests with Health Canada on January 16, 2016. The first request pertained to three HPV vaccines, Gardasil, Gardasil 9 and Cervarix. The second request pertained to two neuraminidase inhibitors, Tamiflu and Relenza. In both cases, Dr. Doshi sought "complete copies of all sections of all clinical study reports". He also asked for "all electronic datasets from these same trials, including participant level datasets". Dr. Doshi stated that he would use the data for two distinct projects. First, he would conduct a "systematic review" of regulatory data (also known as a "Cochrane review"), which he describes as a "well-established methodology for exhaustively and critically reviewing all randomized controlled trials and research studies". Second, he proposed to undertake a "methodology project", "focused on improving the methodology of evidence synthesis and appraisal of regulatory documents".

C. *Health Canada's Decision*

[23] Early in the discussion with Dr. Doshi, Health Canada made it clear that it would only disclose the data if Dr. Doshi signed a confidentiality agreement. This, in fact, was consistent with a "Draft Guidance Document" regarding paragraph 21.1(3)(c) prepared by Health Canada on March 10, 2016. Initially, Dr. Doshi indicated that he would consider the terms of a proposed

instruments médicaux. De plus, cette pratique n'est pas conforme aux pratiques d'autres organismes de réglementation qui sont des partenaires de premier plan du Canada, y compris l'Agence européenne des médicaments (EMA) et la U.S. Food and Drug Administration, qui ont rehaussé la transparence des données cliniques au cours des 10 dernières années.

B. *Demande du D^r Doshi*

[22] Peu après l'entrée en vigueur de la Loi de Vanessa, le D^r Doshi a communiqué avec Santé Canada pour lui signifier son intérêt quant à l'obtention des renseignements en application du paragraphe 21.1(3). Après un échange de correspondance, le D^r Doshi a déposé deux demandes auprès de Santé Canada le 16 janvier 2016. La première demande concernait trois vaccins contre le virus du papillome humain (VPH), soit Gardasil, Gardasil 9 et Cervarix. La deuxième visait deux inhibiteurs de la neuraminidase, Tamiflu et Relenza. Dans les deux cas, le D^r Doshi souhaitait obtenir des [TRADUCTION] « copies intégrales de toutes les sections des rapports d'essais cliniques ». Il a aussi demandé qu'on lui transmette [TRADUCTION] « tous les ensembles de données électroniques provenant de ces mêmes essais, y compris les ensembles de données sur les participants ». Le D^r Doshi voulait utiliser ces données pour deux projets distincts. Premièrement, il voulait mener une « revue systématique » des données de réglementation (ou « revue systématique Cochrane »), un projet qu'il a défini comme une [TRADUCTION] « méthodologie bien établie pour faire un examen exhaustif et critique de tous les essais contrôlés à répartition aléatoire et études de recherche ». Il proposait deuxièmement de mener un « projet sur la méthodologie » [TRADUCTION] « visant à améliorer la méthodologie utilisée pour la synthèse des données probantes et l'évaluation des documents réglementaires ».

C. *Décision de Santé Canada*

[23] D'entrée de jeu, durant ses discussions avec le D^r Doshi, Santé Canada a clairement établi que le Ministère ne communiquerait les données que si le D^r Doshi acceptait de signer une entente de confidentialité. Cette exigence était en fait conforme à l'« ébauche de la ligne directrice » concernant l'alinéa 21.1(3)(c), préparée par Santé Canada le 10 mars 2016. Au départ,

confidentiality agreement. Subsequently, he revised his position and objected to any form of a confidentiality agreement.

[24] On February 7, 2017, Health Canada issued its decision regarding Dr. Doshi's requests. First, Health Canada accepted that Dr. Doshi, given his credentials and current position, is "a person who carries out functions relating to the protection or promotion of human health or the safety of the public". With respect to the systematic review project, Health Canada also accepted that the proposed disclosure would be "related to the protection or promotion of human health or the safety of the public". With respect to the methodology project, however, Health Canada determined that Dr. Doshi had not provided enough information to allow it to reach a conclusion.

[25] Nevertheless, because Dr. Doshi had refused to sign a confidentiality agreement, Health Canada denied his request. Health Canada also noted that Dr. Doshi had failed to provide a signed declaration of conflict of interest.

D. Dr. Doshi's Application for Judicial Review

[26] Dr. Doshi now seeks judicial review of Health Canada's rejection of his requests. Two separate applications for judicial review have been filed. File No. T-335-17 relates to Gardasil, Gardasil 9 and Cervarix. File No. T-336-17 relates to Tamiflu and Relenza. The evidence and the submissions in both files are identical. These reasons apply to both.

[27] For the purposes of these applications, both parties agree that the information sought by Mr. Doshi constitutes confidential business information within the meaning of subsection 21.1(3) and I am prepared to accept this. This is without prejudice to Dr. Doshi's more general assertion that clinical trial results should usually not be considered as such. In this connection, I observe that the proposed regulations would provide that clinical trial results cease to be confidential business

le D^r Doshi a indiqué qu'il examinerait les modalités de l'entente de confidentialité proposée. Il est par la suite revenu sur sa position et s'est opposé à toute forme d'entente de confidentialité.

[24] Le 7 février 2017, Santé Canada a rendu sa décision concernant les demandes du D^r Doshi. Premièrement, Santé Canada a reconnu que le D^r Doshi, compte tenu de ses titres de compétences et de son poste actuel, est une « personne exerçant des fonctions relatives à la protection ou à la promotion de la santé humaine ou de la sécurité du public ». En ce qui concerne le projet de revue systématique, Santé Canada a aussi admis que la communication proposée serait « relative à la protection ou à la promotion de la santé humaine ou à la sécurité du public ». Toutefois, en ce qui a trait au projet sur la méthodologie, Santé Canada a estimé que le D^r Doshi n'avait pas fourni suffisamment d'information pour lui permettre de tirer une conclusion.

[25] Quoiqu'il en soit, comme le D^r Doshi avait refusé de signer une entente de confidentialité, Santé Canada a rejeté sa demande. Santé Canada a aussi souligné le fait que le D^r Doshi avait omis de fournir une déclaration de conflit d'intérêts signée.

D. Demande de contrôle judiciaire du D^r Doshi

[26] Le D^r Doshi sollicite maintenant le contrôle judiciaire du refus de Santé Canada d'accéder à ces requêtes. Deux demandes distinctes de contrôle judiciaire ont été déposées. Le dossier n° T-335-17 porte sur les vaccins Gardasil, Gardasil 9 et Cervarix. Le dossier n° T-336-17 concerne Tamiflu et Relenza. Les éléments de preuve et les observations dans les deux dossiers sont identiques. Les présents motifs s'appliquent aux deux dossiers.

[27] Aux fins des présentes demandes, les deux parties acceptent que les renseignements demandés par le D^r Doshi constituent des renseignements commerciaux confidentiels au sens du paragraphe 21.1(3), et je suis disposé à admettre ce fait. Cette admission est faite sous réserve de l'assertion plus générale du D^r Doshi selon laquelle les résultats des essais cliniques ne devraient habituellement pas être considérés comme des renseignements commerciaux confidentiels. À cet égard, je

information when a decision is made on an NDS. They would also authorize Health Canada to disclose such information. However, until such regulations are made, subsection 21.1(3) applies only to confidential business information. Thus, if Dr. Doshi were to argue that clinical trial results are not confidential, this would undercut his position that this information is covered by subsection 21.1(3).

[28] Dr. Doshi also agrees that Health Canada rightly requires him to sign a declaration of conflict of interest. As he is prepared to sign such a declaration if the application is allowed, I need not delve further into this issue and I will make my order conditional on Dr. Doshi providing such a declaration to Health Canada.

II. Analysis

[29] As I mentioned above, I find that Health Canada's decision was unreasonable. To explain why, I must first lay out certain principles of administrative law regarding the exercise of discretionary powers. I will then examine the text, structure and history of Vanessa's Law to discern its purpose. I will then be in a position to analyse Health Canada's decision.

A. *Reviewing the Exercise of Discretionary Powers*

[30] Administrative decision-makers who are granted discretionary powers enjoy a considerable margin of appreciation with respect to the manner in which they exercise their powers and the considerations they take into account (*Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at paragraph 58). Nevertheless, since at least *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 (*Roncarelli*), it is recognized that discretionary powers are never absolute. Administrative law now comprises several principles guiding the exercise of discretionary

note que, selon le règlement proposé, les résultats des essais cliniques cesseraient d'être des renseignements commerciaux confidentiels lorsqu'une décision serait rendue au sujet d'une PDN. Ce projet de règlement autoriserait également Santé Canada à communiquer ces renseignements. Cependant, tant que ce règlement ne sera pas adopté, le paragraphe 21.1(3) s'applique uniquement aux renseignements commerciaux confidentiels. Par conséquent, si le D^r Doshi faisait valoir que les résultats des essais cliniques ne sont pas confidentiels, cela irait alors à l'encontre de sa position voulant que ces renseignements relèvent du paragraphe 21.1(3).

[28] Le D^r Doshi admet également que Santé Canada est en droit d'exiger qu'il signe une déclaration de conflit d'intérêts. Comme il est prêt à signer une telle déclaration si la présente demande est accueillie, je n'examinerai pas davantage cette question en litige et je rendrai une ordonnance subordonnée à la présentation par le D^r Doshi d'une telle déclaration à Santé Canada.

II. Discussion

[29] Comme je l'ai mentionné précédemment, je juge que la décision de Santé Canada était déraisonnable. Pour expliquer mon raisonnement, je dois d'abord énoncer certains principes du droit administratif qui concernent l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. J'examinerai ensuite le texte, la structure et l'historique de la Loi de Vanessa pour en dégager les objectifs. Je serai alors en mesure d'analyser la décision de Santé Canada.

A. *Principes régissant l'examen de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires*

[30] Les décideurs administratifs investis de pouvoirs discrétionnaires bénéficient d'une grande marge d'appréciation quant à la manière d'exercer ces pouvoirs et aux considérations qu'ils doivent prendre en compte (*Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, au paragraphe 58). Toutefois, au moins depuis l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 (arrêt *Roncarelli*), il est admis que les pouvoirs discrétionnaires ne sont jamais absolus. Le droit administratif comporte aujourd'hui plusieurs principes pour guider

power. These principles may act independently, but they may also reinforce each other in particular cases. Three such principles are invoked in this case. I will review them briefly before turning to an examination of the purposes of Vanessa’s Law and, finally, the analysis of Health Canada’s decision in this case.

(1) Compatibility with Statutory Purposes

[31] The first relevant administrative law principle is that a discretionary power must be exercised in a manner compatible with the purposes of the statute that grants the power. It is a matter of fidelity to legislative intent.

[32] This principle was indeed outlined in *Roncarelli*, where Justice Martland said that the power to revoke Mr. Roncarelli’s liquor licence could not be exercised “for reasons which are unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the Act” (at page 156). Likewise, in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, the Supreme Court of Canada stated that a municipality must exercise its powers for “municipal purpose[s]”, that is, purposes which are contemplated by the legislation creating the municipality (at page 278).

[33] This principle is sometimes expressed using slightly different language or from a slightly different perspective. For example, in *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6 (*Delta Air Lines*), at paragraph 20, it was said that a discretionary power must not be exercised in a manner “contrary to the scheme of the Act.” In *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, at paragraph 47, the Supreme Court required administrative decisions to be consistent with the “principles governing the application” of the legislation and with “Parliament’s intention.”

[34] It is also said that a discretionary power must not be exercised for irrelevant or extraneous considerations: *Prince George (City of) v. Payne*, [1978] 1 S.C.R. 458.

l’exercice des pouvoirs discrétionnaires. Ces principes peuvent s’appliquer indépendamment les uns des autres, mais ils peuvent aussi se renforcer mutuellement dans des cas particuliers. Trois de ces principes sont invoqués en l’espèce. Je les passerai brièvement en revue, avant d’examiner les objectifs de la Loi de Vanessa et, finalement, d’analyser la décision de Santé Canada en l’espèce.

1) Compatibilité avec les objectifs de la loi

[31] Le premier principe du droit administratif qui est pertinent en l’espèce veut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé d’une manière qui est compatible avec les objectifs de la loi qui confère ce pouvoir. La fidélité à l’intention du législateur n’en exige pas moins.

[32] De fait, ce principe a été énoncé dans l’arrêt *Roncarelli*, où le juge Martland a déclaré que le pouvoir de révoquer le permis d’alcool de M. Roncarelli ne pouvait être exercé [TRADUCTION] « pour des motifs qui sont sans rapport avec la réalisation de l’intention et de l’objet de la Loi » (à la page 156). De même, dans l’arrêt *Shell Canada Products Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, la Cour suprême du Canada a déclaré qu’une municipalité doit exercer ses pouvoirs à des « fins municipales », c’est-à-dire à des fins prévues par la loi habilitante de la municipalité (à la page 278).

[33] Ce principe est parfois exprimé à l’aide d’un vocabulaire quelque peu différent ou dans une perspective quelque peu différente. À titre d’exemple, dans l’arrêt *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6 (*Delta Air Lines*), au paragraphe 20, la Cour suprême du Canada a déclaré qu’un pouvoir discrétionnaire ne doit pas être exercé d’une manière « contraire à l’esprit de la Loi ». Dans l’arrêt *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427, au paragraphe 47, la Cour suprême du Canada a indiqué que les décisions administratives doivent respecter les « principes d’application » du texte législatif et l’« intention du législateur ».

[34] Elle a également déclaré qu’un pouvoir discrétionnaire ne doit pas être exercé pour des motifs non pertinents ou étrangers à la question : *Prince George (Ville de)*

Likewise, a decision maker must not overlook relevant factors: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraphs 172–176. What is relevant or irrelevant is delineated according to the legislation’s purpose.

[35] In *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, the Supreme Court held that certain statements of principles in British Columbia’s school legislation prevented a school board from making decisions based on certain motives. While the majority of the Court did not resort to the concept of statutory purpose, it is clear that it considered that the school board’s decision not to approve pedagogical materials that depicted families with same-sex parents was contrary to the legislation’s declared purpose of having a “strictly secular” school system. That decision “was unreasonable in the context of the educational scheme mandated by the legislature” (at paragraph 59). In his concurring opinion, Justice LeBel wrote that the legislation’s statements of purposes imposed limits on the discretion of the school board (at paragraphs 207, 215).

[36] This principle of administrative law is aptly summarized by Justice Wilson in *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at page 1191:

It is, however, well established today that a statutory power to make regulations is not unfettered. It is constrained by the policies and objectives inherent in the enabling statute. ... It cannot be used to frustrate the very legislative scheme under which the power is conferred.

(2) Compatibility with Charter

[37] As the Constitution is the supreme law of the land, discretionary powers must be exercised in a manner compatible with the Constitution, which includes the Charter. In *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 (*Doré*), the Supreme Court of Canada established a framework for the review of the exercise of discretionary powers that impinge upon Charter rights or values. This framework was summarized in a

c. Payne, [1978] 1 R.C.S. 458. De même, un décideur ne doit pas faire abstraction de critères pertinents : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, aux paragraphes 172 à 176. Ce qui est pertinent, ou non pertinent, est défini en fonction de l’objectif de la loi.

[35] Dans l’arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, la Cour suprême du Canada a déclaré que certains énoncés de principe des lois scolaires de la Colombie-Britannique empêchaient une commission scolaire de prendre des décisions fondées sur certains motifs. Bien que les juges majoritaires n’aient pas invoqué le concept d’objectif de la loi, il ne fait aucun doute qu’ils ont jugé que la décision de la commission scolaire de refuser d’approuver du matériel scolaire qui présentait des familles homoparentales allait à l’encontre de l’objectif déclaré de la loi, qui était d’avoir un système scolaire « strictement laïque ». Cette décision « était déraisonnable dans le contexte du système d’enseignement prescrit par le législateur » (au paragraphe 59). Dans son opinion concordante, le juge LeBel a indiqué que les énoncés des objets de la loi limitaient les pouvoirs discrétionnaires de la commission scolaire (aux paragraphes 207 et 215).

[36] Ce principe du droit administratif a été judicieusement résumé par la juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la page 1191 :

Toutefois, il est bien établi de nos jours qu’un pouvoir légal de réglementation n’est pas illimité. Il est limité par les politiques et les objectifs inhérents à la loi habilitante. [...] Il ne saurait être utilisé pour contrecarrer l’économie même de la loi qui le confère.

2) Compatibilité avec la Charte

[37] Comme la Constitution est la loi suprême du pays, les pouvoirs discrétionnaires doivent être exercés d’une manière qui est compatible avec la Constitution, y compris la Charte. Dans l’arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 (*Doré*), la Cour suprême du Canada a défini un cadre pour examiner l’exercice de pouvoirs discrétionnaires qui empiètent sur des droits ou des valeurs protégés par la Charte.

later decision, *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at paragraph 4:

Under *Doré*, where a discretionary administrative decision engages the protections enumerated in the *Charter* — both the *Charter's* guarantees and the foundational values they reflect — the discretionary decision-maker is required to proportionately balance the *Charter* protections to ensure that they are limited no more than is necessary given the applicable statutory objectives that she or he is obliged to pursue.

(3) No “Fettering” of Discretion

[38] It is generally accepted that decision makers may issue guidelines indicating the factors they will take into consideration when exercising their discretionary powers. However, those guidelines do not become law themselves. Decision makers must still examine all relevant factors, whether mentioned in their guidelines or not. If they treat their guidelines as binding, they are “fettering” their discretion and their decisions may become unreasonable (see, for example, *Maple Lodge Farms v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, at pages 5–6; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraph 32; *Delta Air Lines*, at paragraph 18; *Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710).

B. Purposes of Vanessa’s Law

[39] The first two principles described above require me to ascertain the purpose of Vanessa’s Law and, in particular, of subsection 21.1(3).

[40] In *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, and *R. v. Safarzadeh-Markhali*, 2016 SCC 14, [2016] 1 S.C.R. 180 (*Safarzadeh-Markhali*), the Supreme Court of Canada outlined a method for determining the purpose of a statute. While that method was developed in the context of a constitutional challenge to the statute

Ce cadre a été résumé comme suit dans une décision ultérieure, l’arrêt *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, au paragraphe 4 :

Suivant *Doré*, lorsqu’une décision fait intervenir les protections énumérées dans la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet —, le ou la ministre doit veiller à ce que ces protections ne soient pas restreintes plus qu’il n’est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi qu’il ou elle a l’obligation de chercher à atteindre.

3) Absence d’« entrave » à l’exercice du pouvoir discrétionnaire

[38] Il est généralement admis que les décideurs peuvent établir des lignes directrices énonçant les critères dont ils se proposent de tenir compte dans l’exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires. Cependant, ces lignes directrices n’acquièrent pas force de loi. Les décideurs doivent examiner tous les critères pertinents, qu’ils soient ou non mentionnés dans leurs lignes directrices. S’ils considèrent que leurs lignes directrices ont force de loi, ils « entravent » alors l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, et leurs décisions peuvent devenir déraisonnables (voir, par exemple, les arrêts *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pages 5 et 6; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, au paragraphe 32; *Delta Air Lines*, au paragraphe 18; *Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 299).

B. Objectifs de la Loi de Vanessa

[39] Les deux premiers principes précités m’obligent à établir l’objectif de la Loi de Vanessa et, plus particulièrement, celui du paragraphe 21.1(3).

[40] Dans les arrêts *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485 et *R. c. Safarzadeh-Markhali*, 2016 CSC 14, [2016] 1 R.C.S. 180 (*Safarzadeh-Markhali*), la Cour suprême du Canada a défini une méthode pour déterminer l’objectif d’une loi. Bien que cette méthode ait été élaborée dans le cadre d’une contestation constitutionnelle

in question, it is equally applicable in this case. Purpose must not be confused with the means employed by the statute. It must be articulated at an appropriate degree of generality, which is neither a general social value nor a mere rephrasing of the provision. It must focus on the provision that is at issue. To ascertain statutory purpose, “courts look to (1) statements of purpose in the legislation, if any; (2) the text, context, and scheme of the legislation; and (3) extrinsic evidence such as legislative history and evolution” (*Safarzadeh-Markhali*, at paragraph 31).

[41] The parties have put forward different characterizations of the purpose of Vanessa’s Law. Dr. Doshi says that it is to improve transparency. The Attorney General says that Vanessa’s Law cannot be considered in isolation from the *Food and Drugs Act* that it amends. She then characterizes the purpose of that Act as the promotion of public health through the reconciliation and balancing of several competing objectives, in particular the need to foster the development of new drugs and the need to ensure greater public scrutiny of the practices of pharmaceutical companies. In my view, both characterizations are unhelpful. Dr. Doshi’s characterization is too broad, while the Attorney General’s is too vague.

[42] Indeed, as Professor Ruth Sullivan notes, “[t]he legislature never pursues a goal single-mindedly, without qualification, and at all costs” (*Statutory Interpretation*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016), at page 186). Thus, a purpose cannot be entirely divorced from the actual means that are deployed to pursue it. Indeed, the fact that the legislature goes only so far in the pursuit of a purpose is often due to the presence of competing values or needs that must be balanced with the legislation’s purpose. But this does not mean that the balancing becomes the purpose itself. Nevertheless, those competing values or needs are helpful in contextualizing the statutory purpose.

[43] With this in mind, I propose to describe the purpose of Vanessa’s Law by analyzing the factors identified by the Supreme Court in *Safarzadeh-Markhali*.

de la loi en cause, elle s’applique également en l’espèce. Il ne faut pas confondre l’objectif de la loi et les moyens retenus par la loi pour l’atteindre. L’objectif doit être formulé en respectant un degré approprié de généralité et il ne doit pas consister en l’énoncé d’une valeur sociale générale ni en une simple reformulation de la disposition. Il doit porter sur la disposition en cause. Lorsqu’il s’agit de déterminer l’objectif de la loi, « le tribunal considère (1) son énoncé dans le texte de loi, s’il en est, (2) le texte, le contexte et l’économie de la loi et (3) des éléments de preuve extrinsèques tels que l’historique de la loi et son évolution » (*Safarzadeh-Markhali*, au paragraphe 31).

[41] Les parties ont proposé différentes caractérisations de l’objectif de la Loi de Vanessa. Selon le D^r Doshi, son objectif est d’améliorer la transparence. Le procureur général fait valoir pour sa part que la Loi de Vanessa ne peut être analysée indépendamment de la *Loi sur les aliments et drogues* qu’elle modifie. Le procureur général ajoute que cette loi vise à promouvoir la santé publique, en conciliant plusieurs objectifs divergents, notamment la nécessité de favoriser le développement de nouveaux médicaments et celle de permettre au public de mieux examiner les pratiques des sociétés pharmaceutiques. À mon avis, aucune de ces caractérisations n’est utile. La caractérisation proposée par le D^r Doshi est trop vaste et celle du procureur général est trop vague.

[42] En effet, comme le fait remarquer la professeure Ruth Sullivan, [TRADUCTION] « [l]e législateur ne poursuit jamais un objectif résolument, sans réserve et à tout prix » (*Statutory Interpretation*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2016), à la page 186). Par conséquent, on ne peut dissocier totalement un objectif des moyens concrets utilisés pour l’atteindre. En effet, c’est souvent la nécessité d’atteindre un équilibre avec certaines valeurs ou besoins contradictoires qui incite le législateur à ne pas employer tous les moyens imaginables dans la poursuite d’un objectif. Cela ne signifie pas que cette mise en équilibre devient elle-même l’objectif. Ces valeurs ou besoins contradictoires sont néanmoins utiles pour mettre en contexte l’objectif de la loi.

[43] En gardant cela à l’esprit, je propose de définir l’objectif de la Loi de Vanessa en analysant les critères définis par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Safarzadeh-Markhali*.

(1) Statements of Purpose

[44] The *Food and Drugs Act* does not contain a preamble or a purpose section. Vanessa’s Law, in contrast, includes a preamble, which reads as follows:

Preamble

Whereas the safety of drugs and medical devices is a key concern for Canadians;

And whereas new measures are required to further protect Canadians from the risks related to drugs and medical devices, other than natural health products;

[45] This preamble suggests, with little specificity, that Vanessa’s Law is intended to afford greater protection against “risks related to drugs”. The implication is that it provides for stricter regulation of the pharmaceutical industry. There is nothing in this preamble that supports the Attorney General’s assertion that the purpose of Vanessa’s Law can be described as the balancing of competing objectives. Nor can it be said that the measure was adopted with the purpose of fostering the development of new drugs.

[46] This conclusion is reinforced by Vanessa’s Law “alternative title”, set forth in section 1: the *Protecting Canadians from Unsafe Drugs Act (Vanessa’s Law)*. The “mischief” towards which Vanessa’s Law is geared is clearly identified — unsafe drugs.

[47] A “summary” is also provided when bills are tabled in Parliament. This summary does not form part of the Act. However, it is akin to marginal notes, which may be given some weight in the interpretive process, according to all the circumstances: Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2014), at pages 439–440. It reads as follows:

1) Énoncé des objectifs

[44] La *Loi sur les aliments et drogues* ne comporte pas de préambule ni de section exposant son objet. En revanche, la Loi de Vanessa comprend un préambule qui est rédigé ainsi :

Préambule

Attendu :

que l’innocuité des drogues et des instruments médicaux est une préoccupation fondamentale des Canadiens;

que de nouvelles mesures s’imposent pour protéger davantage les Canadiens contre les risques liés aux drogues et aux instruments médicaux, à l’exclusion des produits de santé naturels,

[45] Ce préambule suggère, de manière assez générale, que la Loi de Vanessa vise à offrir une plus grande protection contre les « risques liés aux drogues ». Cela tend à démontrer qu’elle prévoit une réglementation plus sévère de l’industrie pharmaceutique. Rien dans le préambule n’appuie l’allégation du procureur général selon lequel l’objectif de la Loi de Vanessa est de parvenir à concilier des objectifs divergents. On ne peut pas y voir non plus une mesure visant à favoriser le développement de nouveaux médicaments.

[46] Une telle conclusion est renforcée par le « titre subsidiaire » de la Loi de Vanessa énoncé à l’article 1 : *Loi visant à protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses (Loi de Vanessa)*. Le « méfait » ou la situation que la Loi de Vanessa visait à réformer est clairement énoncé : les drogues dangereuses ou les médicaments dangereux.

[47] Les projets de loi présentés au Parlement sont également accompagnés d’un « sommaire ». Ce sommaire ne fait pas partie de la Loi. Il s’apparente toutefois à des notes marginales, auxquelles on peut accorder un certain poids dans le processus d’interprétation, en tenant compte de toutes les circonstances : Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2014), aux pages 439 et 440. Le sommaire est rédigé comme suit :

This enactment amends the *Food and Drugs Act* regarding therapeutic products in order to improve safety by introducing measures to, among other things,

(a) strengthen safety oversight of therapeutic products throughout their life cycle;

(b) improve reporting by certain health care institutions of serious adverse drug reactions and medical device incidents that involve therapeutic products; and

(c) promote greater confidence in the oversight of therapeutic products by increasing transparency.

Le texte modifie la *Loi sur les aliments et drogues* relativement aux produits thérapeutiques afin d'améliorer la sécurité en introduisant des mesures pour notamment :

a) renforcer la surveillance de l'innocuité de tels produits au cours de leur cycle de vie;

b) améliorer la déclaration, par certains établissements de soins de santé, des réactions indésirables graves aux drogues et des incidents liés à des instruments médicaux et mettant en cause de tels produits;

c) favoriser une confiance accrue dans la surveillance des produits thérapeutiques en augmentant la transparence.

[48] It should be noted that the third paragraph was added after the Bill was amended in Committee. It thus reflects the purpose of the amendments made in Committee, in particular subsections 21.1(3) and 30(1.2). This summary thus confirms that the general goal of the Bill is to “improve safety”. It provides some precision as to the means through which this will be achieved. It confirms that “transparency” was a goal pursued by Parliament. But transparency of what, and to what extent? That remains to be seen.

(2) Text, Context and Scheme of Legislation

[49] There is no doubt that Vanessa’s Law is aimed at improving the safety of drugs. It does not do so, however, in an all-encompassing manner, but rather through a set of targeted measures. For example, it empowers Health Canada to recall certain drugs or to mandate further testing of drugs, but it does not deal with the process Health Canada is using when approving new drugs.

[50] Closer attention to the provisions at issue and to their relationship with other components of the normative environment provides some insight as to their purpose.

[51] What is striking about the “transparency amendments” adopted in committee, and that became subsections 21.1(3) and 30(1.2), is that they resort to a two-track approach. Section 21.1(3) empowers Health Canada to

[48] Il convient de préciser que le troisième alinéa a été ajouté après que le projet de loi a été modifié en comité. Il reflète donc l’objectif des modifications apportées en comité, notamment les paragraphes 21.1(3) et 30(1.2). Le sommaire confirme que l’objectif général du projet de loi est « d’améliorer la sécurité ». Il précise quelque peu la manière dont cet objectif sera atteint. Il confirme par ailleurs que la « transparence » est l’un des objectifs du législateur. Cependant, de quel type et de quel degré de transparence s’agit-il? Cela reste à voir.

2) Texte, contexte et économie de la loi

[49] Il ne fait aucun doute que la Loi de Vanessa vise à améliorer l’innocuité des médicaments. Cependant, elle ne propose pas une approche exhaustive à cette fin, mais plutôt une série de mesures ciblées. Par exemple, elle habilite Santé Canada à ordonner le rappel de certains produits pharmaceutiques ou à les soumettre à des tests supplémentaires, mais ne porte pas sur le processus utilisé par Santé Canada pour l’approbation de nouveaux médicaments.

[50] Un examen plus approfondi des dispositions en cause et de leur lien avec d’autres éléments de l’environnement normatif jette une certaine lumière sur leur objectif.

[51] Une caractéristique notable des « modifications relatives à la transparence », qui ont été adoptées en comité et qui sont devenues les paragraphes 21.1(3) et 30(1.2), est qu’elles reposent sur une approche à deux volets.

disclose “confidential business information”. On the other hand, subsection 30(1.2) empowers the government to define what is, what is not and what ceases to be “confidential business information”, and to make public what is not or no longer confidential. Thus, the structure of Vanessa’s Law suggests that Parliament intended some information to become public and some other information to remain confidential, and empowered the government to draw the line between the two categories.

[52] This two-track approach to transparency parallels the provisions of Article 1711 of NAFTA and Article 39 of TRIPS, to which I have alluded earlier and which may now be examined more closely. These provisions deal separately with what they call “trade secrets” and what could be called regulatory data. Let me illustrate this with NAFTA first. The first paragraph of Article 1711 is worded as follows:

1. Each Party shall provide the legal means for any person to prevent trade secrets from being disclosed to, acquired by, or used by others without the consent of the person lawfully in control of the information in a manner contrary to honest commercial practices, in so far as:

(a) the information is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons that normally deal with the kind of information in question;

(b) the information has actual or potential commercial value because it is secret; and

(c) the person lawfully in control of the information has taken reasonable steps under the circumstances to keep it secret.

[53] It will be appreciated that the definition of trade secret in NAFTA closely parallels the definition of confidential information in Vanessa’s Law.

D’une part, le paragraphe 21.1(3) autorise Santé Canada à communiquer des « renseignements commerciaux confidentiels ». D’autre part, le paragraphe 30(1.2) habilite le gouvernement à définir ce qui constitue, ne constitue pas ou ne constitue plus des « renseignements commerciaux confidentiels », ainsi qu’à rendre publics les renseignements qui ne sont pas, ou ne sont plus, confidentiels. La structure de la Loi de Vanessa tend à démontrer que l’intention du législateur est de rendre publics certains renseignements, mais de veiller à ce que d’autres restent confidentiels, et d’habiliter le gouvernement à établir la distinction entre ces deux catégories.

[52] Cette approche à deux volets en matière de transparence rappelle les dispositions de l’article 1711 de l’ALENA et de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC, que j’ai mentionnés précédemment et dont je ferai maintenant une analyse plus approfondie. Ces dispositions traitent séparément de ce qui y est défini comme des « secrets commerciaux » et de ce que l’on pourrait appeler les données réglementaires. J’illustrerai ce fait en commençant par l’ALENA. Le premier paragraphe de l’article 1711 est rédigé ainsi :

1. Chacune des Parties assurera à toute personne les moyens juridiques d’empêcher que des secrets commerciaux ne soient divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux, sans le consentement de la personne licitement en possession de ces renseignements et d’une manière contraire aux pratiques commerciales honnêtes, dans la mesure où :

a) les renseignements sont secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l’assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s’occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) les renseignements ont une valeur commerciale, réelle ou potentielle, du fait qu’ils sont secrets; et

c) la personne licitement en possession de ces renseignements a pris des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, en vue de les garder secrets.

[53] On remarquera que la définition de « secrets commerciaux » selon l’ALENA s’apparente de près à celle des renseignements confidentiels que l’on retrouve dans la Loi de Vanessa.

[54] However, Article 1711 deals separately with regulatory data, which apparently includes clinical trial reports. The fifth and sixth paragraphs of that provision read as follows:

5. If a Party requires, as a condition for approving the marketing of pharmaceutical or agricultural chemical products that utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data necessary to determine whether the use of such products is safe and effective, the Party shall protect against disclosure of the data of persons making such submissions, where the origination of such data involves considerable effort, except where the disclosure is necessary to protect the public or unless steps are taken to ensure that the data is protected against unfair commercial use.

6. Each Party shall provide that for data subject to paragraph 5 that are submitted to the Party after the date of entry into force of this Agreement, no person other than the person that submitted them may, without the latter's permission, rely on such data in support of an application for product approval during a reasonable period of time after their submission. For this purpose, a reasonable period shall normally mean not less than five years from the date on which the Party granted approval to the person that produced the data for approval to market its product, taking account of the nature of the data and the person's efforts and expenditures in producing them. Subject to this provision, there shall be no limitation on any Party to implement abbreviated approval procedures for such products on the basis of bioequivalence and bioavailability studies.

[55] The “data” referred to in those two paragraphs is distinguished from the “trade secrets” that are the subject of paragraphs 1 to 4. The protection afforded to that “data” is much more circumscribed. “Trade secrets” are protected from disclosure. Disclosure of “data” is authorized, however, either where it is necessary to protect the public or where adequate protection against unfair commercial use has been provided. That protection is described in paragraph 6, in terms of a prohibition from use by a competitor for a limited period of time.

[54] L'article 1711 traite toutefois séparément des données réglementaires qui incluent apparemment les rapports d'essais cliniques. Les cinquième et sixième paragraphes de cette disposition sont rédigés comme suit :

5. Lorsqu'une Partie subordonne l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des éléments chimiques nouveaux, à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées nécessaires pour déterminer si l'utilisation de ces produits est sans danger et efficace, cette Partie protégera ces données contre toute divulgation, lorsque l'établissement de ces données demande un effort considérable, sauf si la divulgation est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre toute exploitation déloyale dans le commerce.

6. Chacune des Parties prévoira, en ce qui concerne les données visées au paragraphe 5 qui lui sont communiquées après la date d'entrée en vigueur du présent accord, que seule la personne qui les a communiquées peut, sans autorisation de cette dernière à autrui, utiliser ces données à l'appui d'une demande d'approbation de produit au cours d'une période de temps raisonnable suivant la date de leur communication. On entend généralement par période de temps raisonnable, une période d'au moins cinq années à compter de la date à laquelle la Partie en cause a donné son autorisation à la personne ayant produit les données destinées à faire approuver la commercialisation de son produit, compte tenu de la nature des données, ainsi que des efforts et des frais consentis par cette personne pour les produire. Sous réserve de cette disposition, rien n'empêchera une Partie d'adopter à l'égard de ces produits des procédures d'homologation abrégées fondées sur des études de bioéquivalence et de biodisponibilité.

[55] Les « données » auxquelles il est fait référence dans ces deux paragraphes diffèrent des « secrets commerciaux » visés aux paragraphes 1 à 4. La protection conférée à ces « données » est beaucoup plus circonscrite. Les « secrets commerciaux », eux, sont protégés contre toute divulgation. La divulgation de « données » est autorisée, si la divulgation est nécessaire pour protéger le public ou si des mesures adéquates ont été prises pour s'assurer que les données seront protégées contre toute exploitation déloyale dans le commerce. Cette protection est définie au paragraphe 6, sous forme d'une interdiction pour tout concurrent d'utiliser ces données durant une période limitée de temps.

[56] This two-track protection is also the mechanism found in Article 39 of TRIPS, which distinguishes between “undisclosed information” (defined in terms very similar to NAFTA) and “data submitted to governments.” Paragraph 3 of Article 39 sets forth the protection afforded to the latter:

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.

[57] There is no equivalent to paragraph 6 of Article 1711 of NAFTA. Given the striking similarities between the two provisions, however, one could argue that parties to TRIPS understood “protected against unfair commercial use” in a manner similar to what is found in NAFTA.

[58] It can be inferred from the comparison between Vanessa’s Law and the provisions setting out Canada’s international obligations that Parliament intended to afford greater protection to what can properly be called “trade secrets” or, to use the language of Vanessa’s Law, “confidential business information”, in contrast to “data submitted to governments”, which would include clinical trial reports.

[59] Indeed, the provisions of Vanessa’s Law appear to be closely tailored to comply with Canada’s obligations under TRIPS and NAFTA and to provide the maximum degree of transparency compatible with those obligations.

[56] Cette protection à deux volets est également le mécanisme proposé à l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC, qui établit une distinction entre les « renseignements non divulgués » (définis en des termes très semblables au libellé de l’ALENA) et les « données communiquées aux pouvoirs publics ». Le paragraphe 3 de l’article 39 énonce la protection prévue dans ce dernier cas :

3. Lorsqu’ils subordonnent l’approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l’agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d’essais ou d’autres données non divulguées, dont l’établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l’exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s’assurer que les données sont protégées contre l’exploitation déloyale dans le commerce.

[57] On n’y trouve pas d’équivalent au paragraphe 6 de l’article 1711 de l’ALENA. Cependant, compte tenu des grandes similarités entre les deux dispositions, on pourrait prétendre que les signataires de l’Accord sur les ADPIC concevaient la protection « contre une exploitation déloyale dans le commerce » de manière comparable à ce que prévoit l’ALENA.

[58] La comparaison de la Loi de Vanessa aux dispositions énonçant les obligations internationales du Canada permet de déduire que l’intention du législateur était de mieux protéger ce que l’on peut qualifier à juste titre de « secrets commerciaux » ou, pour utiliser la terminologie de la Loi de Vanessa, de « renseignements commerciaux confidentiels », plutôt que les « données communiquées aux pouvoirs publics » qui incluraient les rapports d’essais cliniques.

[59] De fait, les dispositions de la Loi de Vanessa semblent s’inspirer étroitement de ces obligations, afin de permettre au Canada de se conformer à ses obligations aux termes de l’ALENA et de l’Accord sur les ADPIC et d’offrir un degré maximal de transparence qui soit compatible avec ces obligations.

[60] To understand how Parliament achieved that objective, it is useful to recall that Health Canada’s traditional position was that all information submitted by pharmaceutical companies, including clinical trial reports, is “confidential business information” that cannot be disclosed. As that stance came under increasing criticism, Parliament decided that a narrower definition of “confidential business information” would be appropriate, provided that it was not narrower than the definitions in NAFTA and TRIPS. Instead of enacting such a definition itself, Parliament delegated this task to the government. Thus, subsection 30(1.2) of Vanessa’s Law empowers the government to make regulations defining confidential business information. The obvious assumption is that information that is dealt with in paragraphs 5 and 6 of Article 1711 of NAFTA or in paragraph 3 of Article 39 of TRIPS would no longer be considered as such and could be disclosed to the public. This is so because a prohibition against the use of such information by generic drug makers is already in place—this is the Data Protection Regulation, adopted in 2006, as mentioned above. In contrast, information that comes more directly within the definition of “trade secret” would be subject to a more stringent regime, designed to ensure that it cannot be used by others. This is where subsection 21.1(3) comes in. It provides for the disclosure of confidential business information to specific categories of persons for specific purposes. Likewise, subsection 21.1(2) authorizes disclosure “if the Minister believes that the product may present a serious risk of injury to human health.” Arguably, the test for disclosure in those two cases ensures compatibility with NAFTA and TRIPS.

(3) Legislative History

[61] The purpose of Vanessa’s Law may also be inferred from its legislative history, which includes the debates in Parliament and the sequence in which its

[60] Pour comprendre comment le législateur a atteint cet objectif, il est utile de rappeler que la position traditionnelle de Santé Canada était que tous les renseignements fournis par les sociétés pharmaceutiques, y compris les rapports d’essais cliniques, sont des « renseignements commerciaux confidentiels » qui ne peuvent être divulgués. Comme cette position suscitait de plus en plus de critiques, le législateur a estimé qu’il conviendrait de restreindre la définition de « renseignements commerciaux confidentiels », à condition qu’elle ne soit pas plus restreinte que celles prévues dans l’ALENA et l’Accord sur les ADPIC. Plutôt que de promulguer lui-même une définition, le législateur a délégué cette tâche au gouvernement. Ainsi, le paragraphe 30(1.2) de la Loi de Vanessa habilite le gouvernement à promulguer un règlement définissant en quoi consistent les renseignements commerciaux confidentiels. La prémisse évidente est que les renseignements visés par les paragraphes 5 et 6 de l’article 1711 de l’ALENA ou par le paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC ne seraient plus considérés comme des renseignements commerciaux confidentiels et pourraient être communiqués au public. Il en est ainsi parce que l’utilisation de ces renseignements par les fabricants de médicaments génériques est déjà interdite en application du règlement sur la protection des données qui a été adopté en 2006, dont j’ai fait état plus haut. Les renseignements correspondant plus directement à la définition de « secrets commerciaux » seraient quant à eux assujettis à un régime plus rigoureux, visant à en empêcher l’utilisation par autrui. Voilà où le paragraphe 21.1(3) entre en jeu. Cette disposition autorise la communication de renseignements commerciaux confidentiels à certaines catégories de personnes, à des fins précises. De même, le paragraphe 21.1(2) autorise la communication si, « de l’avis du ministre, [un produit thérapeutique] peut présenter un risque grave de préjudice à la santé humaine ». On pourrait dire que le critère à remplir pour autoriser la communication de renseignements dans ces deux cas assure une compatibilité avec l’ALENA et l’Accord sur les ADPIC.

3) Historique législatif

[61] On peut également déduire l’objectif de la Loi de Vanessa de l’historique de ce texte législatif, notamment des débats parlementaires ainsi que de l’ordre dans

various components were proposed. Legislative debates have typically been given limited weight in the interpretation of statutes. Nevertheless, legislative debates may be especially useful to shed light on a statute's purpose, as speeches in Parliament are more likely to describe a bill's broad purposes rather than its precise workings.

[62] Parliamentary debates may also reveal that a statute is the product of a compromise between the positions advocated by various stakeholders. When that is so, the statute should not be interpreted in a way that detracts from the compromise or that deprives a stakeholder group from gains it made during the Parliamentary process. Those stakeholders often appear before Parliamentary committees. In their speeches, politicians may also describe how a statute was designed to give effect to the demands of certain stakeholders.

[63] When Bill C-17 was introduced in the House of Commons on December 6, 2013, it did not contain provisions concerning clinical trial transparency. Upon second reading of the Bill in the House of Commons, Mr. Young, who delivered the first speech in favour of the Bill, indicated that the government would be open to amendments that would strengthen the protections offered by the Bill. Members from the Opposition parties expressed their general support for the Bill, but mentioned that the lack of any provisions mandating clinical trial transparency was a shortcoming that needed to be addressed.

[64] Bill C-17 was then sent to committee, where clinical trial transparency was a frequent theme. A number of university professors suggested that the Bill be amended to include provisions mandating greater clinical trial transparency. How this was to be accomplished, however, was not clearly set out. For example, on June 10, 2014, Professor Matthew Herder of Dalhousie University suggested that the precise means to achieve transparency should be left to the discretion of government [Standing Committee on Health, *Evidence*, at page 5]:

lequel ses diverses composantes ont été proposées. En général, les débats législatifs ne pèsent pas lourd dans l'interprétation des lois. Ils peuvent toutefois être particulièrement utiles pour jeter un éclairage sur l'objectif d'une loi, puisque les débats parlementaires sont plus susceptibles de porter sur les objectifs généraux d'un projet de loi que sur son libellé précis.

[62] Les débats parlementaires peuvent aussi révéler qu'une loi est le résultat d'un compromis entre les positions défendues par divers intervenants. Le cas échéant, la loi ne doit pas être interprétée d'une manière qui s'écarte du compromis ou qui prive des parties intéressées des gains réalisés durant le processus parlementaire. Ces parties intéressées comparaissent souvent devant des comités parlementaires. Durant leurs allocutions, les politiciens peuvent décrire comment une loi a été conçue pour satisfaire aux exigences de certaines parties intéressées.

[63] Lorsque le projet de loi C-17 a été présenté à la Chambre des communes, le 6 décembre 2013, il ne comportait aucune disposition relativement à la transparence des essais cliniques. Lors de la deuxième lecture du projet de loi à la Chambre des communes, M. Young, qui a prononcé la première allocution en faveur du projet de loi, a indiqué que le gouvernement serait ouvert à des modifications qui auraient pour effet de renforcer les protections offertes par le projet de loi. Les députés des partis de l'opposition se sont dits généralement en faveur du projet de loi, mais ont souligné que l'absence de dispositions exigeant la transparence des essais cliniques était une lacune à corriger.

[64] Le projet de loi C-17 a ensuite été étudié en comité, où la question de la transparence des essais cliniques a été soulevée à maintes reprises. Plusieurs professeurs d'université ont proposé que le projet de loi soit modifié afin d'y inclure des dispositions exigeant une plus grande transparence des essais cliniques. Peu de précisions, toutefois, ont été offertes sur les moyens d'y parvenir. À titre d'exemple, le 10 juin 2014, le professeur Matthew Herder de l'Université Dalhousie a proposé qu'il soit laissé à la discrétion du gouvernement de déterminer le moyen précis d'assurer la transparence [Comité permanent de la santé, *Témoignages*, à la page 5] :

Second, empower the Minister of Health to disclose clinical study reports. Access to clinical study reports and the data they contain can be critical to understanding the quality of the evidence behind a given drug.

...

The optimal procedures for sharing clinical study reports are the subject of live debate. For that reason, defining the procedures by which clinical study reports should be made available by way of regulations is appropriate. But vesting the minister with the authority to make them available is critical.

[65] He then summarized his recommendations in a way that includes both mandatory and discretionary provisions [*Evidence*, at page 6]:

Second, all clinical trials and other investigational studies involving a therapeutic product shall report the results thereof on a publicly accessible, searchable database within one year of the completion of the trial or study, in accordance with the regulations....

Third, the minister may publicly disclose clinical study reports in accordance with the regulations.

[66] On his part, Professor Joel Lexchin of York University explained his recommendations as follows [*Evidence*, at page 9]:

... First of all, I would say that the clinical study reports would have to be made available. These are comprehensive documents. Sometimes they run into thousands of pages. Not everybody's going to read them, but people who do things like develop guidelines for practitioners, who do systematic reviews, will definitely read these and analyze them.

The other feature we need to make sure comes out, and this is not something that's particularly radical—GlaxoSmithKline has already made a commitment to do this—is that the full reports of all of the trials that have been undertaken will be released to qualified researchers. People will make applications to GlaxoSmithKline. The company is going to set up an independent committee to evaluate those requests to make sure they are legitimate, and if they are legitimate then GlaxoSmithKline will release all of the information. That's the raw data they collected in the conduct of the trials for their drugs.

Deuxièmement, il faudrait autoriser la ministre de la Santé à divulguer les rapports d'études cliniques. Il peut être essentiel d'avoir accès à ces rapports et aux données qu'ils renferment pour comprendre la qualité des preuves à l'appui d'un médicament donné.

[...]

Un débat fait rage actuellement concernant les meilleurs moyens de communiquer les rapports d'études cliniques. Pour cette raison, il serait approprié de définir ces méthodes par règlement. Quoi qu'il en soit, il est crucial d'investir la ministre du pouvoir de les publier.

[65] Il a ensuite résumé ses recommandations, en incluant à la fois des dispositions impératives et discrétionnaires [*Témoignages*, à la page 6] :

Deuxièmement, tous les résultats des essais cliniques et d'autres études expérimentales sur un produit thérapeutique doivent être consignés sur une base de données interrogeable et accessible au public dans l'année suivant la fin de l'essai ou de l'étude, conformément à la réglementation [...]

Troisièmement, la ministre doit divulguer publiquement les rapports d'études cliniques conformément à la réglementation.

[66] Pour sa part, le professeur Joel Lexchin, de l'Université York, a expliqué ses recommandations comme suit [*Témoignages*, à la page 9] :

[...] Tout d'abord, je dirais que les rapports d'études cliniques devraient être rendus publics. Il s'agit de documents exhaustifs. Ils comptent parfois des milliers de pages. Ils ne seront pas lus par tout le monde, mais les personnes qui élaborent les lignes directrices à l'intention des praticiens, celles qui procèdent à des examens systématiques, les liront et les analyseront.

Ce qu'il faut faire aussi, et ce n'est pas une mesure particulièrement radicale — GlaxoSmithKline s'y est déjà engagée —, c'est de rendre disponibles les rapports complets sur les essais réalisés, pour les chercheurs qualifiés. Ces chercheurs présenteront une demande à GlaxoSmithKline. L'entreprise mettra sur pied un comité indépendant chargé d'évaluer la légitimité des demandes et publiera tous les renseignements. Il s'agit des données brutes qui sont recueillies pour réaliser les essais sur les médicaments.

I think we need two things. One is an unequivocal release of the clinical study reports without any formal requests. Secondly, the companies, on receipt of a valid request from researchers, will release all of the raw data for the clinical trials.

[67] After the hearing of witnesses was concluded, the committee studied a number of amendments to the Bill. The provisions that are now at issue were introduced by Mr. Young on behalf of the government. No detailed explanation of their functioning or intended purpose was provided. However, a number of amendments introduced by Opposition members that would have mandated in clear terms the publication of clinical trial results were defeated.

[68] The Bill was then adopted in its amended form by the House of Commons and sent to the Senate. Upon second reading in the Senate, Senator Judith Seidman described the amendments as follows [*Debates of the Senate*, 41st Parl., 2nd Sess., No. 76 (September 16, 2014), at page 2073]:

.... These amendments respond directly to feedback from medical and legal experts and greatly improve transparency measures to ensure that Canadian patients, clinicians and researchers, are able to access critical drug-safety information. These amendments require that both positive and negative decisions about drug authorizations be disclosed and explained on a public website; they define the scope of confidential business information, CBI, and allow the Minister of Health to disclose CBI about a product if the minister believes the product may pose a serious risk to Canadians; and they oblige the disclosure of clinical trial information on a public registry.

[69] It should be noted that at the committee hearings in the Senate, a representative of the pharmaceutical industry addressed the issue of confidentiality. On October 1, 2014 [*Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology*], Gerry Harrington, Director of Public Affairs of Consumer Health Products Canada, asserted [at page 20:11] that:

Je crois que nous avons besoin de deux choses : d'abord, la publication sans équivoque des rapports d'études cliniques sans une demande officielle; ensuite, la publication des données brutes des essais cliniques par les entreprises, à la suite d'une demande valide des chercheurs.

[67] Après l'audition des témoins, le comité a étudié un certain nombre de modifications au projet de loi. Les dispositions en cause en l'espèce ont été présentées par M. Young, au nom du gouvernement. Aucun détail n'a été fourni pour en expliquer l'application ou l'objectif visé. Cependant, un certain nombre de modifications présentées par des députés de l'opposition, qui auraient clairement rendu obligatoire la publication des résultats des essais cliniques, ont été rejetées.

[68] Le projet de loi ainsi modifié a été adopté par la Chambre des communes, puis a été soumis au Sénat. Lors de la deuxième lecture au Sénat, la sénatrice Judith Seidman a présenté les modifications ainsi [*Débats du Sénat*, 41^e lég., 2^e sess., n^o 76 (16 septembre 2014), à la page 2073] :

[...] Ces modifications tiennent directement compte d'observations transmises par des experts médicaux et juridiques et améliorent considérablement la transparence, de façon à permettre aux patients, aux cliniciens et aux chercheurs d'accéder à des renseignements essentiels sur l'innocuité des médicaments. Les modifications exigent que les décisions tant positives que négatives touchant l'autorisation des médicaments soient communiquées et expliquées sur un site web public. Elles définissent la portée des renseignements commerciaux confidentiels et permettent au ministre de la Santé de communiquer de tels renseignements relatifs à un produit, s'il croit que celui-ci pose un risque sérieux pour les Canadiens. Les modifications exigent en outre de présenter des renseignements sur les essais cliniques dans un registre public.

[69] Il convient de mentionner que, lors des audiences au Sénat, un représentant de l'industrie pharmaceutique a abordé la question de la confidentialité. Le 1^{er} octobre 2014, Gerry Harrington, directeur, Affaires publiques, Produits de santé consommateurs du Canada, a déclaré ce qui suit [à la page 20:11 des *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie*] :

... the provisions related to confidential business information raise a number of concerns and seem at odds with worthwhile initiatives on regulatory cooperation with our most important trading partner. Both the lowered threshold for the release of CBI and the lack of provisions holding recipients of CBI to respect that confidentiality are at odds with the practices of our major trading partners.

[70] These excerpts from Parliamentary debates show that Vanessa’s Law was amended to respond to criticism that it failed to provide for clinical trial transparency. Hence, one should assume that the purpose of the provisions inserted in the Bill at the committee stage was to improve clinical trial transparency. Senator Seidman said as much when introducing the Bill in the Senate.

[71] This is somewhat more precise than the characterization put forward by Dr. Doshi. It recognizes that the main focus of the transparency debate related to clinical trial reports and data and that it was understood that this information could no longer be hidden from public view. It also recognizes that Parliament adopted a careful approach to the issue. Parliament expressly refrained from enshrining in the legislation itself a rule mandating clinical trial transparency. Rather, it decided that its purpose would be better achieved by delegating to the government the power to delineate what categories of information would be made public (subsection 30(1.2)) and by authorizing Health Canada to disclose confidential information in specific circumstances (subsections 21.1(2) and (3)). This two-track approach seems to be in line with the suggestions of certain experts who testified in committee.

C. Analysis of Health Canada’s Decision

[72] This brings me to the crux of the matter. Is Health Canada’s decision to deny Dr. Doshi’s request reasonable? I find that it is not, but for reasons that are slightly different from those advanced by Dr. Doshi—or, to use the language of the criminal law, for reasons that are “lesser and included”.

[...] [L]es dispositions concernant les renseignements commerciaux confidentiels soulèvent différentes interrogations et semblent contredire d’importantes initiatives de coopération réglementaire avec notre plus important partenaire commercial. Tant les critères peu élevés pour la divulgation des renseignements commerciaux confidentiels que l’absence de dispositions obligeant les titulaires de ces renseignements à en respecter la confidentialité sont aux antipodes des pratiques de nos principaux partenaires commerciaux.

[70] Ces extraits des débats parlementaires montrent que la Loi de Vanessa a été modifiée afin de répondre aux critiques alléguant que cette loi n’assurait pas la transparence des essais cliniques. On doit donc présumer que les dispositions qui ont été ajoutées au projet de loi, durant son examen en comité, avaient pour but d’accroître la transparence des essais cliniques. C’est du moins ce que la sénatrice Seidman a déclaré en présentant le projet de loi au Sénat.

[71] Cette caractérisation est un peu plus précise que celle qui est proposée par le D^r Doshi. Elle reconnaît que le débat sur la transparence vise principalement les rapports et les données d’essais cliniques, et que ces renseignements ne devraient plus être cachés du public. Elle reconnaît également que le législateur a adopté une approche prudente sur cette question. Le législateur s’est expressément abstenu d’inclure dans la loi proprement dite une règle obligeant la transparence des essais cliniques. Il a plutôt jugé que son objectif serait mieux atteint en déléguant au gouvernement le pouvoir de définir les catégories de renseignements qui seraient rendus publics (paragraphe 30(1.2)) et en autorisant Santé Canada à communiquer des renseignements confidentiels dans des circonstances précises (paragraphe 21.1(2) et (3)). Cette approche à deux volets semble aller dans le sens des suggestions de certains experts qui ont témoigné devant le comité.

C. Analyse de la décision de Santé Canada

[72] Cela m’amène au cœur de la question. La décision de Santé Canada de rejeter la demande du D^r Doshi est-elle raisonnable? Je suis d’avis qu’elle ne l’est pas, mais pour des motifs qui diffèrent quelque peu de ceux invoqués par le D^r Doshi — ou, pour reprendre le vocabulaire du droit criminel, pour des motifs qui sont « moindres et inclus ».

[73] In his memorandum of argument, Dr. Doshi took the position that under subsection 21.1(3), Health Canada has simply no power to impose a confidentiality requirement. At the hearing, he argued that Health Canada's decision was based on an irrelevant consideration—Vanessa's Law, and the *Food and Drugs Act* in general, are not aimed at protecting the commercial interests of pharmaceutical companies, and Health Canada could not exercise its discretion under subsection 21.1(3) with that objective in mind.

[74] Either way, the gist of Dr. Doshi's argument is that Health Canada can never impose a confidentiality requirement when disclosing data under subsection 21.1(3). I disagree. Such a position overlooks the two-track approach espoused by Parliament. The scheme of the legislation is that certain categories of information, defined by the regulations, would be made public, but that other categories would still be described as "confidential business information". The definition of "confidential business information" closely parallels that of "trade secret", which suggests that Parliament considered that there could be a legitimate interest in keeping such information private. In other words, there will be situations where Health Canada may validly impose a confidentiality requirement with respect to specific categories of information, but that decision must be made on a case-by-case basis.

[75] Nevertheless, Health Canada's decision in this case is unreasonable, because it entirely disregards one of the main purposes of Vanessa's Law, namely to improve clinical trial transparency, it amounts to a fettering of discretion and it does not result in a proportionate balance between Dr. Doshi's freedom of expression and Health Canada's purposes.

(1) Purpose of Vanessa's Law

[76] In its letter of February 7, 2017 to Dr. Doshi, Health Canada explained its decision as follows:

[73] Dans son exposé des arguments, le D^r Doshi a fait valoir que le paragraphe 21.1(3) n'autorisait pas Santé Canada à imposer une exigence de confidentialité. Durant l'audience, il a allégué que la décision de Santé Canada était fondée sur une considération non pertinente — la Loi de Vanessa, et la *Loi sur les aliments et drogues* en général, ne vise pas à protéger les intérêts commerciaux des sociétés pharmaceutiques, et Santé Canada ne peut exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 21.1(3) en cherchant à réaliser cet objectif.

[74] Quoiqu'il en soit, l'essentiel de l'argument du D^r Doshi est que Santé Canada ne peut jamais imposer d'exigence de confidentialité pour la communication de données en application du paragraphe 21.1(3). Je ne suis pas de cet avis. Une telle thèse fait en effet abstraction de l'approche à deux volets adoptée par le législateur. Selon l'économie de la loi, certaines catégories de renseignements, définies par réglementation, seraient rendues publiques, alors que d'autres catégories seraient toujours considérées comme des « renseignements commerciaux confidentiels ». La définition de « renseignements commerciaux confidentiels » s'apparente étroitement à celle de « secrets commerciaux », ce qui indique que le législateur a jugé qu'il pourrait y avoir un intérêt légitime à maintenir confidentiels ces renseignements. En d'autres mots, il y aura des situations où Santé Canada peut en toute légitimité imposer une exigence de confidentialité à l'égard de catégories précises de renseignements, mais cette décision doit être prise au cas par cas.

[75] La décision de Santé Canada en l'espèce est néanmoins déraisonnable, car elle fait totalement abstraction d'un des principaux objets de la Loi de Vanessa, à savoir l'amélioration de la transparence des essais cliniques, elle constitue une entrave à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et elle n'assure pas un juste équilibre entre la liberté d'expression du D^r Doshi et les objectifs de Santé Canada.

1) Objectif de la Loi de Vanessa

[76] Dans sa lettre du 7 février 2017 adressée au D^r Doshi, Santé Canada a expliqué sa décision ainsi :

In reaching my decision, I considered the reasons you have presented in support of disclosing information identified in your request without a requirement to maintain confidentiality. You have emphasized the importance of unpublished regulatory data in enabling systematic drug reviews as this information can be more comprehensive than published reports. Health Canada recognizes that regulatory information can make a valuable contribution to systematic drug reviews. The decision to deny your request was made on the basis of current policy and practice which treats unpublished regulatory data as CBI. Health Canada has informed Canadian stakeholders of its intent to review current policy and practice regarding the confidentiality of clinical data, and to engage with all stakeholders, including industry, academic researchers, health professionals and patient groups in a fair and deliberate manner. Any changes to current policy and practice will be based on thorough consideration of all stakeholder views and positions. Until this time, Health Canada will continue to administer the CBI disclosure authority based on current policy and practice.

[77] Thus, Health Canada’s decision is not based on a review and balancing of competing factors. It is based on “current policy and practice” to the effect that no information will be disclosed under subsection 21.1(3) absent a confidentiality undertaking. That policy is not new. It was expressed to Dr. Doshi as early as October 21, 2015. It was a component of Health Canada’s draft guidelines regarding subsection 21.1(3), made public on March 10, 2016. Yet, Health Canada never outlined the substantive justifications of that “current policy and practice”. It appears to be a carry-over from the pre-Vanessa’s Law period, when Health Canada took the position that all information submitted by pharmaceutical companies was confidential.

[78] The difficulty of this case is that one of the two tracks of the approach adopted by Parliament to ensure greater transparency has not been implemented yet. No

[TRADUCTION] Pour parvenir à cette décision, nous avons tenu compte des arguments que vous avez invoqués afin que les renseignements visés par votre demande vous soient communiqués sans que vous ayez à en maintenir la confidentialité. Vous avez insisté sur l’importance des données réglementaires non publiées pour permettre un examen systématique des médicaments, en précisant que ces données sont parfois plus complètes que les rapports publiés. Santé Canada reconnaît que les données réglementaires peuvent être très utiles à l’examen systématique des médicaments. La décision de rejeter votre demande repose sur la politique et les pratiques actuelles selon lesquelles les données réglementaires non publiées sont considérées comme des renseignements commerciaux confidentiels. Santé Canada a informé les parties intéressées canadiennes de son intention de revoir la politique et les pratiques actuelles relatives à la confidentialité des données cliniques, et de consulter l’ensemble des intervenants – y compris des membres de l’industrie, des chercheurs universitaires, des professionnels de santé et des groupes de patients – d’une manière juste et ordonnée. Un examen approfondi des points de vue et des positions de l’ensemble des intéressés sera fait avant d’apporter quelque modification à la politique et aux pratiques actuelles. Dans l’intervalle, Santé Canada continuera d’administrer la communication des renseignements commerciaux confidentiels conformément à sa politique et à ses pratiques actuelles.

[77] Santé Canada n’a donc pas rendu sa décision après avoir examiné et soupesé les facteurs divergents. Sa décision repose sur [TRADUCTION] « la politique et les pratiques actuelles » selon lesquelles aucun renseignement ne sera communiqué en application du paragraphe 21.1(3) sans entente de confidentialité. Cette politique n’est pas nouvelle. Le D^r Doshi en a été informé dès le 21 octobre 2015. Elle faisait partie de l’ébauche de la ligne directrice relative au paragraphe 21.1(3), qui a été publiée par Santé Canada le 10 mars 2016. Cependant, Santé Canada n’a jamais énoncé les justifications de fond de [TRADUCTION] « la politique et [des] pratiques actuelles ». Celles-ci semblent être un vestige de la période précédant l’entrée en vigueur de la Loi de Vanessa, alors que Santé Canada considérait que tous les renseignements soumis par les sociétés pharmaceutiques étaient confidentiels.

[78] La difficulté en l’espèce tient au fait que l’un des deux volets de l’approche adoptée par le législateur en vue d’assurer une plus grande transparence n’est pas

regulations have been made under subsection 30(1.2), although a proposal has been published in the *Canada Gazette*. Thus, according to the logic of the legislation, the information sought by Dr. Doshi remains “confidential business information” that may be disclosed under subsection 21.1(3), because regulations that would take it out of that category are not yet in place.

[79] Thus, Health Canada had to appreciate that, pending the adoption of regulations under subsection 30(1.2), subsection 21.1(3) could be used to seek the disclosure of clinical trial reports that Parliament intended to make public, although through a different route. (That would no longer be true once the regulations are in force, because clinical trial reports would no longer be considered “confidential business information,” and subsection 21.1(3) applies only to such information.)

[80] It thus becomes clear that Health Canada’s blanket confidentiality policy is unreasonable. It ran against one of the purposes of Vanessa’s Law. It had the effect of perpetuating the mischief against which Vanessa’s Law was aimed. Quite simply, Health Canada cannot ignore that Parliament intended to make clinical trial data public and adopt a policy that is in direct contradiction with that purpose.

(2) Fettering of Discretion

[81] The policy also resulted in Health Canada fettering its discretion. While I recognize that some information may be disclosed pursuant to subsection 21.1(3) on the condition that it remain confidential, Health Canada cannot take the position that it will always be so. That would be tantamount to adding words to the legislation. Yet, as we saw above, Parliament was invited to stipulate that information disclosed under subsection 21.1(3) would remain confidential, but declined to do so. Health Canada’s blanket policy thus reverses a choice made by Parliament.

encore en vigueur. Aucun règlement n’a été adopté en application du paragraphe 30(1.2), bien qu’une proposition ait été publiée dans la *Gazette du Canada*. Par conséquent, selon la logique de la loi, les renseignements demandés par le Dr Doshi demeurent des « renseignements commerciaux confidentiels » qui peuvent être communiqués en application du paragraphe 21.1(3), car le règlement qui les exclurait de cette catégorie n’est pas encore en vigueur.

[79] Santé Canada aurait donc dû reconnaître qu’en attendant l’adoption du règlement en application du paragraphe 30(1.2), le paragraphe 21.1(3) peut être invoqué pour demander la communication de rapports d’essais cliniques que le législateur a l’intention de rendre publics, bien que par une voie différente. (La situation serait différente une fois le règlement en vigueur, car les rapports d’essais cliniques ne seraient plus considérés comme des « renseignements commerciaux confidentiels » et le paragraphe 21.1(3) ne s’applique qu’à ces renseignements.)

[80] Il ne fait donc aucun doute que la politique de confidentialité mur à mur de Santé Canada est déraisonnable, car elle va à l’encontre de l’un des objectifs de la Loi de Vanessa. Cette politique a eu pour conséquence de perpétuer le méfait que la Loi de Vanessa cherche à contrecarrer. Santé Canada ne peut pas tout simplement faire fi de l’intention du législateur de rendre publiques les données des essais cliniques, et adopter une politique allant totalement à l’encontre de cet objet.

2) Entrave à l’exercice du pouvoir discrétionnaire

[81] Cette politique a également entraîné une entrave à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Santé Canada. Bien que je reconnaisse que certains renseignements peuvent être communiqués en application du paragraphe 21.1(3), à condition qu’ils demeurent confidentiels, Santé Canada ne peut faire valoir qu’il en sera toujours ainsi. Cela équivaldrait à ajouter des mots au texte législatif. Comme nous l’avons vu précédemment, le législateur a été invité à prescrire que les renseignements communiqués en application du paragraphe 21.1(3) restent confidentiels, mais il a refusé de le faire. La politique globale de Santé Canada infirme donc un choix du législateur.

[82] The publication of draft regulations in the *Canada Gazette* only makes Health Canada's position more untenable. By announcing those regulations, the government is in effect accepting that there is no legitimate interest in keeping the results of clinical trials private. In its accompanying statement, quoted above at paragraph 21, the government recognized the value of clinical trial transparency. It is difficult to understand how Health Canada can disregard such a statement and insist on a confidentiality undertaking as a condition of disclosing clinical trial reports and data to Dr. Doshi, even if the disclosure is pursuant to subsection 21.1(3) and not pursuant to regulations made under subsection 30(1.2).

(3) Disproportionate Impact on Freedom of Expression

[83] Moreover, Health Canada's decision appears to ignore Dr. Doshi's freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter. In a letter he sent to Health Canada on December 9, 2016, Dr. Doshi insisted that his constitutional rights should be taken into account. Yet, Health Canada's decision is silent on this topic. There is no indication that it undertook the balancing exercise mandated by *Doré*. In any event, I fail to see how Health Canada's decision can be said to achieve a reasonable balance between freedom of expression and any statutory purposes that it was implementing.

[84] I need not insist on the importance of freedom of expression in the academic context. Freedom of expression certainly includes the freedom to disseminate research results, even where those results are controversial or contrary to accepted opinion. Researchers must also be free to choose how they will formulate their results. In this context, the ability to quote sources and supporting material is crucial. Without references to sources, research results may be viewed as mere opinion. An opinion is only as good as the facts on which it is based. If they are unable to communicate those facts,

[82] La publication du projet de règlement dans la *Gazette du Canada* ne fait que rendre encore plus indéfendable la thèse de Santé Canada. En annonçant ce règlement, le gouvernement reconnaît en fait qu'il n'existe aucun intérêt légitime à maintenir confidentiels les résultats des essais cliniques. Dans sa documentation d'accompagnement, précitée au paragraphe 21, le gouvernement a reconnu la valeur de la transparence des essais cliniques. On peut difficilement comprendre comment Santé Canada peut faire abstraction d'une telle déclaration et insister sur la signature d'une entente de confidentialité comme condition à la communication de rapports et de données d'essais cliniques au Dr Doshi, même si la communication se fait en application du paragraphe 21.1(3) et non du règlement pris en application du paragraphe 30(1.2).

3) Incidence démesurée sur la liberté d'expression

[83] La décision de Santé Canada semble également faire abstraction du droit à la liberté d'expression du Dr Doshi, qui est garanti par l'alinéa 2b) de la Charte. Dans une lettre qu'il a adressée à Santé Canada le 9 décembre 2016, le Dr Doshi a insisté sur le fait que ses droits constitutionnels devaient être pris en compte. Pourtant, la décision de Santé Canada n'en fait nullement mention. Rien n'indique que Santé Canada a procédé à l'exercice de pondération exigé par l'arrêt *Doré*. Quoi qu'il en soit, je ne vois pas comment on peut dire que la décision de Santé Canada assure un équilibre raisonnable entre la liberté d'expression et quelque objectif législatif que Santé Canada pouvait poursuivre.

[84] Je n'ai pas à insister sur l'importance de la liberté d'expression dans le contexte universitaire. La liberté d'expression englobe certainement la liberté de diffuser les résultats de la recherche, même si ces résultats sont controversés ou contraires à l'opinion établie. Les chercheurs doivent également être libres de choisir la manière dont ils présenteront leurs résultats. Dans ce contexte, la capacité de citer des sources et des documents à l'appui est cruciale. En l'absence de renvois à des sources, les résultats de recherche pourraient être considérés comme une simple opinion. Or, la valeur d'une opinion se mesure

researchers will be significantly hampered in the dissemination of their results. The possibility of conducting an informed public debate will be eroded.

[85] In this context, Health Canada's confidentiality requirement would prohibit Dr. Doshi from quoting from the clinical trial reports disclosed to him. Thus, if a clinical trial report concludes that a drug is ineffective or has undesirable side effects, Dr. Doshi could not reproduce that conclusion in a paper outlining the results of his research. As drafted, the proposed confidentiality agreement would even prohibit Dr. Doshi from referring to the contents of the documents disclosed to him, for example by summarizing or paraphrasing them. It is difficult to understand how, in practice, Dr. Doshi could meaningfully communicate the results of his research under such constraints.

[86] What, then, could offset this breach of Dr. Doshi's freedom of expression? In its decision, Health Canada does not identify any countervailing considerations. It simply reiterated a policy that pre-dated Vanessa's Law. The objectives of that policy are unstated and unclear. As far as one can understand, they appear to contradict the purposes of Vanessa's Law. The mere fact that the policy is aligned with the preferences of the pharmaceutical industry would be insufficient to justify a restriction on Dr. Doshi's freedom of expression. The policy is overbroad and cannot be a proportional balance between Charter rights and statutory purposes. To achieve such a balance, Health Canada had to consider the effects of granting Dr. Doshi's request, which pertained to clinical trial results, on the pursuit of its statutory mandate. Given Vanessa's Law's purpose of improving clinical trial transparency and the recent regulatory proposal, it is difficult to understand how the restriction of freedom of speech that results from Health Canada's confidentiality requirement can be justified.

[87] Thus, I conclude that it was unreasonable for Health Canada to impose a confidentiality requirement

aux faits sur lesquels elle repose. L'impossibilité de communiquer ces faits nuira considérablement à la capacité des chercheurs de diffuser leurs résultats, et cela réduira la possibilité de mener un débat public éclairé.

[85] Dans le présent contexte, l'exigence de confidentialité de Santé Canada interdirait au D^r Doshi de citer les rapports d'essais cliniques qui lui seraient communiqués. Ainsi, si un rapport d'essai clinique concluait qu'un médicament est inefficace ou a des effets secondaires indésirables, le D^r Doshi ne pourrait en faire mention dans un article présentant les résultats de sa recherche. Telle qu'elle est rédigée, l'entente de confidentialité proposée interdirait même au D^r Doshi de faire référence au contenu des documents qui lui seraient communiqués, par exemple en les résumant ou en les paraphrasant. On peut difficilement comprendre comment, en pratique, le D^r Doshi pourrait efficacement communiquer les résultats de sa recherche avec de telles contraintes.

[86] Qu'est-ce qui pourrait alors compenser cette violation du droit à la liberté d'expression du D^r Doshi? Dans sa décision, Santé Canada ne mentionne aucune considération opposée. Santé Canada ne fait que réitérer une politique antérieure à la Loi de Vanessa, dont les objectifs sont inexprimés et imprécis. Pour autant qu'on le sache, ces objectifs semblent aller à l'encontre de ceux de la Loi de Vanessa. Le simple fait que la politique correspondre aux préférences de l'industrie pharmaceutique serait insuffisant pour justifier une restriction de la liberté d'expression du D^r Doshi. La politique est trop générale et elle ne peut assurer un juste équilibre entre les droits garantis par la Charte et les objectifs de la loi. Pour assurer un tel équilibre, il aurait fallu que Santé Canada se demande comment la communication de résultats d'essais cliniques au D^r Doshi affecterait la réalisation de son mandat législatif. Compte tenu de l'objectif de la Loi de Vanessa qui est d'améliorer la transparence des essais cliniques et du projet de règlement récemment proposé, on peut difficilement comprendre comment la restriction de la liberté d'expression découlant de l'exigence de confidentialité de Santé Canada pourrait être justifiée.

[87] Je conclus donc qu'il était déraisonnable pour Santé Canada d'imposer une exigence de confidentialité

as a condition for the disclosure of data requested by Dr. Doshi.

[88] I would like to add that nothing in these reasons is intended to detract from the privacy and anonymity of clinical trial participants. University research ethics guidelines guarantee research participant anonymity. Dr. Doshi does not propose to reveal the identity of participants, if such information is included in the documents disclosed to him, and I understand that this is not a contentious issue between the parties.

[89] Given that I have decided the case on the basis of freedom of expression, it is not necessary for me to decide whether paragraph 2(b) of the Charter protects access to information, or whether section 7 of the Charter is engaged.

[90] Nor do I need to decide whether it was reasonable for Health Canada to refuse to disclose documents to Dr. Doshi for the purposes of his “methodology project”. As I have decided that Health Canada cannot impose a confidentiality requirement, it follows that Dr. Doshi will be able to use the documents disclosed on the basis of his “systematic review project” for the purposes of his “methodology project”.

III. Remedy

[91] Dr. Doshi seeks an order of *mandamus*, effectively forcing Health Canada to disclose the requested information.

[92] *Mandamus* is only available in specific circumstances. Typically, *mandamus* will issue only if the respondent has a non-discretionary duty to act (*Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 (C.A.) (*Apotex*), at pages 766–769, affirmed [1994] 3 S.C.R. 1100). Where the power involved is discretionary, respect for the autonomy of the executive branch of government normally requires that the reviewing court limit itself to quashing the impugned decision. As Justice

comme condition à la communication des données demandées par le D^r Doshi.

[88] Je tiens cependant à ajouter que rien dans ces motifs ne vise à atténuer les exigences relatives à la confidentialité et à l’anonymat des participants aux essais cliniques. Les politiques universitaires en matière d’éthique de la recherche garantissent l’anonymat des participants. Le D^r Doshi ne propose pas de révéler l’identité des participants, à supposer que de tels renseignements soient inclus dans les documents qui lui seraient communiqués, et il semble que cette question ne soit pas contestée par les parties.

[89] Comme j’ai statué sur l’affaire en me fondant sur la liberté d’expression, il n’est pas nécessaire de décider si l’alinéa 2b) de la Charte protège l’accès à l’information ou si l’affaire met en cause l’article 7 de la Charte.

[90] Je n’ai pas non plus à déterminer s’il était raisonnable pour Santé Canada de refuser de communiquer des documents au D^r Doshi aux fins de son « projet sur la méthodologie ». Comme j’ai conclu que Santé Canada ne peut imposer d’exigence de confidentialité, il s’ensuit que le D^r Doshi pourra utiliser les documents qui lui seront communiqués dans le cadre de son « projet de revue systématique », également aux fins de son « projet sur la méthodologie ».

III. Réparation

[91] Le D^r Doshi demande que soit délivrée une ordonnance de *mandamus* obligeant Santé Canada à lui communiquer les renseignements demandés.

[92] Une ordonnance de *mandamus* n’est délivrée que dans des circonstances précises. En général, une ordonnance de *mandamus* est accordée seulement si le défendeur a une obligation non discrétionnaire d’agir (*Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.) (*Apotex*), aux pages 766 à 769, confirmé par [1994] 3 R.C.S. 1100). Lorsqu’il s’agit d’un pouvoir discrétionnaire, le respect de l’autonomie du pouvoir exécutif exige habituellement que la cour de révision se limite

Yves de Montigny of the Federal Court of Appeal said in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Yansane*, 2017 FCA 48, 26 Admin. L.R. (6th) 267, at paragraph 15:

In general, the role of a superior court in a judicial review of an administrative decision is not to replace the administrative decision-maker's decision with its own decision; rather, its role is limited to verifying the legality and reasonableness of the decision rendered, and to returning the file to the same decision-maker or another decision-maker in the same organization if it finds that an error was made and that the decision was illegal or not within the range of possible, acceptable outcomes in respect of the facts and the law

[93] Thus, *mandamus* cannot be used to force the exercise of discretion in a particular way (*Apotex*, at page 768; *Canada (Health) v. The Winning Combination Inc.*, 2017 FCA 101, 413 D.L.R. (4th) 362 (*Winning Combination*)). Nevertheless, courts have issued *mandamus* where there is only one reasonable outcome (see, for example, *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at paragraphs 150–151; see also, *a contrario*, *Winning Combination*, at paragraph 75).

[94] At the hearing, I asked counsel for the Attorney General why *mandamus* would not be appropriate in this case. He replied that, had Health Canada known that it could not impose a confidentiality requirement on Dr. Doshi, it could have reached a different conclusion with respect to the other requirements of subsection 21.1(3), namely, whether Dr. Doshi is “a person who carries out functions relating to the protection or promotion of human health or the safety of the public” and whether his research project is “related to the protection or promotion of human health or the safety of the public”. Such a statement is astonishing. It assumes that Health Canada's decision and detailed reasons with respect to those two questions are not the result of careful consideration. At best, it suggests that Health Canada was engaged in a form of results-oriented reasoning whereby the decision not to make clinical trial reports public had to be justified in any conceivable manner.

à annuler la décision contestée. Comme l'a déclaré le juge Yves de Montigny de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Yansane*, 2017 CAF 48, au paragraphe 15 :

De manière générale, le rôle d'une cour d'instance supérieure siégeant en contrôle judiciaire d'une décision administrative n'est pas de substituer sa décision à celle du décideur administratif; son rôle se limite plutôt à vérifier la légalité et la raisonabilité de la décision rendue, et de retourner le dossier au même décideur ou à un autre décideur du même organisme si elle estime qu'une erreur a été commise et que la décision s'en trouve entachée d'illégalité ou ne fait pas partie des issues acceptables eu égard aux faits et au droit [...]

[93] L'ordonnance de *mandamus* ne peut donc pas être utilisée pour exiger qu'un pouvoir discrétionnaire soit exercé dans un sens déterminé (*Apotex*, à la page 768; *Canada (Santé) c. The Winning Combination Inc.*, 2017 CAF 101 (*Winning Combination*)). Il est arrivé toutefois que des cours délivrent des ordonnances de *mandamus* lorsqu'il n'existe qu'une seule issue raisonnable (voir, par exemple, l'arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, aux paragraphes 150 et 151; voir aussi, *a contrario*, l'arrêt *Winning Combination*, au paragraphe 75).

[94] Durant l'audience, j'ai demandé à l'avocat du procureur général pourquoi il ne serait pas approprié en l'espèce de délivrer une ordonnance de *mandamus*. Il a répondu que, si Santé Canada avait su qu'il ne pouvait pas imposer une exigence de confidentialité au D^r Doshi, le Ministère aurait pu en arriver à une conclusion différente concernant les autres exigences du paragraphe 21.1(3), quant à savoir si le D^r Doshi est « une personne exerçant des fonctions relatives à la protection ou à la promotion de la santé humaine ou à la sécurité du public » et si son projet de recherche est « relatif à la protection ou à la promotion de la santé humaine ou de la sécurité du public ». Une telle déclaration est stupéfiante. Elle présume que la décision et les motifs détaillés de Santé Canada quant à ces deux questions ne sont pas le résultat d'un examen approfondi. Au mieux, elle suggère que le raisonnement de Santé Canada était dicté par le résultat recherché : la décision de ne pas rendre

This only reinforces my conclusion that Health Canada fettered its discretion. At worst, it suggests that Health Canada would try to circumvent a decision of this Court in favour of Mr. Doshi by rescinding conclusions favourable to him.

[95] I fail to see how Health Canada could reasonably decide not to disclose the data requested by Dr. Doshi. Counsel's suggestion that Health Canada might take a different view of Dr. Doshi's credentials or the suitability of his research project is entirely devoid of merit. There remains the possibility that Health Canada could exercise its discretion against disclosure for reasons that were not invoked in its February 7, 2017 letter. However, no such reasons were suggested to me. Dr. Doshi seeks clinical trial reports and data. This information will become public when the regulations are adopted. There is no principled basis to keep them private now.

[96] Therefore, I will issue an order of *mandamus* requiring Health Canada to grant Dr. Doshi's request and to communicate the information sought.

[97] Both parties agreed not to seek costs, given the public interest nature of the case. Accordingly, I make no order as to costs.

JUDGMENT in T-335-17 and T-336-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is allowed;
2. Upon receiving an executed Declaration of Conflict of Interest from the applicant, the Minister of Health is ordered to disclose to the applicant complete

publics les rapports d'essais cliniques devait être justifiée de quelque manière que ce soit. Cela ne fait que renforcer ma conclusion selon laquelle Santé Canada a fait entrave à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Au pire, elle laisse entendre que Santé Canada essaierait de se soustraire à une décision de notre Cour en faveur du D^r Doshi en faisant marche arrière quant à des conclusions qui lui sont favorables.

[95] Je ne vois pas comment Santé Canada pourrait raisonnablement décider de ne pas communiquer les renseignements demandés par le D^r Doshi. L'affirmation de l'avocat, selon laquelle Santé Canada pourrait percevoir différemment les titres de compétences du D^r Doshi ou la pertinence de ses projets de recherche, est dénuée de tout fondement. Il reste la possibilité que Santé Canada exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est donné de refuser de communiquer les renseignements pour des motifs que le Ministère n'a pas invoqués dans sa lettre du 7 février 2017. Cependant, aucun de ces motifs ne m'a été présenté. Le D^r Doshi demande la communication de rapports et de données d'essais cliniques. Ces renseignements deviendront publics lors de l'adoption du règlement. Aucune considération de principe ne justifie qu'ils soient à ce stade gardés confidentiels.

[96] Par conséquent, je délivrerai une ordonnance de *mandamus* exigeant que Santé Canada accède à la demande du D^r Doshi et lui communique les renseignements demandés.

[97] Les deux parties ont convenu de ne pas requérir l'adjudication de dépens, étant donné l'intérêt public de l'affaire. Par conséquent, je ne rends aucune ordonnance quant aux dépens.

JUGEMENT DANS LES DOSSIERS T-335-17 et T-336-17

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie;
2. À la réception d'une déclaration de conflit d'intérêts signée de la part du demandeur, il est ordonné au ministre de la Santé de communiquer au demandeur des

copies of all sections of all clinical study reports and all electronic datasets from these same trials, including participant level datasets with respect to Gardasil, Gardasil 9, Cervarix, Tamiflu and Relenza;

3. Each party will pay its own costs.

copies intégrales de toutes les sections des rapports d'essais cliniques et de tous les ensembles de données électroniques provenant de ces mêmes essais, y compris les ensembles de données sur les participants, relativement aux produits Gardasil, Gardasil 9, Cervarix, Tamiflu et Relenza;

3. Chaque partie prendra en charge ses propres dépens.

A-59-17
2018 FCA 133

A-59-17
2018 CAF 133

Daniel Turp (*Appellant*)

Daniel Turp (*appellant*)

v.

c.

The Minister of Foreign Affairs (*Respondent*)

Le ministre des Affaires étrangères (*intimé*)

INDEXED AS: TURP v. CANADA (FOREIGN AFFAIRS)

RÉPERTORIÉ : TURP c. CANADA (AFFAIRES ÉTRANGÈRES)

Federal Court of Appeal, Nadon, Boivin and Gleason JJ.A.—Montréal, December 6, 2017; Ottawa, July 6, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Boivin et Gleason, J.C.A.—Montréal, 6 décembre 2017; Ottawa, 6 juillet 2018.

Foreign Trade — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review challenging respondent's decision to issue permits for export of light armoured vehicles (LAVs) to Kingdom of Saudi Arabia — Specifically, Court concluded appellant could not challenge respondent's decision to issue permits for export to Kingdom of Saudi Arabia of LAVs on Export Control List (List), established by Governor in Council under Export and Import Permits Act (EIPA), s. 3 — Pursuant to EIPA, Export Controls Handbook (Handbook), Canada's international obligations, appellant arguing respondent should have declined to issue said export permits on ground of reasonable risk Saudi Arabia might use LAVs against civilian populations, particularly in Yemen — Respondent's decision to approve issuance of permits based on recommendation from Deputy Minister of Foreign Affairs — Federal Court concluding, in particular, respondent made no reviewable error in making decision, respondent having broad discretion — Court deciding scope of Court's power limited to ascertaining whether respondent's discretion exercised in good faith on basis of relevant considerations, which discretion so exercised — Main issue whether Federal Court erring in finding respondent exercised discretion in reasonable manner; in refusing to consider appellant's argument that respondent had closed mind when making decision — Appellant alleging Court made several errors by concluding as it did but appellant's arguments could not stand — No doubt respondent considered all relevant factors he had to consider, according to legislative framework — Respondent considered not only economic, trade factors, but also humanitarian law, human rights issues — Considering wording of EIPA, Court must show great restraint when called upon to review decision by respondent — In exercising discretion under EIPA, s. 7, respondent considered factors pertaining to humanitarian law, more specifically, conflict in Yemen, wondered about potential human rights violations in Yemen — Therefore, respondent did not exercise discretion

Commerce extérieur — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant qui s'opposait à la décision de l'intimé d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite pour des véhicules blindés légers (VBL) — Plus particulièrement, la Cour concluait que l'appellant ne pouvait s'opposer à la décision de l'intimé d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite pour des VBL, lesquels se retrouvent sur la Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée (Liste), établie par le Gouverneur en conseil en vertu de l'art. 3 de la Loi sur les licences d'exportation et d'importation (la LLEI) — L'appellant soutenait qu'en raison de la LLEI, du Manuel des contrôles à l'exportation (Manuel) et des obligations internationales du Canada, l'intimé se devait de refuser l'octroi desdites licences d'exportation puisqu'il existait un risque raisonnable que les VBL soient utilisés par l'Arabie saoudite contre des populations civiles, en particulier au Yémen — La décision de l'intimé d'approuver l'octroi de licences d'exportation fut prise sur la recommandation du sous-ministre des Affaires étrangères — La Cour fédérale a conclu en particulier que l'intimé n'a commis aucune erreur révisable en prenant sa décision et a estimé que la discrétion de l'intimé était large — Elle a décidé que la portée de son contrôle se limitait à s'assurer que le pouvoir discrétionnaire de l'intimé a été exercé de bonne foi en fonction des considérations pertinentes, ce qui était le cas — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a erré en concluant que l'intimé a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable; et en refusant de considérer l'argument de l'appellant selon lequel l'intimé avait l'esprit fermé au moment de prendre sa décision — L'appellant a prétendu que la Cour a commis plusieurs erreurs en concluant comme elle l'a fait mais les arguments de l'appellant ne pouvaient réussir — Il ne faisait pas de doute que l'intimé a considéré tous les facteurs pertinents qu'il lui incombait de considérer selon le cadre législatif — L'intimé

in unreasonable manner; consequently, Court correct in finding as it did — Regarding respondent's state of mind when making decision, insofar as respondent considered what he had to consider under applicable statutory regime, which was the case, question of impartiality, procedural fairness had no relevance unless respondent's decision based on irrelevant considerations or bad faith — Appeal dismissed — Per Gleason J.A. (concurring): Unnecessary to comment on reasonable or unreasonable nature of respondent's decision to permit export of light armoured vehicles where, according to respondent, reasonable risk these vehicles will be used in contravention of international human rights rules or where this only conclusion respondent could reasonably come to — Unnecessary to rule on this question here because question not raised.

International Law — In appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review challenging respondent's decision to issue permits for export of light armoured vehicles to Kingdom of Saudi Arabia, issue of Geneva Conventions raised — Whether Federal Court erred in rejecting appellant's arguments based on Common Article 1 of Geneva Conventions — Court correctly ruled appellant did not have standing necessary to raise violation of Geneva Conventions — Only state signatories to Geneva Conventions can raise violation of conventions, more specifically, violation of Common Article 1 — With respect to use of experts to prove international law, in case like this one, parties did not need to rely on expertise in international law since international law question of law, prerogative of courts.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review. Specifically, the Court concluded that the appellant could not challenge the respondent's April 2016 decision to issue permits for the export of light armoured vehicles (LAVs) to the Kingdom of

a considéré non seulement les facteurs économiques et commerciaux mais les questions de droit humanitaire et de droits de la personne — Compte tenu du libellé de la LLEI, la Cour doit exercer une grande retenue lorsqu'elle est appelée à réviser une décision de l'intimé — Dans l'exercice de sa discrétion en vertu de l'art. 7 de la LLEI, l'intimé a considéré les facteurs portant sur le droit humanitaire et plus particulièrement, il a considéré le conflit au Yémen et s'est interrogé sur les violations possibles des droits de la personne dans ce pays — Donc, l'intimé n'a pas exercé sa discrétion de manière déraisonnable et, par conséquent, la Cour avait raison de conclure comme elle l'a fait — En ce qui concerne l'esprit de l'intimé au moment de prendre sa décision, dans la mesure où l'intimé a considéré ce qu'il devait considérer en raison du régime législatif applicable, ce qui était le cas en l'espèce, la question d'impartialité et d'équité procédurale n'était d'aucune pertinence à moins que la décision prise par l'intimé résultait de considérations non-pertinentes ou de sa mauvaise foi — Appel rejeté — La juge Gleason, J.C.A. (motifs concourants) : Il n'était pas nécessaire d'émettre des commentaires sur le caractère raisonnable ou non de la décision de l'intimé d'autoriser l'exportation de véhicules blindés légers dans le cas où, selon l'intimé, il existait un risque raisonnable que ces véhicules soient utilisés en contravention des règles internationales des droits de la personne ou dans le cas où c'était la seule conclusion que l'intimé aurait raisonnablement pu tirer — Il n'était pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce car elle ne se posait pas.

Droit international — Dans un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant qui s'opposait à la décision de l'intimé d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite pour des véhicules blindés légers, la question des conventions de Genève a été soulevée — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a erré en rejetant les arguments de l'appellant fondés sur l'article premier commun des conventions de Genève — La Cour avait raison de conclure que l'appellant n'avait pas l'intérêt nécessaire pour soulever une violation des conventions de Genève — Seuls les États signataires des conventions de Genève peuvent se plaindre d'une violation des conventions et plus particulièrement d'une violation de l'article premier commun — Enfin, concernant l'utilisation d'experts pour prouver le droit international, dans une affaire comme celle-ci, il n'était pas nécessaire pour les parties d'avoir recours à des expertises portant sur le droit international, qui est une question de droit et qui est donc de l'apanage des tribunaux.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appellant. Plus particulièrement, la Cour concluait que l'appellant ne pouvait s'opposer à la décision de l'intimé du mois d'avril 2016 d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume

Saudi Arabia. LAVs appear on the *Export Control List* (the List), established by the Governor in Council under section 3 of the *Export and Import Permits Act* (the EIPA). The appellant submitted that, pursuant to the EIPA, the *Export Controls Handbook* (the Handbook) and Canada's international obligations, the respondent should have declined to issue said export permits on the ground of a reasonable risk that Saudi Arabia might use the LAVs against civilian populations, particularly in Yemen.

General Dynamics Land Systems — Canada Corporation (GDLS) is a corporation based in Ontario that manufactures military equipment, its most sought after products being LAVs. In 2014, an agreement was signed between Saudi Arabia and Canadian Commercial Corporation, agent of the federal Crown, providing for the purchase by Saudi Arabia of a certain quantity of LAVs to be produced by GDLS. In April 2016, the respondent approved the issuance of six permits for the export to Saudi Arabia of LAVs produced by GDLS. The respondent based his decision on a recommendation from the Deputy Minister of Foreign Affairs.

With respect to the decision under appeal, the Federal Court came to several conclusions. Specifically, the Court acknowledged the appellant's role in terms of acting in the public interest but concluded that he could not raise issues of procedural fairness since he was not affected directly by the decision. The Court then considered the respondent's decision to issue permits for the export of LAVs to Saudi Arabia and concluded that the respondent did not commit a reviewable error. The Court examined the regulatory framework established by the EIPA concerning the respondent's decision and found that the respondent had broad discretion. Finally, the Court decided that the scope of its power was limited to ascertaining that the respondent's discretion had been exercised in good faith on the basis of the relevant considerations. Insofar as it was so exercised, the Court could not intervene.

The main issue was whether the Federal Court's decision was reasonable. Specifically, whether the Court erred in finding that the respondent had exercised his discretion in a reasonable manner; in refusing to consider the appellant's argument that the respondent had a closed mind when he made his decision; and in rejecting the appellant's arguments based on Common Article 1 of the Conventions.

Held: The appeal should be dismissed.

To determine whether the Federal Court's decision was reasonable, the memorandum submitted to the respondent by the Deputy Minister of Foreign Affairs concerning the export

de l'Arabie saoudite pour des véhicules blindés légers (VBL). Les VBL se retrouvent sur la *Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée* (Liste), établie par le Gouverneur en conseil en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* (la LLEI). L'appelant soutenait qu'en raison de la LLEI, du *Manuel des contrôles à l'exportation* (Manuel) et des obligations internationales du Canada, l'intimé se devait de refuser l'octroi desdites licences d'exportation puisqu'il existait un risque raisonnable que les VBL soient utilisés par l'Arabie saoudite contre des populations civiles, en particulier au Yémen.

General Dynamics Land Systems — Canada Corporation (GDLS) est une compagnie basée dans la province de l'Ontario, qui fabrique de l'équipement militaire dont les produits les plus recherchés sont les VBL. En 2014, une entente intervient entre l'Arabie saoudite et la Corporation commerciale canadienne, mandataire de la Couronne fédérale, laquelle prévoyait l'achat par l'Arabie saoudite d'une certaine quantité de VBL devant être fabriqués par GDLS. En avril 2016, l'intimé a approuvé l'octroi de six licences pour l'exportation de VBL produits par GDLS vers l'Arabie saoudite. La décision de l'intimé fut prise sur la recommandation du sous-ministre des Affaires étrangères.

En ce qui concerne la décision en appel, la Cour fédérale a rendu plusieurs conclusions. En particulier, elle a reconnu à l'appelant la qualité d'agir dans l'intérêt public mais a conclu qu'il ne pouvait pas soulever des questions d'équité procédurale étant donné qu'il n'était pas directement touché par la décision. La Cour s'est penchée ensuite sur la décision de l'intimé d'octroyer des licences d'exportation pour les VBL vers l'Arabie saoudite et a conclu que l'intimé n'a commis aucune erreur révisable. La Cour a examiné le cadre réglementaire établi par la LLEI entourant la décision de l'intimé, estimant que la discrétion de l'intimé est large. Enfin elle a décidé que la portée de son contrôle se limitait à s'assurer que le pouvoir discrétionnaire de l'intimé a été exercé de bonne foi en fonction des considérations pertinentes. Ce seuil étant atteint, il n'y avait pas motif à intervention.

Il s'agissait principalement de savoir si la décision de la Cour fédérale était raisonnable. Plus particulièrement si la Cour a erré en concluant que l'intimé a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable; en refusant de considérer l'argument de l'appelant selon lequel l'intimé avait l'esprit fermé au moment de prendre sa décision : et en rejetant les arguments de l'appelant fondés sur l'article premier commun des Conventions en cause.

Arrêt : L'appel doit être rejeté.

Afin de déterminer si la décision de la Cour fédérale était raisonnable, le mémorandum soumis à l'intimé par le sous-ministre des Affaires étrangères et portant sur l'exportation

of LAVs by GDLS to Saudi Arabia was examined. It recommended that the Minister approve and issue the permits for GDLS to export LAVs to Saudi Arabia. According to the appellant, the Court made several errors by concluding as it did, but the appellant's arguments could not be accepted. There was no doubt that the respondent considered all relevant factors that he was required to consider according to the legislative framework, including those set out in the Handbook and the *Guidelines for Exports of Military and Strategic Goods* (the Guidelines). The Minister considered not only economic and trade factors, but also humanitarian law and human rights issues. There was no doubt that the factors listed in the Handbook, which are essentially the same as those in the Guidelines, were considered in the memorandum submitted to the respondent. The factors set out in the Handbook and the Guidelines are simply elements that the respondent must consider in deciding whether to issue a permit. Contrary to the appellant's arguments, the Guidelines are not of a binding nature and cannot be considered as legal requirements where non-compliance would taint the respondent's decision. Considering the wording of the EIPA, the Court must show great restraint when called upon to review a decision by the respondent as to whether or not to issue export permits, such as in this case. With respect to the appellant's statement that the respondent did not offer any analysis concerning his obligations under the Geneva Conventions, which were incorporated in Canada via the *Geneva Conventions Act* (the GCA), the appellant's position was incorrect. In exercising his discretion under section 7 of the EIPA, the respondent considered the factors pertaining to humanitarian law and, more specifically, he considered the conflict in Yemen and wondered about the potential human rights violations in this country. Therefore, the respondent did not exercise his discretion in an unreasonable manner and, consequently, the Court was correct in finding as it did.

Regarding the state of the respondent's mind when making the decision, insofar as the respondent considered that which he had to consider under the applicable statutory regime, which was the case here, the question of impartiality and procedural fairness had no relevance unless the respondent's decision was based on irrelevant considerations or his bad faith. Insofar as the respondent's actions were compliant with the statutory regime in force, namely that all the appropriate factors were taken into account, his decision satisfied the test of legality.

Concerning the appellant's arguments based on Common Article 1 of the Geneva Conventions, incorporated into Canadian law by the GCA, the Court correctly ruled that the appellant did not have the standing necessary to raise a

des VBL de GDLS vers l'Arabie saoudite a été examiné. Celui-ci recommandait à l'intimé l'approbation et l'octroi des licences pour les VBL de GDLS vers l'Arabie saoudite. L'appellant a prétendu que la Cour a commis plusieurs erreurs en concluant comme elle l'a fait mais les arguments de l'appellant ne pouvaient réussir. Il ne faisait pas de doute que l'intimé a considéré tous les facteurs pertinents qu'il lui incombait de considérer selon le cadre législatif, dont ceux énoncés au Manuel et aux *Lignes directrices concernant les exportations de matériel militaire et stratégique*. Non seulement l'intimé a-t-il considéré les facteurs économiques et commerciaux, mais il a considéré les questions de droit humanitaire et de droits de la personne. Il était incontestable que les facteurs énumérés dans le Manuel, facteurs qui reprennent les facteurs mentionnés dans les Lignes Directrices, ont été considérés dans le memorandum soumis à l'intimé. Les facteurs énoncés au Manuel et aux Lignes Directrices ne constituent que des sujets devant être considérés par l'intimé en décidant si oui ou non il doit accorder une licence. Contrairement à ce que prétendait l'appellant, les Lignes Directrices ne sont pas de nature contraignante et ne peuvent être considérées comme des exigences légales dont le non-respect entacherait la validité de la décision de l'intimé. Compte tenu du libellé de la LLEI, la Cour doit exercer une grande retenue lorsqu'elle est appelée à réviser une décision de l'intimé, à savoir s'il doit ou non accorder des licences d'exportation telles que celles demandées en l'instance. En ce qui concerne l'affirmation de l'appellant que l'intimé n'a offert aucune analyse concernant les obligations lui incombant en vertu des conventions de Genève, qui furent incorporées au Canada via la *Loi sur les conventions de Genève* (LCG), la position de l'appellant était erronée. Dans l'exercice de sa discrétion en vertu de l'article 7 de la LLEI, l'intimé a considéré les facteurs portant sur le droit humanitaire et plus particulièrement, il a considéré le conflit au Yémen et s'est interrogé sur les violations possibles des droits de la personne dans ce pays. Donc, l'intimé n'a pas exercé sa discrétion de manière déraisonnable et, par conséquent, la Cour avait raison de conclure comme elle l'a fait.

En ce qui concerne l'esprit de l'intimé au moment de prendre sa décision, dans la mesure où l'intimé a considéré ce qu'il devait considérer en raison du régime législatif applicable, ce qui était le cas en l'espèce, la question d'impartialité et d'équité procédurale n'était d'aucune pertinence à moins que la décision prise par l'intimé résultât de considérations non pertinentes ou de sa mauvaise foi. Dans la mesure où les agissements de l'intimé étaient en accord avec le régime législatif en place, à savoir de considérer tous les facteurs pertinents, sa décision rencontrait le test de la légalité.

Pour ce qui est des arguments de l'appellant fondés sur l'article premier commun des conventions, incorporé en droit canadien par la LCG, la Cour avait raison de conclure que l'appellant n'avait pas l'intérêt nécessaire pour soulever une

violation of the Geneva Conventions. Only the states that have signed the Geneva Conventions can raise a violation of those instruments and, more specifically, a violation of Common Article 1. The language of Common Article 1 leaves no doubt about this subject. Consequently, individuals like the appellant are not at liberty to raise violations of the Geneva Conventions and demand their enforcement before the courts.

Although the parties had not submitted any arguments to this effect, the Court commented on the use of experts to prove international law. It thought that, in a case like this one, the parties did not need to rely on expertise in international law. International law, being a question of law, is the prerogative of courts, which can take judicial notice of this law with the help of attorneys arguing the case.

Per Gleason J.A. (concurring): It was not necessary to comment on the reasonable or unreasonable nature of the respondent's decision to permit the export of light armoured vehicles where, according to the respondent, there was a reasonable risk that these vehicles would be used in contravention of international human rights rules or where, in the light of the facts, this was the only conclusion that the respondent could reasonably come to. It was unnecessary to rule on this question here because it had not been raised.

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].
Export and Import Permits Act, R.S.C., 1985, c. E-19, ss. 3, 7, 13.
Export Control List, SOR/89-202, s. 1 “Wassenaar Arrangement”.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1).
Geneva Conventions Act, R.S.C., 1985, c. G-3, ss. 2, 3.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949, Art. 1, 3, being Sch. I of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 31.
Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of

violation des conventions de Genève. Seuls les États signataires des conventions de Genève peuvent se plaindre d'une violation des conventions et plus particulièrement d'une violation de l'article premier commun. Une lecture du texte de l'article premier commun ne laisse aucun doute à ce sujet. Par conséquent, il n'était pas loisible à des individus comme l'appelant de soulever des violations aux conventions de Genève et d'en demander le respect devant les tribunaux.

Quoique les parties n'ont soumis aucun argument à cet effet, la Cour a fait un commentaire concernant l'utilisation d'experts pour prouver le droit international. Elle a estimé que dans une affaire comme celle-ci, il n'était pas nécessaire pour les parties d'avoir recours à des expertises portant sur le droit international. Le droit international, étant une question de droit, est de l'apanage des tribunaux qui peuvent prendre connaissance judiciaire de ce droit avec l'aide des procureurs plaissant la cause.

La juge Gleason, J.C.A. (motifs concourants) : Il n'était pas nécessaire d'émettre des commentaires sur le caractère raisonnable ou non de la décision de l'intimé d'autoriser l'exportation de véhicules blindés légers dans le cas où, selon l'intimé, il existait un risque raisonnable que ces véhicules soient utilisés en contravention des règles internationales des droits de la personne ou dans le cas où, au vu des faits, c'était la seule conclusion que l'intimé aurait raisonnablement pu tirer. Il n'était pas nécessaire de trancher cette question en l'espace, car elle ne se posait pas.

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].
Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée, DORS/89-202, art. 1 « Accord de Wassenaar ». *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, art. 2, 3.
Loi sur les licences d'exportation et d'importation, L.R.C. (1985), ch. E-19, art. 3, 7, 13.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, art. 1, 3, constituant l'annexe II de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 85.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne

Armed Forces at Sea of August 12, 1949, Art. 1, 3, being Sch. II of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 85.

Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949, Art. 1, 3, being Sch. IV of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 287.

Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949, Art. 1, 3, being Sch. III of the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 135.

CASES CITED

APPLIED:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3.

CONSIDERED:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 147 D.L.R. (4th) 193; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *The Ship “North” v. The King (The)* (1906), 37 S.C.R. 385, 26 C.L.T. 380; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 84, (1996), 126 F.T.R. 167 (T.D.); *Lords Advocate’s Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507.

REFERRED TO:

Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services), 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Maple Lodge Farms v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247, (1994), 164 N.R. 342 (C.A.); *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Att. Gen. of Can. v. Inuit Tapirisat et al.*, [1980] 2 R.C.S. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1992), 45 C.P.R. (3d) 390, 148 N.R. 147 (F.C.A.); *Waycobah First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 191, 421 N.R. 193.

du 12 août 1949, art. 1, 3, constituant l’annexe I de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 31.

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, art. 1, 3, constituant l’annexe IV de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 287.

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, art. 1, 3, constituant l’annexe III de la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 135.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *The Ship “North” v. The King (The)* (1906), 37 R.C.S. 385; *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 84 (1^{re} inst.); *Lords Advocate’s Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507.

DÉCISIONS CITÉES :

Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux), 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.); *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Proc. Gén. du Can. c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 950 (QL) (C.A.); *Première Nation Waycobah c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 191.

AUTHORS CITED

Foreign Affairs, Trade and Development Canada. *Export Controls Handbook*, Minister of Foreign Affairs, amended August 2017.

Global Affairs Canada. *A Guide to Canada's Export Controls*, December 2015.

Global Affairs Canada. *Report on Exports of Military Goods from Canada 2012-2013*.

Parlett, Kate. *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Wassenaar Arrangement. "Elements for Objective Analysis and Advice Concerning Potentially Destabilising Accumulations of Conventional Weapons", as amended by the Plenary in 2011.

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 84, [2017] 4 F.C.R. 216) dismissing the appellant's application for judicial review in which the Court concluded that the appellant could not challenge the decision of the Minister of Foreign Affairs to issue permits for the export of light armoured vehicles to the Kingdom of Saudi Arabia. Appeal dismissed.

APPEARANCES

André Lespérance and *Anne-Julie Asselin* for appellant.

Bernard Letarte and *Vincent Veilleux* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Trudel Johnston & Lespérance, Montréal, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

NADON J.A.:

I. Introduction

[1] This is an appeal from a Federal Court decision rendered by Madam Justice Tremblay-Lamer (the Judge)

DOCTRINE CITÉE

Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada. *Manuel des contrôles à l'exportation*, Ministère des Affaires étrangères, modifié en août 2017.

Affaires mondiales Canada. *Guide de la Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée du Canada*, décembre 2015.

Affaires mondiales Canada. *Rapport sur les exportations de marchandises militaires du Canada 2012-2013*.

Parlett, Kate. *The Individual in the International Legal System : Continuity and Change in International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2011.

Wassenaar Arrangement. « Elements for Objective Analysis and Advice Concerning Potentially Destabilising Accumulations of Conventional Weapons », amendé à la réunion plénière en 2011.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2017 CF 84, [2017] 4 R.C.F. 216) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant et dans laquelle la Cour concluait que l'appelant ne pouvait s'opposer à la décision du ministre des Affaires étrangères d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite pour des véhicules blindés légers. Appel rejeté.

ONT COMPARU

André Lespérance et *Anne-Julie Asselin* pour l'appelant.

Bernard Letarte et *Vincent Veilleux* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Trudel Johnston & Lespérance, Montréal, pour l'appelant.

La sous-procureure générale du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

LE JUGE NADON, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, rendue par la juge Tremblay-Lamer (la juge) en

on January 24, 2017 (2017 FC 84, [2017] 4 F.C.R. 216 [reasons]), dismissing the appellant's application for judicial review. Specifically, the Judge concluded that the appellant could not challenge the decision of the Minister of Foreign Affairs (the Minister) on April 8, 2016, to issue permits for the export of light armoured vehicles (LAVs) to the Kingdom of Saudi Arabia (Saudi Arabia). LAVs appear on the *Export Control List*, SOR/89-202 (the List), established by the Governor in Council under section 3 of the *Export and Import Permits Act*, R.S.C., 1985, c. E-19 (the EIPA). It is important to note that under section 13 of the EIPA, an export permit must be obtained from the Minister in order to export LAVs.

[2] The appellant submits that pursuant to the EIPA, the *Export Controls Handbook* (Global Affairs Canada, August 2017) (the Handbook) and Canada's international obligations, the Minister should have declined to issue said export permits on the ground of a reasonable risk that Saudi Arabia might use the LAVs against civilian populations, particularly in Yemen.

[3] For the reasons that follow, I am of the view that the appeal should be dismissed. Specifically, I am of the view that the Judge did not make any error justifying our intervention, and I agree entirely with the reasons she set out to support her conclusion to dismiss the appellant's application for judicial review.

II. Background

[4] General Dynamics Land Systems — Canada Corporation (GDLS) is a corporation based in London, Ontario, that manufactures military equipment, its most sought after products being LAVs. In 2014, an agreement was signed between Saudi Arabia and Canadian Commercial Corporation, agent of the federal Crown, providing for the purchase by Saudi Arabia of a certain quantity of LAVs to be produced by GDLS.

date du 24 janvier 2017 (2017 CF 84, [2017] 4 R.C.F. 216 [motifs]) rejetant la demande de contrôle judiciaire de l'appelant. Plus particulièrement, la juge concluait que l'appelant ne pouvait s'opposer à la décision du Ministre des Affaires étrangères (le ministre) en date du 8 avril 2016 d'accorder des licences d'exportation vers le Royaume de l'Arabie saoudite (l'Arabie saoudite) pour des véhicules blindés légers (VBL). Les VBL se retrouvent sur la *Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée*, DORS/89-202 (la Liste), établie par le Gouverneur en conseil en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19 (la LLEI). Il est important de souligner qu'en vertu de l'article 13 de la LLEI, l'exportation des VBL ne peut se faire sans l'obtention d'une licence du ministre.

[2] L'appelant soutient qu'en raison de la LLEI, du *Manuel des contrôles à l'exportation* (Affaires mondiales Canada, août 2017) (le Manuel) et des obligations internationales du Canada, le ministre se devait de refuser l'octroi desdites licences d'exportation puisqu'il existait un risque raisonnable que les VBL soient utilisés par l'Arabie saoudite contre des populations civiles, en particulier au Yémen.

[3] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel devrait être rejeté. Plus particulièrement, je suis d'avis que la juge n'a commis aucune erreur justifiant notre intervention et je partage entièrement les motifs qu'elle énonce au soutien de sa conclusion de rejeter la demande de contrôle judiciaire de l'appelant.

II. Contexte factuel

[4] General Dynamics Land Systems — Canada Corporation (GDLS) est une compagnie basée à London, dans la province de l'Ontario, qui fabrique de l'équipement militaire dont les produits les plus recherchés sont les VBL. En 2014, une entente intervient entre l'Arabie saoudite et la Corporation commerciale canadienne, mandataire de la Couronne fédérale. L'entente prévoit l'achat par l'Arabie saoudite d'une certaine quantité de VBL devant être fabriqués par GDLS.

[5] On April 8, 2016, the Minister approved the issuance of six permits for the export to Saudi Arabia of LAVs produced by GDLS. The Minister based his decision on a recommendation from the Deputy Minister of Foreign Affairs dated March 21, 2016.

[6] The Minister's decision to approve the export of LAVs to Saudi Arabia was debated extensively in certain sectors of the Canadian community in view of alleged violations of international humanitarian law and human rights by Saudi Arabia in relation to conflicts in which it is involved.

[7] On March 21, 2016, the appellant filed an application for judicial review before the Federal Court. This application was subsequently amended on April 21, 2016, in response to the Minister's decision of April 8, 2016.

III. Legal framework

[8] The structure providing the basis of the Minister's decision includes both legislative and regulatory instruments as well as less formal tools intended to guide the decision-making process. In the light of this regime's complexity, I will review the instruments constituting the legislative framework in this case before moving on to the Federal Court decision and my analysis.

[9] In short, the authority to issue export permits is provided for in the EIPA (*Export and Import Permits Act*), which makes reference to the List (*Export Control List*), the content of which is specified in *A Guide to Canada's Export Controls* (Global Affairs Canada, December 2015). The whole process is guided by the Handbook (*Export Controls Handbook*), which channels the Minister's implementation of the statutory regime. In addition to those instruments, there are various international conventions to which Canada is party and which are relevant in this case.

[5] Le 8 avril 2016, le ministre approuve l'octroi de six licences pour l'exportation de VBL produits par GDLS vers l'Arabie saoudite. La décision du ministre fut prise sur la recommandation du sous-ministre des Affaires étrangères émise le 21 mars 2016.

[6] La décision du ministre approuvant l'exportation des VBL vers l'Arabie saoudite a fait couler beaucoup d'encre dans certains milieux de la communauté canadienne en raison d'allégués concernant des violations du droit international humanitaire et des droits de la personne par l'Arabie saoudite dans le cadre de conflits dans lesquels elle est impliquée.

[7] Le 21 mars 2016, l'appelant a déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Cette demande, par la suite, fut amendée le 21 avril 2016 en raison de la décision du ministre rendue le 8 avril 2016.

III. Cadre législatif

[8] La structure dans laquelle s'insère la décision du ministre regroupe à la fois des instruments législatifs et réglementaires ainsi que des outils moins formels dont le rôle est de guider le processus décisionnel. Étant donné la complexité du régime, je passerai ici en revue les documents qui font partie du cadre législatif en l'instance avant d'aborder la décision de la Cour fédérale et mon analyse.

[9] En bref, l'autorité d'émettre des licences d'exportation est prévue à la LLEI (*Loi sur les licences d'exportation et d'importation*), qui renvoie à la Liste (*Liste des marchandises et de technologies d'exportation contrôlée*), dont le contenu est énuméré au *Guide de la Liste des marchandises et technologies d'exportation contrôlée du Canada* (Affaires mondiales Canada, décembre 2015). Le tout est guidé par le Manuel (*Manuel des contrôles à l'exportation*), qui oriente la mise en branle du régime législatif par le ministre. S'ajoutent à ces instruments diverses conventions internationales auxquelles le Canada est partie et qui sont d'une pertinence en l'instance.

[10] The purpose of the regime provided for in the EIPA is to enable the federal government to regulate and control the export and import of certain goods and technology according to Canada's economic, political and military interests. The object of this regime is set out in sections 3 and 7 of the EIPA, which grant the Minister broad discretion with respect to the issuance of permits:

Export control list of goods and technology

3 (1) The Governor in Council may establish a list of goods and technology, to be called an Export Control List, including therein any article the export or transfer of which the Governor in Council deems it necessary to control for any of the following purposes:

(a) to ensure that arms, ammunition, implements or munitions of war, naval, army or air stores or any articles deemed capable of being converted thereinto or made useful in the production thereof or otherwise having a strategic nature or value will not be made available to any destination where their use might be detrimental to the security of Canada;

(b) to ensure that any action taken to promote the further processing in Canada of a natural resource that is produced in Canada is not rendered ineffective by reason of the unrestricted exportation of that natural resource;

(c) to limit or keep under surveillance the export of any raw or processed material that is produced in Canada in circumstances of surplus supply and depressed prices and that is not a produce of agriculture;

(c.1) [Repealed, 1999, c. 31, s. 88]

(d) to implement an intergovernmental arrangement or commitment;

(e) to ensure that there is an adequate supply and distribution of the article in Canada for defence or other needs; or

(f) to ensure the orderly export marketing of any goods that are subject to a limitation imposed by any country or customs territory on the quantity of the goods that, on importation into that country or customs territory in

[10] Le régime de la LLEI a pour but de permettre au gouvernement fédéral de réglementer et de contrôler l'exportation et l'importation de certaines marchandises et technologies en fonction des intérêts économiques, politiques et militaires du Canada. L'objet de ce régime appert des articles 3 et 7 de la LLEI, lesquels accordent une large discrétion au ministre relativement à l'octroi de licences :

Liste : exportation contrôlée

3 (1) Le gouverneur en conseil peut dresser une liste des marchandises et des technologies dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'exportation ou le transfert à l'une ou plusieurs des fins suivantes :

a) s'assurer que des armes, des munitions, du matériel ou des armements de guerre, des approvisionnements navals, des approvisionnements de l'armée ou des approvisionnements de l'aviation, ou des articles jugés susceptibles d'être transformés en l'un de ceux-ci ou de pouvoir servir à leur production ou ayant d'autre part une nature ou valeur stratégiques, ne seront pas rendus disponibles à une destination où leur emploi pourrait être préjudiciable à la sécurité du Canada;

b) s'assurer que les mesures prises pour favoriser la transformation au Canada d'une ressource naturelle d'origine canadienne ne deviennent pas inopérantes du fait de son exportation incontrôlée;

c) limiter, en période de surproduction et de chute des cours, les exportations de matières premières ou transformées d'origine canadienne, sauf les produits agricoles, ou en conserver le contrôle;

c.1) [Abrogé, 1999, ch. 31, art. 88]

d) mettre en œuvre un accord ou un engagement intergouvernemental;

e) s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article en quantité suffisante pour répondre aux besoins canadiens, notamment en matière de défense;

f) assurer la commercialisation ordonnée à l'exportation de toute marchandise soumise à une limitation de la quantité de marchandise pouvant être importée dans un pays ou un territoire douanier qui, au moment

any given period, is eligible for the benefit provided for goods imported within that limitation.

...

Export permits

7 (1) Subject to subsection (2), the Minister may issue to any resident of Canada applying therefore a permit to export or transfer goods or technology included in an Export Control List or to export or transfer goods or technology to a country included in an Area Control List, in such quantity and of such quality, by such persons, to such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations.

Security considerations

(1.01) In deciding whether to issue a permit under subsection (1), the Minister may, in addition to any other matter that the Minister may consider, have regard to whether the goods or technology specified in an application for a permit may be used for a purpose prejudicial to

(a) the safety or interests of the State by being used to do anything referred to in paragraphs 3 (1) (a) to (n) of the Security of Information Act; or

(b) peace, security or stability in any region of the world or within any country. [My emphasis.]

[11] The List, meanwhile, provides as follows:

2 The following goods and technology, when intended for export to the destinations specified, are subject to export control for the purposes set out in section 3 of the *Export and Import Permits Act*:

(a) goods and technology referred to in Groups 1, 2, 6, and 7 of the schedule, except for goods and technology set out in items 2-1, 2-2.a. and 2-2.b., 2-3, 2-4.a., 6-1, 6-2, 7-2, 7-3, 7-12 and 7-13 of the Guide, that are intended for export to any destination other than the United States;

[12] The Guide, mentioned in paragraph 2(a) of the List, establishes multiple categories of goods and technology whose export is controlled under the List. LAVs

de son importation dans ce pays ou territoire douanier dans une période donnée, est susceptible de bénéficier du régime préférentiel prévu dans le cadre de cette limitation.

[...]

Licences d'exportation

7 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence autorisant, sous réserve des conditions prévues dans la licence ou les règlements, notamment quant à la quantité, à la qualité, aux personnes et aux endroits visés, l'exportation ou le transfert des marchandises ou des technologies inscrites sur la liste des marchandises d'exportation contrôlée ou destinées à un pays inscrit sur la liste des pays visés.

Prise en considération de certains facteurs

(1.01) Pour décider s'il délivre la licence, le ministre peut prendre en considération, notamment, le fait que les marchandises ou les technologies mentionnées dans la demande peuvent être utilisées dans le dessein :

a) de nuire à la sécurité ou aux intérêts de l'État par l'utilisation qui peut en être faite pour accomplir l'une ou l'autre des actions visées aux alinéas 3(1)a) à n) de la Loi sur la protection de l'information;

b) de nuire à la paix, à la sécurité ou à la stabilité dans n'importe quelle région du monde ou à l'intérieur des frontières de n'importe quel pays. [Mon soulignement.]

[11] La Liste, quant à elle, prévoit ce qui suit :

2 Les marchandises et technologies ci-après, lorsqu'elles sont destinées à l'exportation vers les destinations précitées, sont assujetties à un contrôle d'exportation aux fins visées à l'article 3 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* :

a) les marchandises et technologies des groupes 1, 2, 6 et 7 de l'annexe, sauf celles visées à l'article 2-1, aux alinéas 2-2.a. et 2-2.b., à l'article 2-3, à l'alinéa 2-4.a. et aux articles 6-1, 6-2, 7-2, 7-3, 7-12 et 7-13 du Guide, qui sont destinées à l'exportation vers toute destination autre que les États-Unis;

[12] Le Guide, mentionné à l'alinéa 2a) de la Liste, établit plusieurs catégories de marchandises et de technologies dont l'exportation est contrôlée en vertu de la

fall under category 2-6, “Ground vehicles and components”, which are listed under group 2, “Munitions List”, in the Guide. LAVs have been included on the List since at least 1954.

[13] In its introduction, the Guide indicates that it “includes military ... goods and technology ... that are controlled pursuant to Canada’s commitments made in multilateral export control regimes, bilateral agreements, as well as certain unilateral controls.” Military equipment such as LAVs may consequently be included on the List pursuant to paragraph 3(1)(a) of the EIPA so that the government can ensure that these goods are not exported to a country or region where their use might be detrimental to the security of Canada. Furthermore, under paragraph 3(1)(d) of the EIPA, these goods may be included on the List to implement an intergovernmental arrangement or commitment. These arrangements include the Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies that was reached at the Plenary Meeting in Vienna, Austria held on July 11 and 12, 1996 and amended by WA-LIST (15) 1 Corr. 1 at the Plenary Meeting in Vienna, Austria held on December 2 and 3, 2015 (Wassenaar Arrangement) [section 1 of the List]. The objectives of this arrangement include the promotion of transparency and accountability in relation to weapon transfers.

[14] The tool constituting the framework of application of the EIPA, the List and its Guide is the Handbook, which concerns the export of military products to countries that pose a threat to Canada or its allies, are involved in hostilities, are under United Nations Security Council sanctions or whose governments commit human rights violations (Handbook, page 54). Indeed, the Handbook provides further that the objectives of export controls are to ensure that exports of certain goods are consistent with Canada’s foreign and defence policies (Handbook, page 6). At paragraph 35 of her reasons, the Judge discusses the Handbook in the following terms:

Liste. Les VBL sont donc compris dans la catégorie 2-6, soit les « Véhicules terrestres et leurs composants » que l’on retrouve au groupe 2 du Guide, soit la « Liste de matériel de guerre ». Les VBL apparaissent sur la Liste depuis au moins 1954.

[13] Le Guide précise à son introduction qu’il « comprend les marchandises et technologies militaires [...] contrôlées en vertu des engagements pris par le Canada dans le cadre de régimes multilatéraux de contrôle des exportations, d’accords bilatéraux, ainsi que de certains contrôles unilatéraux ». Par conséquent, les équipements militaires, tels les VBL, peuvent être inscrits sur la Liste en vertu de l’alinéa 3(1)a) de la LLEI afin que le gouvernement puisse s’assurer que ces marchandises ne seront pas exportées vers un pays ou une région où leur emploi pourrait être préjudiciable à la sécurité du Canada. En outre, ces marchandises pourront apparaître sur la Liste afin de mettre en œuvre un accord ou un engagement intergouvernemental en vertu de l’alinéa 3(1)d) de la LLEI. Parmi ces accords, on retrouve notamment l’Accord de Wassenaar (Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, conclu à la réunion plénière tenue à Vienne en Autriche, les 11 et 12 juillet 1996 et modifié à la réunion plénière tenue au même endroit, les 2 et 3 décembre 2015, par le document WA-LIST (15) 1 Corr. 1) [article 1 de la Liste]. Cet accord a notamment pour but d’encourager la transparence et la responsabilisation dans le cadre de transferts d’armes.

[14] L’outil qui encadre la mise en pratique de la LLEI, la Liste et son Guide est le Manuel. Ce dernier concerne l’exportation de produits militaires vers les pays qui constituent une menace pour le Canada ou ses alliés, qui participent à des hostilités, qui font l’objet d’une sanction du Conseil de sécurité de l’ONU [Organisation des Nations Unies], ou dont les gouvernements commettent des violations aux droits de la personne (Manuel, aux pages 72 et 73). En effet, le Manuel prévoit que les contrôles à l’exportation ont pour but d’assurer que l’exportation de certaines marchandises soit conforme à la politique étrangère et à la politique canadienne en matière de défense (Manuel, à la page 10). Au paragraphe 35 de ses motifs, la juge discute le Manuel dans les termes suivants :

The legislation is supplemented by one main administrative tool, the *Export Controls Handbook* (Foreign Affairs, Trade and Development Canada, revised June 2015) (the Handbook). The Handbook describes as follows the factors to consider before issuing an export permit (section F.5):

With respect to military goods and technology, Canadian export control policy has, for many years, been restrictive. Under present policy guidelines set out by Cabinet in 1986, Canada closely controls the export of military items to:

- countries which pose a threat to Canada and its allies;
- countries involved in or under imminent threat of hostilities;
- countries under United Nations Security Council sanctions; or

countries whose governments have a persistent record of serious violations of the human rights of their citizens, unless it can be demonstrated that there is no reasonable risk that the goods might be used against the civilian population. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[15] I also reproduce the excerpts from the Handbook cited by the appellant at page 8 of his memorandum of fact and law:

[TRANSLATION] Information contained in this Handbook includes: how to obtain the necessary permits for the export or transfer of controlled items and how to comply with the requirements of the *Export and Import Permits Act* and its related regulations (page 1).

The main objective of export controls is to ensure that exports of certain goods and technology are consistent with Canada's foreign and defence policies. Among other policy goals, export controls seek to ensure that exports from Canada:

- do not cause harm to Canada and its allies;
- do not undermine national or international security;

La loi est complétée par un principal outil administratif, soit le *Manuel des contrôles à l'exportation* (Affaires étrangères, Commerce et Développement Canada, révisé en juin 2015) (le Manuel). Quant aux facteurs à considérer avant l'octroi d'une licence d'exportation, le Manuel énonce [à la section F.5] :

En ce qui a trait aux produits et aux technologies militaires, la politique canadienne des contrôles à l'exportation est restrictive depuis longtemps. En vertu des lignes directrices actuelles établies par le Cabinet en 1986, le Canada contrôle étroitement l'exportation de produits militaires vers les pays :

- qui constituent une menace pour le Canada et ses alliés ;
- qui participent à des hostilités ou qui sont sous la menace d'hostilités ;
- qui sont frappés d'une sanction du Conseil de sécurité des Nations Unies ;
- dont les gouvernements commettent constamment de graves violations des droits de la personne contre leurs citoyens, à moins que l'on ne puisse prouver que les produits ne risquent pas d'être utilisés contre la population civile. [Mon soulignement; notes omises.]

[15] Je reproduis aussi l'extrait du Manuel cité par l'appelant à la page 8 de son mémoire des faits et du droit, qui se lit comme suit :

Ce manuel contient des renseignements quant à la façon d'obtenir les licences nécessaires pour exporter ou transférer des marchandises contrôlées et quant à la façon de satisfaire aux exigences de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* et aux règlements qui s'y rattachent (page 3).

Les contrôles à l'exportation visent principalement à faire en sorte que l'exportation de certaines marchandises et technologies soit conforme à la politique étrangère et à la politique en matière de défense du Canada. Ces contrôles ont notamment pour objectifs stratégiques d'assurer que les exportations depuis le Canada :

- ne nuisent pas au Canada et à ses alliés;
- ne portent pas atteinte à la sécurité nationale ou internationale;

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • do not contribute to national or regional conflicts or instability; • do not contribute to the development of nuclear, biological or chemical weapons of mass destruction, or of their delivery systems; • are not used to commit human rights violations; and • are consistent with existing economic sanctions' provisions (page 6). [Emphasis in the original.] | <ul style="list-style-type: none"> • n'engendrent pas d'instabilité ou des conflits nationaux ou régionaux; • ne contribuent pas au développement d'armes chimiques, biologiques ou nucléaires de destruction massive ou de leurs vecteurs; • ne sont pas utilisées pour commettre des violations des droits de la personne; • sont compatibles avec les dispositions en vigueur imposant des sanctions économiques (page 10). [Soulignement dans l'original.] |
|---|--|

[16] It is also important to note that, as indicated by the respondent at paragraph 40 of its memorandum of fact and law, the Handbook essentially reproduces the "Export Controls Policy" issued by the government in 1986 (appeal record, Vol. 1, page 118), also referred to as the *Guidelines for Exports of Military and Strategic Goods* (the Guidelines). I reproduce the excerpts from the Guidelines cited by the appellant at pages 7 and 8 of his memorandum of fact and law:

[TRANSLATION]

The Minister noted that the government will no longer issue permits to export military equipment to countries where the government has seriously and repeatedly violated the rights of citizens, unless it can be demonstrated that there is no reasonable risk that the military equipment will be used against the civilian population. In keeping with the new policy concerning countries with a record of serious human rights violations, it is clearly up to the exporter to prove "that there is no reasonable risk."

...

The Minister indicated that the government will closely control the export of military goods and technology to countries:

- 1) that pose a threat to Canada and its allies;
- 2) that are involved in or under imminent threat of hostilities;
- 3) that are under United Nations Security Council sanctions; or

[16] Par ailleurs, il est important de souligner que le Manuel, tel que l'indique l'intimée au paragraphe 40 de son mémoire des faits et du droit, reproduit essentiellement la « Politique du contrôle des exportations » émise par le gouvernement en 1986 (dossier d'appel, vol. 1, à la page 118), laquelle est aussi connue sous le nom de *Lignes directrices concernant les exportations de matériel militaire et stratégique* (les Lignes Directrices). Je reproduis les extraits des Lignes Directrices cités par l'appelant aux pages 7 et 8 de son mémoire des faits et du droit :

Le ministre a souligné que le gouvernement n'émettra plus de licence pour l'exportation d'équipement militaire à destination de pays où les droits des citoyens font l'objet de violations sérieuses et répétées de la part du gouvernement; à moins qu'il puisse être démontré qu'il n'y a aucun risque raisonnable que l'équipement militaire soit utilisé contre la population civile. Suivant la nouvelle politique au sujet des pays sujets à de graves difficultés sur le plan des droits de la personne, il est clair que c'est l'exportateur qui aura la tâche de prouver « qu'il n'y a aucun risque raisonnable. »

[...]

Le ministre a indiqué que le gouvernement exercera un contrôle rigoureux sur les exportations de matériel et de technologie militaires à destination :

- 1) des pays qui constituent une menace pour le Canada et ses alliés;
- 2) des pays engagés dans des hostilités ou sur qui pèse un danger imminent de conflit;
- 3) des pays faisant l'objet de sanctions du Conseil de sécurité des Nations Unies; et

- 4) whose governments have a persistent record of serious violations of the human rights of their citizens, unless it can be demonstrated that there is no reasonable risk that the goods might be used against the civilian population. [Emphasis in the original.]

[17] Both the Guidelines and the Handbook are aimed at regulating the control of exports of goods included in the List without entirely prohibiting their export. It is also important to note that both the Guidelines and the *Report on Exports of Military Goods from Canada* (Canada, Global Affairs, 2012–2013) (the Report) state the economic importance of the Canadian defence industry and the exports that it generates. Page 2 of the Report, which is cited in the appeal record, Vol. 1, page 158, reads as follows:

Canada's defence industry makes a valuable contribution to the nation's prosperity and employs tens of thousands of Canadians. It develops high-technology products and is closely integrated with counterparts in allied countries. Export controls are not meant to hinder international trade unnecessarily but to regulate and impose certain restrictions on exports in response to clear policy objectives, described above. Canada's defence industry provides the Canadian Forces, as well as the armed forces of our allies, with the equipment, munitions and spare parts necessary to meet operational needs, including requirements for combat and peacekeeping missions. As stated in the United Nations Charter, all states share a right to legitimate self-defence. [Emphasis added.]

[18] I also reproduce the excerpt from the Report cited by the appellant at page 9 of his memorandum of fact and law:

Canada has some of the strongest export controls in the world. A key priority of Canada's foreign policy is the maintenance of peace and security. To this end, the Government of Canada strives to ensure that Canadian military exports are not prejudicial to peace, security or stability in any region of the world or within any country. (page 1)

- 4) des pays où les droits des citoyens font l'objet de violations sérieuses et répétées de la part du gouvernement, à moins qu'il ne puisse être démontré qu'il n'y a aucun risque raisonnable que le matériel soit utilisé contre la population civile. [Soulignement dans l'original.]

[17] Tant les Lignes Directrices que le Manuel visent à encadrer le contrôle de l'exportation de marchandises inscrites à la Liste, sans pour autant interdire leur exportation. Il est aussi important de souligner que les Lignes Directrices ainsi que le *Rapport sur les exportations de marchandises militaires du Canada* (Canada, Affaires mondiales, 2012–2013) (le Rapport) font état de l'importance économique de l'industrie canadienne de la défense et des exportations qui en résultent. À la page 2 du Rapport, reproduit au dossier d'appel, vol. 1, à la page 158, on peut lire ce qui suit :

L'industrie canadienne de la défense contribue de façon appréciable à la prospérité du pays et emploie des dizaines de milliers de Canadiens. Elle fabrique des produits de haute technologie et entretient des liens étroits avec ses homologues de pays alliés. Les contrôles à l'exportation ne visent pas à entraver inutilement le commerce international, mais plutôt à appliquer une réglementation et à imposer certaines restrictions aux exportations en fonction des objectifs politiques clairs décrits ci-dessus. L'industrie canadienne de la défense fournit aux Forces armées du Canada ainsi qu'aux forces armées de nos alliés le matériel, les munitions et les pièces de rechange dont elles ont besoin pour répondre à leurs besoins opérationnels, y compris, pour les missions de combat et de maintien de la paix. Comme l'indique la Charte des Nations Unies, tous les États ont le droit légitime de se défendre. [Mon soulignement.]

[18] Je reproduis aussi l'extrait du Rapport cité par l'appelant à la page 9 de son mémoire des faits et du droit :

Les contrôles à l'exportation mis en place par le Canada sont parmi les plus rigoureux au monde. Le maintien de la paix et de la sécurité sont des objectifs prioritaires de la politique étrangère du Canada. Ainsi, le gouvernement du Canada s'efforce de veiller à ce que les exportations de marchandises militaires du Canada ne nuisent pas à la paix, à la sécurité ou à la stabilité dans n'importe quelle région du monde ou à l'intérieur de n'importe quel pays. (page 1)

Once an application to export goods or technology has been received, wide-ranging consultations are held among human rights, international security and defence-industry experts at DFATD (including those residents at Canada's overseas diplomatic missions), the Department of National Defence and, as necessary, other government departments and agencies. Through such consultations, each export permit application is assessed for its consistency with Canada's foreign and defence policies. Regional peace and stability, including civil conflict and human rights, are actively considered (page 2). [Emphasis in the original.]

Au moment où un exportateur soumet une demande d'exportation de marchandises ou de technologies, des consultations vastes et approfondies sont menées auprès de spécialistes des droits de la personne, de la sécurité internationale et de l'industrie de la défense au MAECD (y compris ceux qui sont affectés dans les missions diplomatiques du Canada à l'étranger), au ministère de la Défense nationale et, au besoin, dans d'autres ministères et organismes. Dans le cadre de ces consultations, on vérifie la conformité de la demande de licence d'exportation avec les principes du Canada en matière de politique étrangère et de défense. On étudie attentivement les considérations relatives à la paix et à la sécurité régionales, notamment les conflits civils et les droits de la personne (page 2). [Soulignement dans l'original.]

[19] Finally, according to the appellant, in addition to the Wassenaar Arrangement mentioned above, other international obligations influence Canada's decisions concerning the issuance of permits, among them the Geneva Conventions of 1949 (*Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949*, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 31; *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949*, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 85; *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 135; *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949*, [1965] Can. T.S. No. 20, 75 U.N.T.S. 287) (Geneva Conventions). They provide as follows:

Article 1

The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.

...

Article 3

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

...

[19] Enfin, selon l'appelant, outre l'Accord de Wassenaar mentionné plus haut, d'autres obligations internationales pèsent sur le Canada dans sa décision d'émettre des licences, y compris les conventions de Genève de 1949 (*Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949*, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 31; *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949*, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 85; *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 135; *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949*, 75 R.T.N.U. 287, [1965] R.T. Can. n° 20, 75 R.T.N.U. 287) (conventions de Genève). Elles prévoient ce qui suit :

Article 1

Les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances.

[...]

Article 3

En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

[...]

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

[20] The Geneva Conventions are approved under Canadian law by the *Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3 (GCA) as follows:

[20] Les conventions de Genève sont approuvées en droit canadien par la *Loi sur les conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3 (LCG) en ces termes :

Conventions approved

Approbation des conventions

2 (1) The Geneva Conventions for the Protection of War Victims, signed at Geneva on August 12, 1949 and set out in Schedules I to IV, are approved.

2 (1) Sont approuvées les conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre, signées à Genève le 12 août 1949 et reproduites aux annexes I à IV.

[21] Such is the statutory regime in force at the time of the Minister's decision of April 8, 2016.

[21] Voilà donc le régime législatif en place lorsque le ministre rend sa décision le 8 avril 2016.

IV. Federal Court decision

IV. Décision de la Cour fédérale

[22] First, the Judge concluded that the standard of review applicable to the Minister's decision was that of reasonableness, adapted to the specific context in which the Minister's discretion was exercised. In her opinion, this context included the objectives of the EIPA, Canada's domestic and international interests, and the Minister's expertise in international relations and human rights (reasons, at paragraph 25).

[22] En premier lieu, la juge conclut que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre est celle de la décision raisonnable, adaptée au contexte particulier dans lequel la discrétion du ministre fut exercée. Elle est d'avis que ce contexte inclut les objectifs de la LLEI, les intérêts nationaux et internationaux du Canada, l'expertise du ministre en matière de relations internationales ainsi que les droits de la personne (motifs, au paragraphe 25).

[23] Next, the Judge acknowledged the appellant's role in terms of acting in the public interest but concluded that he could not raise issues of procedural fairness since he was not affected directly by the decision (reasons, at paragraph 32).

[23] La juge reconnaît ensuite à l'appelant la qualité d'agir dans l'intérêt public, mais conclut qu'il ne peut soulever des questions d'équité procédurale étant donné qu'il n'est pas directement touché par la décision (motifs, au paragraphe 32).

[24] The Judge then considered the Minister's decision to issue permits for the export of LAVs to Saudi Arabia. She concluded that the Minister did not commit a reviewable error.

[24] La juge se penche ensuite sur la décision du ministre d'octroyer des licences d'exportation pour les VBL vers l'Arabie saoudite. Elle conclut que le ministre n'a commis aucune erreur révisable.

[25] The Judge first examined the regulatory framework established by the EIPA concerning the Minister's decision. The Judge found that the Minister had broad discretion: "the Minister remains free to issue an export permit if he concludes that it is in Canada's interest to do so, considering the relevant factors" (reasons, at paragraph 40). At the outset, she noted that neither the EIPA nor the Handbook contains any export prohibitions

[25] D'abord, la juge examine le cadre réglementaire établi par la LLEI entourant la décision du ministre. La juge estime que la discrétion du ministre est large : « le ministre reste libre d'accorder une licence d'exportation s'il conclut qu'il est dans l'intérêt du Canada de le faire en considérant les facteurs pertinents » (motifs, au paragraphe 40). D'emblée, elle remarque qu'il n'existe aucune interdiction d'exportation à la LLEI ni au Manuel

(reasons, at paragraph 41). After reviewing the Minister's decision, the Judge found that he had considered the factors relevant to his decision and had the necessary expertise to assess the risk that the goods might be used against civilians (reasons, at paragraphs 42 and 45). In the Judge's opinion, there was nothing in this regard in the Guidelines to fetter the Minister's discretionary power since the Guidelines are not binding (reasons, at paragraphs 46–49). The Judge concluded that the Minister had taken into consideration Canada's security and trade interests, that these factors were neither irrelevant nor extraneous and that he had considered the conflict in Yemen (reasons, at paragraphs 51, 54).

[26] The Judge concluded this portion of her analysis by stating that the scope of her power was limited to ascertaining that the Minister's discretion had been exercised in good faith on the basis of the relevant considerations. Insofar as it was so exercised, the Court could not intervene (reasons, at paragraph 55).

[27] The Judge then moved on to Canada's international obligations. First, she accepted the respondent's position according to which a treaty that does not confer any rights on individuals—as is the case in Common Article 1 of the Geneva Conventions—cannot be applicable even if it has been incorporated into domestic law (reasons, at paragraph 58).

[28] With respect to the authority of the Geneva Conventions under Canadian law, the Judge noted that such agreements must generally “be endorsed by Parliament and expressly integrated into Canadian law in order to have force of law” (reasons, at paragraph 60). As such, approval of the Geneva Conventions in section 2 of the GCA does not necessarily amount to their incorporation into Canadian law (reasons, at paragraph 63). Although Parliament incorporated the serious offences provisions of the Geneva Conventions (section 3 GCA), by appending the Conventions, Parliament did not necessarily intend to implement the document in its entirety (reasons, at paragraph 62).

[29] Without ruling on the issue, the judge noted, however, that if an international rule does not require

(motifs, au paragraphe 41). Après avoir passé en revue la décision du ministre, la juge estime qu'il a considéré les facteurs pertinents à sa décision et qu'il détient l'expertise nécessaire pour évaluer le risque que le matériel en question soit employé contre des civils (motifs, aux paragraphes 42 et 45). À ce titre, les Lignes Directrices ne sauraient, selon la juge, restreindre le pouvoir discrétionnaire du ministre puisqu'elles n'ont pas force de loi (motifs, aux paragraphes 46 à 49). La juge en conclut que le ministre s'est fondé sur les intérêts du Canada en matière de sécurité et ses intérêts commerciaux, que ces facteurs ne constituent pas des considérations inappropriées, et qu'il a dûment considéré le conflit au Yémen (motifs, aux paragraphes 51, 54).

[26] La juge conclut cette partie de son analyse en énonçant que la portée de son contrôle se limite à s'assurer que le pouvoir discrétionnaire du ministre a été exercé de bonne foi en fonction des considérations pertinentes. Ce seuil étant atteint, il n'y a pas motif à intervention (motifs, au paragraphe 55).

[27] La juge se tourne ensuite vers les obligations internationales du Canada. D'abord, elle adopte la position de l'intimée selon laquelle un traité qui ne confère pas de droits aux individus, comme c'est le cas de l'article premier commun des conventions de Genève, ne saurait s'appliquer même lorsqu'il est incorporé au droit interne (motifs, au paragraphe 58).

[28] En ce qui concerne le statut des conventions de Genève en droit canadien, la juge note que de tels accords doivent normalement recevoir «l'aval du Parlement et être expressément intégré[s] au droit canadien pour avoir force de loi» (motifs, au paragraphe 60). Ainsi, l'approbation des conventions de Genève à l'article 2 de la LCG ne constitue pas forcément une incorporation au droit canadien (motifs, au paragraphe 63). Même si le Parlement a incorporé les dispositions des conventions de Genève relatives aux infractions graves (article 3 LCG), le fait d'avoir annexé les conventions ne signifie pas forcément que le législateur avait l'intention de mettre en œuvre le document en entier (motifs, au paragraphe 62).

[29] Sans se prononcer sur la question, la juge note cependant que si une règle internationale n'exige pas

a modification of domestic law, Canada's treaty obligations—notably Common Article 1 of the Geneva Conventions—may be incorporated into Canadian law by administrative means (reasons, at paragraph 63).

[30] This being said, the Judge determined that in any event, since the only armed conflict referred to—that in Yemen—is not an international armed conflict, it is not Common Article 1 of the Geneva Conventions that applies but rather Common Article 3 (reasons, at paragraph 67). She makes reference to the doctrine according to which that since Canada is not directly involved in the Yemeni conflict, limits on arms trade do not apply to it, since they apply only to states that are already involved in an armed conflict. Citing the testimony of the international law experts brought forward by the parties, notably professor Éric David for the appellant and professor Michael Schmitt for the respondent, the Judge held that Common Article 1 of the Geneva Conventions does not impose any obligations on the signatory states with respect to non-international conflicts (reasons, at paragraph 74). In this regard, the Judge concluded that it is up to the executive, rather than the courts, to make decisions regarding international relations and that the Court could not intervene even if Common Article 1 did apply in this case (reasons, at paragraph 75).

[31] In paragraph 76 of her reasons, the Judge concluded as follows:

The provisions of the EIPA confer a broad discretionary power on the Minister over the assessment of the relevant factors relating to the granting of export permits for goods on the Export Control List. In the impugned decision, the Minister considered the economic impact of the proposed export, Canada's national and international security interests, Saudi Arabia's human rights record and the conflict in Yemen before granting the export permits, thereby respecting the values underlying the Conventions. The role of the Court is not to pass moral judgment on the Minister's decision to issue the export permits but only to make sure of the legality of such a decision. Of course, his broad discretion would have allowed him to deny the permits. However, the Court is of the opinion that the Minister considered the relevant

une modification du droit interne, il est possible que les obligations conventionnelles du Canada — notamment l'article premier commun des conventions de Genève — soient incorporées au droit canadien par voie administrative (motifs, au paragraphe 63).

[30] Cela étant, la juge détermine néanmoins que le seul conflit invoqué, soit celui au Yémen, n'est pas un conflit international, et que ce n'est donc pas l'article premier commun des conventions de Genève qui trouve application, mais bien l'article commun 3 (motifs, au paragraphe 67). Elle reprend la doctrine affirmant que puisque le Canada n'est pas directement impliqué dans le conflit au Yémen, les limites au commerce des armes ne le concernent pas puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux États déjà impliqués dans un conflit armé. En reprenant les témoignages des experts en droit international mis de l'avant par les parties, notamment le professeur Éric David pour l'appelant et le professeur Michael Schmitt pour l'intimée, la juge se dit d'avis que l'article premier commun des conventions de Genève n'impose pas d'obligations aux États signataires dans le cadre de conflits non-internationaux (motifs, au paragraphe 74). Ainsi, la juge est d'avis qu'il appartient au pouvoir exécutif, plutôt qu'aux tribunaux, de prendre les décisions relatives aux relations internationales et que son intervention ne serait pas justifiée, même si l'article premier commun trouvait application (motifs, au paragraphe 75).

[31] Au paragraphe 76 de ses motifs, la juge conclut comme suit :

Les dispositions de la LLEI accordent un large pouvoir discrétionnaire au ministre dans l'évaluation des facteurs pertinents liés à l'octroi de licences d'exportation pour des marchandises contrôlées. Dans la décision contestée, le ministre a tenu compte de l'impact économique de l'exportation proposée, les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et internationale, les antécédents de l'Arabie saoudite en matière de droits fondamentaux, ainsi que le conflit au Yémen avant d'octroyer les licences d'exportation, respectant ainsi les valeurs sous-jacentes aux Conventions. Le rôle de la Cour n'est pas de jeter un regard moral sur la décision du ministre d'émettre les licences d'exportation mais uniquement de s'assurer de la légalité d'une telle décision. Bien sûr, la large discrétion dont il dispose lui aurait

factors. In such a case, it is not open to the Court to set aside the decision.

permis d'en refuser l'émission. Néanmoins, la Cour est d'avis que le ministre a tenu compte des facteurs pertinents. Dans un tel cas, il ne lui est pas loisible de casser la décision.

[32] Therefore, the Judge dismissed the appellant's application for judicial review without costs.

[32] Par conséquent, la juge a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant sans dépens.

V. Issues

1. What is the standard of review?
2. Is the Federal Court's decision reasonable?
 - (i) Did the Judge err in concluding that the Minister exercised his discretion in a reasonable manner?
 - (ii) Did the Judge err by refusing to consider the appellant's argument that the Minister had a closed mind when he made his decision?
 - (iii) Did the Judge err when she rejected the appellant's arguments based on Common Article 1 of the Conventions?

V. Questions en litige

1. Quelle est la norme de contrôle?
2. La décision de la Cour fédérale est-elle raisonnable?
 - i) La juge a-t-elle erré en concluant que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable?
 - ii) La juge a-t-elle erré en refusant de considérer l'argument de l'appelant selon lequel le ministre avait l'esprit fermé au moment de prendre sa décision?
 - iii) La juge a-t-elle erré en rejetant les arguments de l'appelant fondés sur l'article premier commun des Conventions?

VI. Analysis

1. *Standard of review*

[33] With regard to the standard of review applicable to the Federal Court decision, this Court must determine whether the Judge correctly identified the appropriate standard of review (in this case, that of reasonableness) and then determine whether she applied it correctly (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraphs 46 and 47). In practical terms for this Court, this means stepping into the shoes of the Federal Court Judge (*Agraira*, at paragraph 46). I agree entirely with the parties that the standard of review applicable to evaluation of the Minister's decision is that of reasonableness.

VI. Analyse

1. *Norme de contrôle*

[33] Quant à la norme de contrôle qui s'impose à la décision de la Cour fédérale, notre Cour doit déterminer si la juge a correctement identifié la norme de contrôle applicable (en l'occurrence, la norme raisonnable) et ensuite déterminer si elle l'a appliquée correctement (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), aux paragraphes 46 et 47). En termes pratiques, il s'agit pour notre Cour de se placer dans les souliers de la juge de la Cour fédérale (*Agraira*, au paragraphe 46). Je suis entièrement d'accord avec les parties que la norme de contrôle qui s'impose à l'évaluation de la décision du ministre est celle de la décision raisonnable.

2. *Is the Federal Court's decision reasonable?*

[34] Before proceeding with my analysis, I find it useful—given its importance to the controversy generated by the appeal—to summarize in greater detail the memorandum submitted to the Minister on March 21, 2016, by Deputy Minister of Foreign Affairs Daniel Jean concerning the export of LAVs by GDLS to Saudi Arabia.

[35] In short, this memorandum addresses three main considerations: Saudi Arabia's military role in the Middle East, Canada's concerns regarding Saudi Arabia's respect for human rights, and the direct and indirect economic advantages created in Canada by the contract between GDLS and Saudi Arabia.

[36] Firstly, the memorandum notes that export permits are generally approved, for all intents and purposes, by Department officials on the Minister's behalf. The memorandum also notes that the Minister's decision is rarely sought, except when the officials cannot reach a consensus or when the recommendation is unfavorable. In some situations, as in this case, the Minister's intervention is requested even though the officials have agreed (memorandum, at paragraph 7).

[37] The memorandum describes GDLS's stature as a global leader specializing in the production of LAVs used by the Canadian Forces and exported around the world. GDLS is a major employer in southern Ontario (GDLS has approximately 2 100 employees in Canada, most of whom work in southern Ontario) and supports a supply chain consisting of nearly 500 small and medium-sized Canadian businesses (memorandum, at paragraph 2).

[38] Since the 1990s, following Iraq's invasion of Kuwait, Canada has been involved in the defence of Saudi Arabia by providing it with access to military equipment to face the threats posed by Iraq, Iran and, more recently, the Islamic State. Since 1993, Canada has issued export permits to GDLS, which is among the preferred

2. *La décision de la Cour fédérale est-elle raisonnable?*

[34] Avant de poursuivre mon analyse, il m'apparaît utile, vu son importance au débat que soulève l'appel, de résumer de façon plus détaillée le memorandum soumis au ministre le 21 mars 2016 par le sous-ministre des Affaires étrangères, M. Daniel Jean, et portant sur l'exportation des VBL de GDLS vers l'Arabie saoudite.

[35] En résumé, le memorandum analyse trois considérations principales, soit le rôle militaire de l'Arabie saoudite dans la région du Moyen-Orient, les préoccupations du Canada à l'égard du respect des droits de la personne par l'Arabie saoudite et les avantages économiques directs et indirects que procurera le contrat entre GDLS et l'Arabie saoudite au Canada.

[36] Le memorandum note d'abord que l'approbation des licences d'exportation se fait généralement, à toutes fins pratiques, par les fonctionnaires du Ministère au nom du ministre. Le memorandum note aussi qu'une décision du ministre n'est qu'exceptionnellement sollicitée, sauf lorsqu'il n'y a pas de consensus parmi les fonctionnaires ou lorsque la recommandation est négative. Dans certaines situations, comme en l'instance, l'intervention du ministre fut demandée malgré l'existence d'un consensus parmi les fonctionnaires (memorandum, au paragraphe 7).

[37] Le memorandum note la stature de GDLS en tant que leader mondial spécialisé dans la production des VBL utilisés par les forces canadiennes et exportés à travers le monde. GDLS est un employeur important dans le sud de l'Ontario (GDLS emploie environ 2 100 employés au Canada, dont la majorité travaille dans le sud de l'Ontario) et supporte une chaîne d'approvisionnement constituée de près de 500 petites et moyennes entreprises canadiennes (memorandum, au paragraphe 2).

[38] Depuis les années 1990, suite à l'invasion du Koweït par l'Iraq, le Canada participe à la défense de l'Arabie saoudite en lui donnant accès à de l'équipement militaire pour contrer les menaces représentées par l'Iraq, l'Iran, et plus récemment, l'État islamique. Depuis 1993, le Canada octroie des licences d'exportation à GDLS, qui

suppliers of military equipment, particularly LAVs. More than 2 900 LAVs were exported to Saudi Arabia between 1993 and 2015, representing nearly 90 percent of the value of Canadian military exports to the country, which total approximately 2.5 billion dollars (memorandum, at paragraph 3). The contract in this case, signed in 2014, is part of this Canadian-Saudi Arabian military history and is valued at approximately 11 billion dollars (memorandum, at paragraph 5).

[39] The following parties reviewed the permit application, and their comments are set out in Annex A of the memorandum: more specifically, within Global Affairs Canada, the Europe and Middle East department, the International Security branch and the International Trade Development branch; the Department of National Defence; and Innovation, Science and Economic Development Canada. All recommended that the permits be approved. I note that a separate, but similar, Memorandum for Action was submitted to the Minister of International Trade for his comments and recommendations on December 21, 2015. None of the entities consulted raised concerns about the export of LAVs (memorandum, at paragraph 8).

[40] In addition, the memorandum addresses the issue of human rights in Saudi Arabia given the violation of democratic and human rights and the discrimination reported about that country. The memorandum notes that Canada maintains a dialogue with Saudi Arabia in that regard and expresses its concerns when necessary (memorandum, at paragraph 9).

[41] Canada, as well as its American and European allies, has maintained a military relationship with Saudi Arabia for a quarter century, which has often taken the form of access to military equipment. From a defence and trade standpoint, GDLS is a major supplier to the Canadian Forces, which will benefit from the economies of scale resulting from the proposed contract. The memorandum also considers the importance of the contract and of LAVs in the effort to fight instability in Yemen. From an economic perspective, the contract will support

figure parmi les fournisseurs de choix d'équipement militaire, particulièrement de VBL. Plus de 2 900 VBL ont été exportés vers l'Arabie saoudite entre 1993 et 2015, ce qui représente près de 90 p. 100 de la valeur des exportations militaires canadiennes vers ce pays, se chiffrant à environ 2.5 milliards de dollars (mémoire, au paragraphe 3). Le contrat en l'espèce, signé en 2014, s'inscrit dans cette tradition militaire canado-saoudienne et est d'une valeur estimée à 11 milliards de dollars (mémoire, au paragraphe 5).

[39] Les parties suivantes ont revu la demande de licences, dont les commentaires sont répertoriés à l'annexe A du mémoire : plus particulièrement, au sein d'Affaires mondiales Canada, le département de l'Europe et du Moyen-Orient, la branche de Sécurité internationale et la branche de Développement commercial international ; le Ministère de la Défense nationale, et ; Innovation, Sciences et Développement économique Canada. Tous recommandent l'approbation des licences. Je note qu'un Memorandum for Action distinct, mais semblable, en date du 21 décembre 2015, avait été soumis au ministre du Commerce international pour ses commentaires et recommandations. Aucune des entités consultées n'a soulevé de préoccupation résultant de l'exportation des VBL (mémoire, au paragraphe 8).

[40] Par ailleurs, le mémoire aborde la question des droits de la personne en Arabie saoudite étant donné la violation de droits démocratiques et humains et la discrimination rapportée dans le pays. Le mémoire note que le Canada maintient un dialogue à cet effet avec l'Arabie saoudite et communique ses préoccupations lorsque nécessaire (mémoire, au paragraphe 9).

[41] Le Canada, ainsi que ses alliés américains et européens, maintiennent une relation militaire avec l'Arabie saoudite depuis un quart de siècle, laquelle se manifeste sous la forme d'accès à de l'équipement militaire. D'un point de vue défensif et commercial, GDLS est un fournisseur important des forces canadiennes, lesquelles bénéficieront des économies d'échelle résultant du contrat envisagé. Le mémoire considère également l'importance que représentent le contrat et les VBL dans l'effort de contrer l'instabilité régnant au Yémen. Selon

thousands of manufacturing jobs in Canada and the Canadian supply chain and industry.

[42] The memorandum concludes that the exports under consideration are consistent with Canada's foreign affairs priorities and the objectives for the country and the area involved. Saudi Arabia does not pose a security threat to Canada or our allies, and is facing legitimate threats to its own safety (at paragraph 14).

[43] More specifically, paragraphs 15 to 18 of the memorandum read as follows:

[TRANSLATION]

15. However, as noted above, Canada has had and continues to have concerns about Saudi Arabia's human rights history. A key consideration in reviewing export permit applications is whether the nature of the goods or technology to be exported lends itself to human rights violations and whether there is a reasonable risk that the goods will be used against the civilian population. The Minister is unaware of any connection between the military equipment in the application and the violation of human and political rights. According to the information provided, we do not think that the proposed exports would be used to violate human rights in Saudi Arabia. Canada has sold thousands of LAVs to Saudi Arabia since the 1990s, and to the best of the Department's knowledge, there have been no incidents where these vehicles have been used to commit human rights violations.

16. In recent months, several articles have appeared in the popular media about Canada's sale of LAVs to Saudi Arabia. One of the questions journalists raise regards the role of Canadian-manufactured LAVs in the 2011 uprising in Bahrain. Saudi Arabia supported Bahrain during those events under the "Peninsula Shield" of the Gulf Cooperation Council. To the best of the Department's knowledge, Saudi troops were posted to protect important buildings and infrastructure and were not involved in the suppression of peaceful protests.

une perspective économique, le contrat supportera des milliers d'emplois manufacturiers au Canada ainsi que la chaîne d'approvisionnement canadienne et l'industrie canadienne.

[42] Le mémorandum conclut que les exportations considérées cadrent avec les priorités du Canada en matière d'affaires étrangères ainsi que les objectifs pour le pays et la région concernés. L'Arabie saoudite ne représente pas une menace à la sécurité du Canada ou celle de nos alliés, et fait face à des menaces légitimes à sa propre sécurité (au paragraphe 14).

[43] Plus particulièrement, aux paragraphes 15 à 18 du mémorandum, on peut lire ce qui suit :

[MA TRADUCTION]

15. Cependant, tel que noté plus haut, le Canada a eu et continue d'avoir des préoccupations relatives aux antécédents de l'Arabie saoudite en ce qui concerne les droits de la personne. Une détermination clé dans l'évaluation des demandes de licences d'exportation est de savoir si la nature des marchandises ou de la technologie dont l'exportation est demandée se prête à des violations des droits de la personne, et s'il existe un risque raisonnable que les marchandises soient utilisées contre la population civile. Le ministère n'a pas connaissance de liens entre les marchandises militaires faisant l'objet de la demande et la violation de droits de la personne et de droits politiques. Selon l'information fournie, nous ne croyons pas que les exportations proposées seraient utilisées pour violer les droits de la personne en Arabie saoudite. Le Canada a vendu des milliers de VBL à l'Arabie saoudite depuis les années 1990, et au meilleur de la connaissance du ministère, il n'existe pas d'incident où ces véhicules ont été utilisés dans la perpétration de violations des droits de la personne.

16. Au cours des derniers mois, plusieurs articles sont parus dans les médias populaires au sujet de la vente par le Canada de VBL à l'Arabie saoudite. Une des questions posées par les journalistes concerne le rôle des VBL fabriqués au Canada dans les perturbations au Bahreïn en 2011. L'Arabie saoudite a soutenu le Bahreïn lors de ces événements sous l'égide du « Peninsula Shield » du Conseil de Coopération du Golfe. Au meilleur de la connaissance du ministère, les troupes saoudiennes furent postées pour protéger des édifices clés et de l'infrastructure clés, et n'ont pas été impliquées dans la suppression de manifestations pacifiques.

17. In recent months, certain NGOs, such as Amnesty International and Human Rights Watch, have criticized the airstrikes made by the coalition led by Saudi Arabia and, to a lesser extent, some of the actions of Houthi/Saleh forces in Yemen. More recently, the UN joined in on the criticism to denounce the high number of civilian deaths. The Final Report of the United Nations Panel of Experts on Yemen, published on February 23, 2016, notes that all the participants in the conflict in Yemen, including Saudi Arabia, committed international humanitarian law violations, namely by intentionally targeting civilians and attacking humanitarian organizations. The Report's allegations about Saudi Arabia concern the use of aerial bombing, shelling and artillery fuses in regions occupied by civilians. The Panel also observed that the coalition provided weapons to resistance forces without taking the necessary measures to ensure the transparency and accountability of troops. They do not suggest that Canadian-manufactured equipment, including LAVs, might have been used in acts violating international humanitarian law. The members of the Panel experienced challenges when preparing the Report and were unable to travel to Yemen to obtain information from direct sources. The coalition led by Saudi Arabia issued an official statement to declare its compliance with the rules of international humanitarian law and human rights laws, as well as the commitment of its military personnel to these rules. Moreover, on January 31, 2016, the coalition led by Saudi Arabia announced the creation of an independent team of specialists to evaluate and verify the incidents of civilian deaths, prepare clear and objective reports on those incidents, make the necessary conclusions, and issue their recommendations on the procedures to put in place in the future to prevent such losses.

18. The media also reported that a Canadian-manufactured weapon (the LRT-3 long-range rifle [sniper rifle]) was photographed in the hands of a Houthi soldier in Yemen. More than 1300 long-range rifles—including hundreds of that model—were exported from Canada to Saudi Arabian military and security forces with valid permits. The Canadian embassy in Riyadh determined that this rifle, as well as other Saudi military equipment, was probably captured by Houthi soldiers during military operations along the border between Saudi Arabia and Yemen. The reports from open sources are to the effect that Houthi/Saleh raids along the Saudi border resulted in over 370 deaths, most of which were among the Royal

17. Au cours des derniers mois, certaines ONG comme Amnistie Internationale et Human Rights Watch ont critiqué les frappes aériennes entreprises par la coalition menée par l'Arabie saoudite et, à moindre mesure, ont critiqué certaines actions des forces Houthi/Saleh au Yémen. Plus récemment, l'ONU a mêlé sa voix aux critiques en raison du haut taux de pertes civiles. Le Rapport final du Groupe d'experts des Nations-Unies sur le Yémen, publié le 23 février 2016, note que tous les participants au conflit au Yémen, y compris l'Arabie saoudite, ont commis des violations du droit international humanitaire, notamment en visant intentionnellement la population civile et en se livrant à des attaques envers des organisations humanitaires. Les allégations que porte le Rapport à l'égard de l'Arabie saoudite concernent l'utilisation de bombardement aérien, de pilonnage d'artillerie sans distinction («*shelling*») et l'utilisation de fusées d'artillerie dans des régions occupées par la population civile. Le Groupe a également observé que la coalition a fourni des armes à des forces de résistance sans adopter les mesures nécessaires pour assurer la transparence ou la responsabilisation des troupes. Il n'est pas suggéré que l'équipement d'origine canadienne, y compris les VBL, pourrait avoir été utilisé dans la perpétration d'actes contraires au droit international humanitaire. Les membres du Groupe ont connu des défis en rédigeant le Rapport et n'ont pas été en mesure de se rendre au Yémen afin d'obtenir de l'information de sources directes. Pour sa part, la coalition menée par l'Arabie saoudite a émis un communiqué affirmant son respect pour les règles du droit international humanitaire et les lois sur les droits de la personne, ainsi que le dévouement de son personnel militaire envers ces règles. De plus, le 31 janvier 2016, la coalition menée par l'Arabie saoudite a annoncé la création d'une équipe indépendante de spécialistes afin d'évaluer et de vérifier les incidents de pertes civiles, de produire des rapports clairs et objectifs de tels incidents, d'en tirer les conclusions nécessaires et d'émettre leurs recommandations au sujet des procédures à prendre à l'avenir afin d'éviter de telles pertes.

18. Les médias ont aussi rapporté qu'une arme de fabrication canadienne (le fusil à longue portée LRT-3 [«*sniper rifle*»]) a été photographiée entre les mains d'un soldat Houthi au Yémen. Plus de 1300 fusils à longue portée — y compris quelques centaines de ce modèle — ont été exportés du Canada à destination des forces saoudiennes militaires et de sécurité, et ce, en vertu de licences valides. L'ambassade canadienne à Riyad a établi que ce fusil, ainsi que d'autres équipements militaires saoudiens, a probablement été capturé par des combattants Houthi lors d'opérations militaires le long de la frontière que partage l'Arabie saoudite avec le Yémen. Les rapports tirés de sources ouvertes indiquent que des raids par les

Saudi Land Forces and border guards, as well as the seizure of equipment, weapons and ammunition. This type of loss of equipment in the battlefield is inevitable given Saudi Arabia's military operations. The Canadian embassy in Riyadh remains in contact with Saudi authorities to facilitate the exchange of information on these losses. [Emphasis added.]

[44] In the light of all these circumstances, the memorandum recommends that the Minister approve and issue the permits for GDLS to export LAVs to Saudi Arabia (memorandum, at paragraph 19).

- (i) Did the Judge err in finding that the Minister exercised his discretion in a reasonable manner?

[45] According to the appellant, the Judge made several errors by concluding as she did. Firstly, by citing the following Supreme Court cases: *Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 SCC 29, [2012] 2 S.C.R. 108; *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 147 D.L.R. (4th) 193 (*Baker* with references to S.C.R.); and *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 (*Kanthisamy*), the appellant submits that the Minister could not simply consider the relevant factors set out in the Handbook. Instead, considering the legislative objectives in the Handbook and Guidelines as well as Canada's obligations under the GCA, the Minister had to give considerable weight to the factors set out in the Handbook. It is submitted that, having failed to give the necessary weight to these factors in making his decision, the Minister rendered an unreasonable decision, and the Judge then erred by confirming it.

[46] Secondly, the appellant is making a distinction between the grounds that warrant the refusal of a permit and those that warrant the issuance of one. In his opinion, the former must take precedence over the latter, and economic and trade considerations are irrelevant

forces Houthi/Saleh le long de la frontière saoudienne ont mené à plus de 370 décès, la plupart des pertes ayant été subies par les forces terrestres royales de l'Arabie saoudite et les gardes de la frontière, entraînant aussi la capture d'équipement, d'armes et de munitions. Ce type de perte d'équipement sur le champ de bataille est prévisible en raison des opérations militaires de l'Arabie saoudite. L'ambassade canadienne à Riyad demeure en contact avec les autorités saoudiennes afin de faciliter l'échange d'information sur de telles pertes. [Mon soulignement.]

[44] Compte tenu de toutes ces circonstances, le mémorandum recommande au ministre l'approbation et l'octroi des licences pour les VBL de GDLS vers l'Arabie saoudite (mémorandum, au paragraphe 19).

- i) La juge a-t-elle erré en concluant que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable ?

[45] Selon l'appelant, la juge a commis plusieurs erreurs en concluant comme elle l'a fait. En premier lieu, s'appuyant sur les décisions de la Cour suprême dans les arrêts *Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2012 CSC 29, [2012] 2 R.C.S. 108; *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker* avec renvois aux R.C.S.); et *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 (*Kanthisamy*), l'appelant prétend que le ministre ne pouvait se limiter à une simple considération des facteurs pertinents énoncés au Manuel. Plutôt, compte tenu des objectifs législatifs que l'on retrouve au Manuel et aux Lignes Directrices ainsi que des obligations du Canada résultant de la LCG, le ministre devait accorder un poids important aux facteurs étayés dans le Manuel. Ayant omis de donner l'importance requise à ces facteurs en prenant sa décision, le ministre aurait rendu une décision déraisonnable et la juge aurait erré en entérinant cette décision.

[46] En second lieu, l'appelant propose une distinction entre les motifs qui justifient un refus d'accorder une licence et ceux qui justifient l'octroi d'une licence. À son avis, les premiers doivent primer sur les seconds et les considérations économiques et commerciales ne sont

[TRANSLATION] “unless an export or transfer would harm Canadian trade or the economy” (appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 24). Consequently, the appellant argues that since the Judge failed to consider that distinction, she committed a reviewable error.

[47] Thirdly, the appellant argues that, since LAVs are included on the List, the Judge had to consider the purposes set out in section 3 of the EIPA. The appellant submits that the objective of paragraph 3(1)(d) of the EIPA must apply in this case, that is, to implement an intergovernmental arrangement or commitment, in this case, the Wassenaar Arrangement, which includes the following factor:

1. ...

...

e. Is there a clearly identifiable risk that the weapons might be used **to commit or facilitate** the violation and suppression of human rights and fundamental freedoms **or the laws of armed conflict**? [Emphasis in original.]

(Wassenaar Arrangement, “Elements for Objective Analysis and Advice Concerning Potentially Destabilising Accumulations of Conventional Weapons” amended at the plenary meeting in 2011, article 1(e)).

[48] The appellant pursued his reasoning by reminding the Court that Canada ratified the Geneva Conventions [TRANSLATION] “by which it undertakes ‘to ensure respect for the Conventions and additional protocols in all circumstances’ (Common Article 1)” (appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 30). According to the appellant, in making his decision on April 8, 2016, the Minister provided no analysis as to his obligations under the Geneva Conventions and the GCA. At paragraph 31 of his memorandum of fact and law, the appellant states as follows:

[TRANSLATION] These international commitments reflect the commitment made to Canadians that “the government will no longer issue permits to export military equipment to countries where the government has seriously and

pertinentes «que dans la mesure où une exportation ou un transfert nuirait au commerce ou à l’économie canadienne» (mémoire des faits et du droit de l’appelant, au paragraphe 24). Par conséquent, puisque la juge n’a pas tenu compte de cette distinction, elle a commis une erreur révisable.

[47] En troisième lieu, l’appelant prétend que, compte tenu du fait que les VBL sont inclus dans la Liste, la juge devait s’interroger quant aux fins énoncées à l’article 3 de la LLEI. L’appelant répond à cette interrogation en affirmant que l’objectif prévu à l’alinéa 3(1)d) de la LLEI devait s’appliquer en l’instance, à savoir la mise en œuvre d’un accord ou d’un engagement intergouvernemental, soit l’Accord de Wassenaar, qui prévoit le facteur suivant :

1. [...]

[...]

e. Is there a clearly identifiable risk that the weapons might be used **to commit or facilitate** the violation and suppression of human rights and fundamental freedoms **or the laws of armed conflict**? [Caractères gras dans l’original.]

(Accord de Wassenaar, « Elements for Objective Analysis and Advice Concerning Potentially Destabilising Accumulations of Conventional Weapons » amendé à la réunion plénière de 2011, article 1(e)).

[48] L’appelant poursuit son raisonnement en rappelant à la Cour que le Canada a ratifié les conventions de Genève « par lesquelles il s’engage à “faire respecter les conventions et les protocoles additionnels en toutes circonstances” (article 1 commun) » (mémoire des faits et du droit de l’appelant, au paragraphe 30). Selon l’appelant, en rendant sa décision du 8 avril 2016, le ministre n’a offert aucune analyse concernant les obligations qui lui incombaient en raison des conventions de Genève et de la LCG. Au paragraphe 31 de son mémoire des faits et du droit, l’appelant énonce ce qui suit :

Ces engagements internationaux reflètent celui fait aux Canadiens que «le gouvernement n’émettra plus de licence pour l’exportation d’équipement militaire à destination de pays où les droits des citoyens font l’objet de

repeatedly violated the rights of citizens, unless it can be demonstrated that there is no reasonable risk that the military equipment will be used against the civilian population.” [Notes omitted.]

[49] Fourthly, the appellant addresses the concept of reasonable risk found in the Handbook, the Guidelines and the Wassenaar Arrangement. The appellant says he is of the view that even though the Judge acknowledged the importance of this concept, she erred by placing the burden on him to prove that the LAVs would be used to violate humanitarian law. Given that reversal of the burden of proof, the Judge concluded that there was no evidence showing that the LAVs had been used to violate humanitarian law in Yemen. According to the appellant, that finding was unreasonable, since there could be no doubt that the purchase and export of LAVs to Saudi Arabia were intended for use in Yemen, [TRANSLATION] “where large-scale violations of international humanitarian law had been committed” (appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 50). This led the appellant to state that Canada was encouraging the use of LAVs in Yemen. At paragraphs 52 and 53 of his memorandum of fact and law, the appellant explained as follows:

[TRANSLATION] 52. Reasonable inferences had to be made from the facts set out in the memorandum. Knowing that Saudi Arabia has disregarded international humanitarian law to date in its military interventions in Yemen, and knowing that LAVs authorized to be exported will be used in Yemen in the current armed conflict, it is extremely likely that the LAVs will be used to commit violations of international humanitarian law. However, this issue is in no way addressed in the memorandum constituting the entirety of the federal office’s case. The notion of reasonable risk is even excluded from the passage on Yemen.

53. In addition, the evidence submitted in the application, which was not contradicted by the defence and which the trial judge completely ignored, shows that Canadian-manufactured LAVs were sent by Saudi Arabia to Najran, a city on the Yemen border at the centre of the conflict. Rather than conducting an investigation or opting to apply the precautionary principle given the very severe conclusions of the UN experts, the respondent preferred to refer to the commitment of the coalition led by Saudi Arabia to respect the rules of international humanitarian law and fundamental rights, rules it was not respecting when

violations sérieuses et répétées de la part du gouvernement; à moins qu’il ne puisse être démontré qu’il n’y a aucun risque raisonnable que l’équipement militaire soit utilisé contre la population civile». [Notes omises.]

[49] En quatrième lieu, l’appelant s’adresse au concept du risque raisonnable que l’on retrouve au Manuel, aux Lignes Directrices et dans l’Accord de Wassenaar. L’appelant se dit d’avis que même si la juge a reconnu l’importance de ce concept, elle a erré en lui imposant le fardeau de démontrer que les VBL seraient utilisés en violation du droit humanitaire. En raison de ce renversement du fardeau de la preuve, la juge a conclu à l’absence de preuve démontrant que les VBL avaient été utilisés en violation du droit humanitaire au Yémen. Conclusion déraisonnable, selon l’appelant, puisqu’il ne pouvait y avoir de doute que l’achat et l’exportation des VBL vers l’Arabie saoudite avaient pour but leur utilisation au Yémen, « où des violations du droit international humanitaire ont été commises à grande échelle » (mémoire des faits et du droit de l’appelant, au paragraphe 50). Ce qui amène l’appelant à constater que le Canada encourageait l’utilisation des VBL au Yémen. Aux paragraphes 52 et 53 de son mémoire des faits et du droit, l’appelant s’explique dans les termes suivants :

52. Des inférences raisonnables devaient être tirées des faits énoncés au mémorandum. Sachant que l’Arabie saoudite a jusqu’à maintenant fait fi du droit international humanitaire dans ses interventions militaires au Yémen, et sachant que les VLB [sic] dont l’exportation a été autorisée seront utilisés au Yémen dans le cadre du conflit armé actuel, il est extrêmement probable que ces VLB [sic] servent dans la commission de violations du droit international humanitaire. Pourtant, cette question n’est aucunement abordée dans le mémorandum constituant l’entièreté du dossier de l’office fédéral. La notion de risque raisonnable est même exclue du passage sur le Yémen.

53. De plus, la preuve présentée en demande, non contredite en défense et totalement ignorée par la juge de première instance, montre que des VBL fabriqués au Canada ont été envoyés par l’Arabie saoudite à Najran, une ville à la frontière yéménite qui se trouve au cœur du conflit. Plutôt que de conduire une enquête ou d’opter en faveur du principe de précaution vu les conclusions très sévères du comité d’experts de l’ONU, l’intimé a préféré s’en remettre à l’engagement de la coalition dirigée par l’Arabie saoudite de respecter les règles du droit international humanitaire et des droits fondamentaux, règles

it made that commitment. In so doing, the respondent demonstrated wilful blindness, further tainting his decision. [Notes omitted.]

[50] Lastly, the appellant argues that, in view of the doctrine propounded by the Supreme Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), the reasonableness of a decision is based on transparency and intelligibility within the decision-making process.

[51] According to the appellant, it is impossible to determine, from the memorandum, the nature and extent of the review conducted by the officials responsible for human rights issues. The appellant also stated that the Global Affairs Canada division in charge of these issues, the “Human Rights and Indigenous Affairs Division” does not appear to have been consulted. The appellant also notes that, in rendering his decision, the Minister considered only the memorandum and no other documents. According to the appellant, the Minister could not have made an informed decision under the circumstances because he gave no consideration to the investigation methods and documents reviewed by the officials who were involved in the preparation of the memorandum. Consequently, the appellant is inviting us to conclude that the decision-making process lacks transparency given [TRANSLATION] “the weak factual basis the Minister had to decide whether to issue the permits” (appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 58).

[52] In my opinion, the appellant’s arguments cannot be accepted for the following reasons.

[53] My first comment is that there is no doubt that the Minister considered all relevant factors that he was required to consider according to the legislative framework, including those set out in the Handbook and the Guidelines. More specifically, as paragraphs 35 to 43 of my reasons make it clear, the Minister considered the following factors:

- Saudi Arabia is a key military partner for Canada in its region (paragraphs 9, 12 of the memorandum);

qu’elle ne respectait pas au moment même où elle a pris cet engagement. En cela, l’intimé a fait preuve d’aveuglement volontaire, ce qui viciait d’autant sa décision. [Notes omises.]

[50] Finalement, l’appelant avance qu’en raison de la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la mesure du caractère raisonnable d’une décision se retrouve dans la transparence et l’intelligibilité du processus décisionnel.

[51] Selon l’appelant, il est impossible, à la lumière du mémorandum, de connaître la nature et l’étendue de l’examen conduit par les fonctionnaires responsables des questions relatives aux droits de la personne. En outre, l’appelant nous indique que la division d’Affaires mondiales Canada chargée de ces questions, soit « Human Rights and Indigenous Affairs Division » ne semble pas avoir été consultée. L’appelant note de surcroît que le ministre, en rendant sa décision, n’a considéré que le mémorandum et aucun autre document. Selon l’appelant, le ministre n’a pu prendre une décision éclairée dans les circonstances puisqu’il n’a nullement considéré les méthodes d’enquêtes et les documents examinés par les fonctionnaires ayant participé à la rédaction du mémorandum. Par conséquent, l’appelant nous invite à conclure que le processus décisionnel manque de transparence vu « la maigre assise factuelle dont bénéficiait le ministre pour décider d’accorder ou non les licences » (mémoire des faits et du droit de l’appelant, au paragraphe 58).

[52] À mon avis, les arguments de l’appelant ne peuvent réussir pour les motifs suivants.

[53] Ma première remarque est qu’il ne peut faire de doute que le ministre a considéré tous les facteurs pertinents qu’il lui incombait de considérer selon le cadre législatif, dont ceux énoncés au Manuel et aux Lignes Directrices. Plus particulièrement, comme le font ressortir les paragraphes 35 à 43 de mes motifs, le ministre a considéré les facteurs suivants :

- L’Arabie saoudite est un partenaire militaire clé pour le Canada dans sa région (paragraphes 9, 12 du mémorandum);

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • The importance of trade relations between Canada and Saudi Arabia (paragraphs 9, 12); • The absence of sanctions against Saudi Arabia (Annex A, page 8); • Canada’s concerns about human rights (paragraphs 10, 15); • The defence relationship between Canada and Saudi Arabia (paragraph 11); • The importance of exports to the Canadian military industry (paragraphs 12–13); • Saudi Arabia’s involvement in the conflict in Yemen (paragraphs 17–18); • The fact that, since 1993, more than 2900 LAVs have been exported to Saudi Arabia (paragraphs 15–16). | <ul style="list-style-type: none"> • L’importance des relations commerciales entre le Canada et l’Arabie saoudite (paragraphes 9, 12); • L’absence de sanctions contre l’Arabie saoudite (Annexe A, page 8); • Les préoccupations du Canada relativement aux droits des personnes (paragraphes 10, 15); • La relation en matière de défense entre le Canada et l’Arabie saoudite (paragraphe 11); • L’importance des exportations pour l’industrie militaire canadienne (paragraphes 12 et 13); • L’implication de l’Arabie saoudite dans le conflit au Yémen (paragraphes 17 et 18); • Le fait que, depuis 1993, plus de 2900 VBL ont déjà été exportés vers l’Arabie saoudite (paragraphes 15 et 16). |
|---|--|

[54] The Minister considered not only economic and trade factors, but also humanitarian law and human rights issues. In my opinion, a reading of paragraphs 15 to 18 of the memorandum leaves no doubt about this subject. It is thus appropriate to reproduce paragraph 54 of the Judge’s reasons, which reads as follows:

Contrary to the applicant’s claim, the Minister considered the conflict in Yemen at paragraph 17 of his decision, cited above. The decision refers to comments by the United Nations Panel of Experts on the situation in Yemen and indicates that there was no evidence that Canadian military equipment, including the LAVs, had been used to commit the alleged violations of international humanitarian law. The decision also takes into account media reports of the appearance of military equipment of Canadian origin among the rebel forces, but notes that the Canadian Embassy in Riyadh had concluded that these arms had been captured in the course of military operations and that this type of loss was inevitable in wartime. Whether or not one agrees with the outcome of his analysis, the Minister’s conclusions were based on the evidence in the record. [Emphasis added.]

[54] Non seulement le ministre a-t-il considéré les facteurs économiques et commerciaux, mais il a considéré les questions de droit humanitaire et de droits de la personne. Une lecture des paragraphes 15 à 18 du mémorandum ne laisse, à mon avis, aucun doute à ce sujet. Dans ce sens, il vaut la peine de reproduire le paragraphe 54 des motifs de la juge qui se lit comme suit :

Contrairement à la prétention du demandeur, le ministre a considéré le conflit au Yémen au paragraphe 17 de sa décision, cité précédemment. La décision rapporte les commentaires du panel d’experts des Nations Unies sur la situation au Yémen et indique qu’il n’y avait pas de preuves que de l’équipement militaire canadien, dont des VBL, avait été utilisé pour commettre les violations du droit international humanitaire alléguées. La décision tient également compte des rapports des médias sur l’apparition d’équipement militaire de provenance canadienne chez les forces rebelles, mais note que l’ambassade canadienne à Riyad a conclu que ces armes avaient été capturées lors d’opérations militaires et qu’il s’agissait d’un type de perte inévitable en temps de guerre. Que l’on soit d’accord ou non avec le résultat de son analyse, les conclusions du Ministre étaient appuyées sur les éléments de preuve au dossier. [Mon soulignement.]

[55] In my view, there is no doubt that the factors listed in the Handbook, which are essentially the same as those in the Guidelines, were considered in the memorandum submitted to the Minister. More specifically, the memorandum discusses in detail the human rights issue involving Saudi Arabia and raises the question whether there is a reasonable risk that the LAVs will be used to commit human rights violations in Saudi Arabia or Yemen (memorandum, at paragraph 15).

[56] The appellant, citing a Supreme Court case, *Baker*, submits that the Minister had to give significant, if not decisive, weight to humanitarian considerations and is asking us to reach a different conclusion than that of the Minister. In my opinion, the appellant's argument is unsound. At paragraphs 37 and 38 of its decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), the Supreme Court made the following comments:

The passages in *Baker* referring to the “weight” of particular factors (see paras. 68 and 73–75) must be read in this context. It is the Minister who was obliged to give proper weight to the relevant factors and none other. *Baker* does not authorize courts reviewing decisions on the discretionary end of the spectrum to engage in a new weighing process, but draws on an established line of cases concerning the failure of ministerial delegates to consider and weigh implied limitations and/or patently relevant factors

This standard appropriately reflects the different obligations of Parliament, the Minister and the reviewing court. Parliament's task is to establish the criteria and procedures governing deportation, within the limits of the Constitution. The Minister's task is to make a decision that conforms to Parliament's criteria and procedures as well as the Constitution. The court's task, if called upon to review the Minister's decision, is to determine whether the Minister has exercised her decision-making power within the constraints imposed by Parliament's legislation and the Constitution. If the Minister has considered the appropriate factors in conformity with these constraints, the court must uphold his decision. It cannot set it aside even if it would have weighed the factors differently and

[55] À mon avis, il est incontestable que les facteurs énumérés dans le Manuel, facteurs qui reprennent, à toutes fins pratiques, les facteurs mentionnés dans les Lignes Directrices, ont été considérés dans le memorandum soumis au ministre. Plus particulièrement, le memorandum discute de façon détaillée la question des droits de la personne impliquant l'Arabie saoudite et l'on y pose la question de savoir s'il existe un risque raisonnable que les VBL soient utilisés pour commettre des violations des droits de la personne en Arabie saoudite ou au Yémen (mémoire, au paragraphe 15).

[56] L'appelant, s'appuyant sur la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Baker*, soumet que le ministre devait donner un poids important, sinon déterminant, aux considérations humanitaires et nous invite à tirer une conclusion différente de celle du ministre. À mon avis, la proposition de l'appelant est erronée. Aux paragraphes 37 et 38 de sa décision dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), la Cour suprême s'exprimait comme suit :

C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter les passages de *Baker* où il est question de l'« importance accordée » à certains facteurs (par. 68 et 73–75). Il n'incombait à personne d'autre qu'au ministre d'accorder l'importance voulue aux facteurs pertinents. Cet arrêt n'a pas pour effet d'autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d'évaluation, mais il repose plutôt sur une jurisprudence établie concernant l'omission d'un délégué du ministre de prendre en considération et d'évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents [...]

Cette norme tient dûment compte des diverses obligations du Parlement, du ministre et du tribunal de révision. Le Parlement a pour tâche d'établir, conformément aux limites fixées par la Constitution, les critères et procédures applicables en matière d'expulsion. Le ministre doit rendre une décision conforme à la fois à la Constitution et aux critères et procédures établis par le Parlement. Enfin, le rôle du tribunal appelé à contrôler la décision du ministre consiste à déterminer si celui-ci a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux limites imposées par les lois du Parlement et la Constitution. Si le ministre a tenu compte des facteurs pertinents et respecté ces limites, le tribunal doit confirmer sa décision. Il ne peut l'annuler, même s'il aurait évalué les facteurs

arrived at a different conclusion. [Emphasis added; notes omitted.]

[57] In my view, the reading of *Baker* the appellant is advancing is inconsistent with the Supreme Court's reading of that case in *Suresh*, where the Court clearly stated that it is for the Minister, and not the courts, to determine the significance of the factors to be considered. Recently, in *Agraira*, the Supreme Court reiterated the same remarks (*Agraira*, at paragraph 91).

[58] In that perspective, it is important to note that section 7 of the EIPA, which gives the Minister a discretion as to whether or not to issue a permit, imposes no order of priority on the factors to be considered. More specifically, subsection 7(1.01) provides that the Minister may consider any factor he considers relevant to the objective of the EIPA as well as the two factors set out in paragraphs 7(1.01)(a) and (b).

[59] It is also important to note that the factors set out in the Handbook and the Guidelines are simply elements that the Minister must consider in deciding whether to issue a permit. I am of the opinion that, contrary to the appellant's arguments, the Guidelines are not of a binding nature and cannot be considered as legal requirements where non-compliance would taint the Minister's decision (*Maple Lodge Farms v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558), at pages 6 and 7; *Agraira*, at paragraph 60; *Kanthasamy*, at paragraph 32; *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247, (1994), 164 N.R. 342 (C.A.), at pages 8–9).

[60] Furthermore, considering the wording of the EIPA, I am of the opinion that the Court must show great restraint when called upon to review a decision by the Minister as to whether or not to issue export permits, such as in this case. As I have already stated, in *Suresh* and *Agraira*, the Supreme Court propounded an unambiguous doctrine: the courts have absolutely no power to question the Minister's evaluation process as long as the Minister has considered all the relevant factors with

différemment et serait arrivé à une autre conclusion. [Mon soulignement; notes omises.]

[57] À mon avis, l'interprétation de l'arrêt *Baker* que nous propose l'appellant n'est pas en accord avec l'interprétation de cet arrêt par la Cour suprême dans l'arrêt *Suresh*, où la Cour indique clairement qu'il appartient au ministre, et non aux tribunaux, de déterminer l'importance des facteurs sous considération. Récemment, dans sa décision dans l'arrêt *Agraira*, la Cour suprême réitérait ces mêmes propos (*Agraira*, au paragraphe 91).

[58] Dans cette perspective, il est important de souligner que l'article 7 de la LLEI, qui confère au ministre son pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non une licence, n'impose aucune hiérarchie en ce qui a trait aux facteurs devant être considérés. Plus particulièrement, le paragraphe 7(1.01) énonce que le ministre peut considérer tout facteur qu'il juge pertinent eu égard à l'objet de la LLEI et en outre, les deux facteurs énoncés aux alinéas 7(1.01)a) et b).

[59] Il est aussi important de souligner que les facteurs énoncés au Manuel et aux Lignes Directrices ne constituent que des sujets devant être considérés par le ministre en décidant si oui ou non il doit accorder une licence. Je suis d'avis que, contrairement à ce que prétend l'appellant, les Lignes Directrices ne sont pas de nature contraignante et ne peuvent être considérées comme des exigences légales dont le non-respect entacherait la validité de la décision du ministre (*Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, aux pages 6 et 7); *Agraira*, au paragraphe 60; *Kanthasamy*, au paragraphe 32; *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247 (C.A.), aux pages 8 et 9).

[60] En outre, compte tenu du libellé de la LLEI, je suis d'avis que la Cour doit exercer une grande retenue lorsqu'elle est appelée à réviser une décision du ministre, à savoir s'il doit ou non accorder des licences d'exportation telles que celles demandées en l'instance. Comme je l'ai déjà indiqué, la Cour suprême dans les arrêts *Suresh* et *Agraira* a émis une directive sans équivoque à l'effet que les tribunaux ne sont nullement autorisés à s'ingérer dans le processus d'évaluation conduit par le

regard to the applicable legislation and its objectives. Therefore, it is not for the Court to determine the weight that should be given to one factor or another, but rather to ensure that the necessary factors have, indeed, been considered. Furthermore, considering that issues relating to the conduct of international relations and decisions about Canada's defence and economic interests are the prerogative of the federal cabinet, the courts must act with great caution and restraint with respect to these issues (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at paragraphs 37 and 38).

[61] Consequently, in the absence of a challenge based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which is not the case here, neither the Federal Court nor this Court can intervene by reviewing a discretionary decision such as this, unless it “was made arbitrarily or in bad faith, cannot be supported on the evidence, or the Minister failed to consider the appropriate factors” (*Suresh*, at paragraph 29). The appellant is in no way suggesting that the Minister acted in bad faith and, as I discussed it, the Minister, in my opinion, considered all the factors relevant to the evidence before him.

[62] I must make one additional comment. At paragraph 76 of her reasons, which I reproduced at paragraph 31 of my reasons, the Judge states that her role “is not to pass moral judgment on the Minister’s decision to issue the export permits but only to verify the legality of such a decision. Of course, his broad discretion would have allowed him to deny the permits.” In other words, if I properly understand the scope of the Judge’s comments, the question before her was not whether the Minister should have refused to issue the permits on the basis of moral or humanitarian considerations. In her opinion, although such considerations would have allowed the Minister to refuse to issue the permits, the statutory regime allowed him to find otherwise. As the Judge emphasizes at paragraph 50 of her reasons, section 7 of the EIPA “is subject to no express or implied limitation [at the Minister’s discretion], other than the duty to exercise his discretion in good faith, in accordance with the principles of natural justice and where reliance has not been

ministre dans la mesure où le ministre a considéré tous les facteurs pertinents eu égard à la législation applicable et à ses objets. Il ne s’agit donc pas pour la Cour de déterminer le poids devant être accordé à un facteur ou à un autre, mais plutôt de s’assurer que les facteurs qui devaient être considérés l’ont été. En outre, considérant que les questions portant sur la conduite des relations internationales et les décisions relatives aux intérêts du Canada en matière de défense et d’économie sont de l’apanage du cabinet fédéral, les tribunaux doivent agir avec beaucoup de prudence et de retenue à l’égard de ces questions (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, aux paragraphes 37 et 38).

[61] Par conséquent, en l’absence d’une contestation fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui n’est pas le cas en l’espèce, ni la Cour fédérale ni notre Cour ne peuvent intervenir en révisant une décision discrétionnaire telle que la présente décision, sauf si elle a « été prise arbitrairement ou de mauvaise foi, qu’elle n’est pas étayée par la preuve ou que [le] ministre a omis de tenir compte des facteurs pertinents » (*Suresh*, au paragraphe 29). L’appelant ne prétend nullement que le ministre a agi de mauvaise foi et, tel que je l’ai discuté, le ministre a selon moi pris compte de tous les facteurs pertinents au regard de la preuve devant lui.

[62] Une remarque additionnelle s’impose. Au paragraphe 76 de ses motifs, que j’ai reproduit au paragraphe 31 de mes motifs, la juge indique que son rôle « n’est pas de jeter un regard moral sur la décision du ministre d’émettre les licences d’exportation mais uniquement de s’assurer de la légalité d’une telle décision. Bien sûr, la large discrétion dont il dispose lui aurait permis d’en refuser l’émission. » En d’autres mots, si je comprends bien la portée des propos de la juge, la question devant elle n’était pas de savoir si en raison de considérations morales ou humanitaires le ministre aurait dû refuser l’approbation des licences. Selon elle, bien que de telles considérations auraient permis au ministre de refuser d’accorder les licences, le régime législatif lui permettait de conclure autrement. Comme la juge le souligne au paragraphe 50 de ses motifs, l’article 7 de la LLEI « ne prévoit aucune limite expresse ou implicite [à la discrétion du ministre], autre que le devoir d’être exercé de bonne foi, conformément aux principes

placed upon considerations irrelevant or extraneous to the statutory purpose.”

[63] Before concluding on this question, I must address the appellant’s argument that the Minister’s decision lacked transparency because the Minister considered only the memorandum to render his decision. More specifically, the appellant submits that the Minister could not render an informed decision in the case without having considered all the documents and analyses on which the memorandum was based. In my opinion, the appellant’s argument is also without merit.

[64] We must remember that the statutory regime in force does not impose upon the Minister any methodology with respect to the decision that he must make. In other words, all that the statutory regime requires the Minister to do is consider all the factors appropriate to the application to export LAVs to Saudi Arabia. The case law is clear: the Minister could, if he so wished, base his decision solely on the recommendation of public servants with expertise and experience in the matter (*Att. Gen. of Can. v. Inuit Tapirisat et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, at page 763; *Cyanamid Canada Inc. v. Canada (Minister of Health and Welfare)* (1992), 45 C.P.R. (3d) 390, 148 N.R. 147 (F.C.A.), at paragraph 21; *Waycobah First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 191, 421 N.R. 193, at paragraphs 30–33). It goes without saying that the Minister could, if he so wished, ask public servants to send him all the documents that were used to create the memorandum. In this case, it seems that the Minister did not think it necessary to make this request, and he made his decision solely on the basis of the memorandum that had been submitted to him.

[65] In my opinion, whether the Minister should have considered something other than the memorandum is a question that we do not need to answer. The Minister’s responsibility under the statutory regime was to consider all the factors appropriate to the issuance of permits and, in my opinion, the Minister considered all these factors. The appellant submits that a more informed decision called for the consideration of documents other than the memorandum. Perhaps the answer to this question

de justice naturelle et en tenant compte des considérations pertinentes ».

[63] Avant de conclure sur cette question, il m’incombe de répondre à l’argument de l’appelant selon lequel la décision du ministre manquait de transparence parce que le ministre n’a considéré que le mémorandum pour rendre sa décision. Plus particulièrement, l’appelant prétend que le ministre ne pouvait rendre une décision éclairée en l’instance sans avoir considéré tous les documents et analyses sur lesquels était fondé le mémorandum. À mon avis, cet argument de l’appelant est aussi sans fondement.

[64] Il est bon de rappeler que le régime législatif en place n’impose au ministre aucune méthodologie relativement à la décision qu’il doit prendre. En d’autres mots, tout ce que le régime législatif impose au ministre est de considérer tous les facteurs pertinents à la demande d’exportation des VBL vers l’Arabie saoudite. La jurisprudence est claire que le ministre pouvait, s’il le voulait, fonder sa décision uniquement sur la recommandation des fonctionnaires ayant l’expertise et l’expérience en la matière (*Proc. Gén. du Can. c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 763; *Cyanamid Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1992] A.C.F. n° 950 (QL) (C.A.), au paragraphe 21; *Première Nation Waycobah c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 191, aux paragraphes 30 à 33). Il va sans dire que le ministre pouvait, s’il le voulait, demander aux fonctionnaires de lui faire parvenir tous les documents ayant servi à la confection du mémorandum. En l’instance, il appert que le ministre n’a pas cru nécessaire de faire cette demande, et il a rendu sa décision uniquement sur la base du mémorandum qui lui a été soumis.

[65] À mon avis, à savoir si le ministre aurait dû considérer autre chose que le mémorandum est une question à laquelle nous n’avons pas besoin de répondre. La responsabilité du ministre en fonction du régime législatif était de considérer tous les facteurs pertinents à l’octroi des licences et, à mon avis, le ministre a considéré tous ces facteurs. L’appelant prétend qu’une décision plus éclairée nécessitait la considération de documents autres que le mémorandum. Peut-être faut-il répondre à cette

should be in the affirmative, but, considering the legislation in force, it is up to the Minister to decide whether to consider the memorandum only, or any other document that he thinks it necessary to consider in the circumstances.

[66] There can be no doubt that the appellant disagrees with the Minister's decision to issue permits to export to Saudi Arabia. In his opinion, the evidence shows that LAVs will certainly be used for purposes constituting a human rights violation in Saudi Arabia and Yemen. This conclusion stems from his assessment of the evidence. Unfortunately for the appellant, Parliament gave the Minister the task of weighing of the evidence for the purpose of issuing or refusing to issue export permits. Insofar as the Minister considered all the appropriate factors mandated by the statutory regime, he could decide whether or not to issue export permits. The Court is not required to ask, because that is not its role, whether the Minister's decision is the correct one under the circumstances. The Court has only to ask whether the Minister considered all the appropriate factors. In the affirmative, the Court cannot interfere in the decision-making process—with the exception made, of course, for cases in which matters of procedural fairness are at issue. The Minister could, despite the reasonable risk that the exported equipment will be used against a civilian population, decide to issue permits because, in his opinion, exporting LAVs was in Canada's interest in compliance with the EIPA.

[67] I must make one final comment concerning the exercise of the Minister's discretion to issue permits. The appellant submits that the Minister also erred because he did not take into account his obligations with respect to the GCA. In other words, according to the appellant, the Minister disregarded the interpretative value of the GCA. More specifically, the appellant states that the Minister did not offer any analysis concerning his obligations under the Geneva Conventions, which were incorporated in Canada via the GCA. According to the appellant, Canada's international commitments reflect the commitment made to Canadians that, citing the text of a press release dated September 10, 1996:

question par l'affirmative, mais considérant la législation en vigueur, c'est au ministre que revenait la décision de considérer soit uniquement le mémorandum, ou tout autre document qu'il jugeait nécessaire de considérer dans les circonstances.

[66] Il ne peut faire de doute que l'appelant est en désaccord avec la décision du ministre d'accorder les licences d'exportation vers l'Arabie saoudite. Selon lui, la preuve démontre que les VBL seront sans doute utilisés à des fins constituant une violation des droits de la personne en Arabie saoudite et au Yémen. Cette conclusion résulte de son appréciation de la preuve. Malheureusement pour l'appelant, l'appréciation de la preuve aux fins d'accorder ou non des licences d'exportation a été confiée au ministre par le Parlement. Dans la mesure où le ministre a considéré tous les facteurs pertinents dictés par le régime législatif, il pouvait accorder ou non les licences d'exportation. La Cour n'a pas à se demander, puisque ce n'est pas son rôle, si la décision du ministre est la décision correcte dans les circonstances. La Cour n'a qu'à se demander si le ministre a considéré tous les facteurs pertinents. Si oui, la Cour ne peut s'ingérer dans le processus décisionnel — exception faite, bien sûr, des cas où des questions d'équité procédurale sont en jeu. Le ministre pouvait, nonobstant le risque raisonnable que le matériel exporté soit utilisé contre une population civile, décider d'accorder les licences parce que, selon lui, l'exportation des VBL était dans l'intérêt du Canada conformément à la LLEI.

[67] Un dernier commentaire concernant l'exercice de la discrétion du ministre d'accorder les licences est nécessaire. L'appelant prétend que le ministre a erré, en outre, parce qu'il n'a pas tenu compte de ses obligations résultant de la LCG. En d'autres mots, selon l'appelant, le ministre a fait fi de la valeur interprétative de la LCG. Plus particulièrement, l'appelant affirme que le ministre n'a offert aucune analyse concernant les obligations lui incombant en vertu des conventions de Genève qui furent incorporées au Canada via la LCG. Selon l'appelant, les engagements internationaux du Canada reflètent l'engagement pris envers les Canadiens que, citant le texte d'un communiqué de presse du 10 septembre 1996 :

[TRANSLATION] ... the government will no longer issue permits to export military equipment to countries where the government has seriously and repeatedly violated the rights of citizens, unless it can show that there is no reasonable risk that the military equipment will be used against the civilian population.

(appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 31 referring to the appeal book, Vol. 1, page 118).

[68] The appellant's position is incorrect. In my opinion, in exercising his discretion under section 7 of the EIPA, the Minister considered the factors pertaining to humanitarian law and, more specifically, he considered the conflict in Yemen and wondered about the potential human rights violations in this country. Consequently, I cannot accept the appellant's suggestion that the Minister did not consider questions concerning compliance with humanitarian law and respect for human rights, which are inherent to the Geneva Conventions.

[69] It is clear that the appellant's position regarding permits issued by the Minister is one that reflects the first paragraph of his memorandum of fact and law, where he states: [TRANSLATION] "choosing the economy and business over the protection of innocent lives is not only unreasonable but also inhuman". In his opinion, in exercising his discretion, the Minister should consider only the potential impact on human lives resulting from the export of military weapons. As I tried to explain above, the statutory regime is not consistent with the appellant's view, because it is up to the Minister to decide, after considering all the appropriate factors, whether one or more permits must be issued. It goes without saying that there could be political consequences or repercussions stemming from the Minister's decision to issue permits, but there can be no doubt that the controversy that might ensue is outside this Court's jurisdiction.

[70] For these reasons, it is my view that the Minister did not exercise his discretion in an unreasonable manner and, consequently, the judge was correct in finding

[...] le gouvernement n'émettra plus de licence d'exportation d'équipement militaire à destination de pays où les droits des citoyens font l'objet de violations sérieuses et répétées de la part du gouvernement; à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il n'y a aucun risque raisonnable que l'équipement militaire soit utilisé contre la population civile.

(mémoire des faits et du droit de l'appellant, au paragraphe 31 référant au dossier d'appel, vol. 1, page 118).

[68] La position de l'appelant est erronée. À mon avis, dans l'exercice de sa discrétion en vertu de l'article 7 de la LLEI, le ministre a considéré les facteurs portant sur le droit humanitaire et plus particulièrement, il a considéré le conflit au Yémen et s'est interrogé sur les violations possibles des droits de la personne dans ce pays. Par conséquent, je ne peux accepter la proposition de l'appelant voulant que le ministre ne se soit pas penché sur les questions liées au respect du droit humanitaire et des droits de la personne qui sous-tendent les conventions de Genève.

[69] Il est évident que la position de l'appelant en ce qui a trait aux licences accordées par le ministre est celle que reflète le premier paragraphe de son mémoire des faits et du droit où il énonce : « [f]aire le choix de l'économie et du commerce plutôt que celui de la protection de vies innocentes, c'est non seulement déraisonnable, c'est inhumain ». À son avis, dans l'exercice de sa discrétion, le ministre ne devrait que considérer les impacts possibles sur les vies humaines résultant de l'exportation d'armes militaires. Comme j'ai tenté de l'expliquer plus haut, le régime législatif n'est pas en accord avec la vision de l'appelant puisque c'est au ministre de décider, après considération de tous les facteurs pertinents, si une ou plusieurs licences doivent être accordées. Il va sans dire qu'il pourrait y avoir des conséquences ou répercussions politiques résultant de la décision du ministre d'accorder les licences mais il ne peut faire de doute que le débat qui pourrait s'ensuivre n'est pas du ressort de notre Cour.

[70] Pour ces motifs, je suis d'avis que le ministre n'a pas exercé sa discrétion de manière déraisonnable et, par conséquent, la juge avait raison de conclure comme elle

as she did. As I indicated in paragraph 3 of my reasons, I fully concur with the reasons given by the Judge to support her conclusion.

- (ii) Did the Judge err by refusing to consider the appellant's argument that the Minister had a closed mind when he made his decision?

[71] The appellant submits that the Judge was wrong to find that he could not mention the fact that the Minister had found in favour of exporting LAVs even before rendering his decision. According to the appellant, the duties of impartiality and procedural fairness apply in the case even if the Minister's decision had a political component.

[72] In my opinion, there is no merit to this argument. Even supposing that the appellant correctly submits that the Minister had been predisposed toward issuing the requested permits, the issue that the Federal Court had to resolve was whether the Minister had considered all the factors appropriate to the export of LAVs to Saudi Arabia, and particularly the fact that LAVs could be used for purposes that constitute violations of human rights and humanitarian law.

[73] Insofar as the Minister considered that which he had to consider under the applicable statutory regime, which in my opinion is the case here, the question of impartiality and procedural fairness has no relevance unless the Minister's decision is based on irrelevant considerations or his bad faith. Consequently, we do not have to decide, in this case, whether the Judge erred when she refused to consider the appellant's argument that the Minister had a closed mind when he made his decision. In my opinion, insofar as the Minister's actions are compliant with the statutory regime in force, namely that all the appropriate factors were taken into account, his decision satisfies the test of legality.

l'a fait. Comme je l'ai indiqué au paragraphe 3 de mes motifs, je souscris entièrement aux motifs énoncés par la juge au soutien de sa conclusion.

- ii) La juge a-t-elle erré en refusant de considérer l'argument de l'appellant selon lequel le ministre avait l'esprit fermé au moment de prendre sa décision?

[71] L'appellant soutient que la juge s'est trompée en concluant qu'il ne pouvait soulever le fait que le ministre avait conclu en faveur de l'exportation des VBL avant même de rendre sa décision. Selon l'appellant, les obligations d'impartialité et d'équité procédurale s'appliquaient en l'instance même si la décision du ministre avait une composante politique.

[72] À mon avis, cet argument n'a aucun mérite. Même en acceptant que l'appellant soit justifié de prétendre que le ministre était prédisposé quant à l'octroi des licences demandées, la question que devait résoudre la Cour fédérale était celle à savoir si le ministre a considéré tous les facteurs pertinents à l'exportation des VBL vers l'Arabie saoudite, et notamment le fait que les VBL pourraient être utilisés à des fins constituant des violations des droits de la personne et du droit humanitaire.

[73] Dans la mesure où le ministre a considéré ce qu'il devait considérer en raison du régime législatif applicable, ce qui à mon avis est le cas en l'espèce, la question d'impartialité et d'équité procédurale n'est d'aucune pertinence à moins que la décision prise par le ministre résulte de considérations non pertinentes ou de sa mauvaise foi. Par conséquent, il ne nous est pas nécessaire de déterminer, en l'espèce, si la juge a commis une erreur en refusant de considérer l'argument de l'appellant à l'effet que le ministre avait l'esprit fermé au moment de prendre sa décision. À mon avis, dans la mesure où les agissements du ministre sont en accord avec le régime législatif en place, à savoir de considérer tous les facteurs pertinents, sa décision rencontre le test de la légalité.

(iii) Did the Judge err when she rejected the appellant's arguments based on Common Article 1 of the Conventions?

[74] The appellant presents several arguments based on the GCA, a law that [TRANSLATION] “is binding on Canada and prevents it from exporting weapons when they are likely to be used in violation of international humanitarian law” (appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 65). More specifically, the appellant submits that the Minister's decision contravenes Common Article 1 of the Geneva Conventions, reproduced above at paragraph 19 of my reasons, incorporated into Canadian law by the GCA, and according to which the signatory countries “undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances.”

[75] The appellant submits that the Judge committed three errors, including having ruled that he did not have the appropriate standing to complain of a violation of the Geneva Conventions, even if they were incorporated into Canadian law.

[76] According to the appellant, given the rule of law and the fact that he is seeking only the enforcement of a Canadian law, the Judge should have intervened because the Minister's decision to issue permits contravenes the GCA and, as a result, the Minister's decision [TRANSLATION] “was not within the possible outcomes within the meaning of *Dunsmuir*” (appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 68).

[77] Since it is my view that the Judge correctly ruled that the appellant did not have the standing necessary to raise a violation of the Geneva Conventions, we will not have to linger over the appellant's other arguments concerning this issue.

[78] In my view, only the states that have signed the Geneva Conventions can raise a violation of those instruments and, more specifically, a violation of Common Article 1. The language of Common Article 1 leaves no doubt about this subject. The Geneva Conventions provide the contracting parties with the right, and may I say, the duty to “ensure respect for the present Convention in all circumstances” (Common Article 1 of

iii) La juge a-t-elle erré en rejetant les arguments de l'appelant fondés sur l'article premier commun des Conventions?

[74] L'appelant avance plusieurs arguments fondés sur la LCG, loi qui « lie le Canada et l'empêche d'exporter des armes lorsqu'elles sont susceptibles d'être utilisées en violation du droit international humanitaire » (mémoire des faits et du droit de l'appelant, au paragraphe 65). Plus particulièrement, l'appelant soumet que la décision du ministre contrevient à l'article premier commun des conventions de Genève, reproduit ci-haut au paragraphe 19 de mes motifs, incorporé en droit canadien par la LCG, et selon lequel les pays signataires « s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention en toutes circonstances. »

[75] L'appelant prétend que la juge a commis trois erreurs, dont celle d'avoir conclu qu'il n'avait pas l'intérêt voulu pour se plaindre d'une violation des conventions de Genève, même si celles-ci ont été incorporées en droit canadien.

[76] Selon l'appelant, en raison de la primauté du droit et du fait qu'il ne recherche que l'application d'une loi canadienne, la juge aurait dû intervenir parce que la décision du ministre d'octroyer les licences contrevient à la LCG et, par conséquent, la décision du ministre « ne faisait pas partie des issues possibles au sens de *Dunsmuir* » (mémoire des faits et du droit de l'appelant, au paragraphe 68).

[77] Puisque je suis d'avis que la juge avait raison de conclure que l'appelant n'avait pas l'intérêt nécessaire pour soulever une violation des conventions de Genève, il ne sera pas nécessaire de s'attarder aux autres arguments de l'appelant sur cette question.

[78] À mon avis, seuls les États signataires des conventions de Genève peuvent se plaindre d'une violation des conventions et plus particulièrement d'une violation de l'article premier commun. Une lecture du texte de l'article premier commun ne laisse aucun doute à ce sujet. C'est aux parties contractantes que les conventions de Genève confient le droit, et puis-je dire, la responsabilité de « faire respecter la présente Convention en toutes

the Conventions). Consequently, individuals like the appellant are not at liberty to raise violations of the Geneva Conventions and demand their enforcement before the courts. Clearly, any individual can raise these questions as part of political and democratic debates and ask their government to take action. However, an individual cannot do so, as the appellant is trying to do, through an application for judicial review of the Minister's decision to issue permits under the EIPA as I explained above.

[79] In this respect, I fully concur with the comments of the respondent's expert, Professor Schmitt, which are found at paragraphs 20 to 22 of his affidavit dated June 29, 2016, where he opines that a violation of the Geneva Conventions by a signatory state constitutes an "internationally wrongful act" with respect to states not responsible for the violation. Moreover, according to Professor Schmitt, a violation in no way gives rise to a remedy to individuals affected by the violation.

[80] In other words, the individuals or persons affected by the violation cannot seek any remedy against the state responsible for violating the Geneva Conventions. That is the sole right of a signatory state that is not responsible for the violation. Consequently, according to Professor Schmitt, an individual such as the appellant in this case cannot raise a conventions violation before the courts. Author Kate Parlett shares this conclusion in her work entitled *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011. More specifically, on page 182 of her work, under the heading *The Individual in International Humanitarian Law*, the author states the following, under the title *The 1949 Geneva Convention*:

The substantive provisions of the four Geneva Conventions generally express the protection of individuals as protective obligations on state parties to a conflict, rather than as specific rights conferred directly on individuals. Common Article 1 of each of the Geneva Conventions states that the High Contracting Parties "undertake to respect and to ensure respect for the present

circumstances» (article premier commun des conventions). Par conséquent, il n'est pas loisible à des individus comme l'appelant de soulever des violations aux conventions de Genève et d'en demander le respect devant les tribunaux. Évidemment, tout individu peut soulever ces questions dans le cadre de débats politiques et démocratiques et demander à son gouvernement d'agir. Cependant, il n'est pas possible pour un individu de le faire, comme l'appelant tente de le faire, par voie de demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision du ministre d'octroyer des licences sous le régime de la LLEI que j'ai décrit plus haut.

[79] À cet égard, je souscris entièrement aux propos de l'expert de l'intimée, le professeur Schmitt, que l'on retrouve aux paragraphes 20 à 22 de son affidavit en date du 29 juin 2016 où il se dit d'avis qu'une violation des conventions de Genève par un État signataire constitue un « *internationally wrongful act* » à l'égard des États non responsables de la violation. Par ailleurs, selon le professeur Schmitt, la violation ne donne aucunement ouverture à un recours par des individus affectés par la violation.

[80] Autrement dit, les individus ou personnes affectées par la violation ne peuvent exercer aucun recours contre l'État responsable de la violation des conventions de Genève. Ce droit appartient uniquement à un État signataire non responsable. Par conséquent, selon le professeur Schmitt, un individu tel l'appelant en l'instance ne peut soulever devant les tribunaux une violation des conventions. Cette conclusion est partagée par l'auteure Kate Parlett dans son ouvrage *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011. Plus particulièrement, à la page 182 de son ouvrage, sous la rubrique *The Individual in International Humanitarian Law*, l'auteure énonce ce qui suit, sous le titre *The 1949 Geneva Convention* :

The substantive provisions of the four Geneva Conventions generally express the protection of individuals as protective obligations on state parties to a conflict, rather than as specific rights conferred directly on individuals. Common Article 1 of each of the Geneva Conventions states that the High Contracting Parties "undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all

Convention in all circumstances”. Additionally, the first and second Geneva Conventions provide that “[e]ach Party to the conflict ... shall ensure the detailed execution” of the provisions of those conventions. The provisions relating to execution in all four conventions refer exclusively to obligations incumbent upon states.

The vast majority of the provisions of the conventions which provide for the protection of various categories of individuals are expressed in terms which indicate that obligations are imposed on states parties to a conflict, rather than rights directly conferred on the relevant individuals.

[81] Consequently, as the Judge ruled, the appellant does not have the appropriate standing to raise a violation of Common Article 1 of the Geneva Conventions, even if it has been incorporated into domestic law.

3. *Proof of international law through expertise*

[82] Before concluding, I would like to comment on the use of experts to prove international law. I think it is useful to remark, without ruling on the question since the parties have not submitted any argument to this effect, that, in my opinion, the parties do not need to file experts’ reports to prove international law, because the Court can take judicial notice of said law.

[83] In *The Ship “North” v. The King (The)* (1906), 37 S.C.R. 385, 26 C.L.T. 380, one of the questions the Supreme Court of Canada had to decide was whether the Court could take judicial notice of the doctrine of the right to hot pursuit and whether to interpret the relevant legislation in the light of this doctrine. That was an admiralty case about a foreign vessel that had violated Canadian laws on fisheries within the three nautical miles that were, at that time, the territorial limit of Canada and about the right to pursue and seize it on the high seas.

[84] One of the appellant’s arguments before the Supreme Court was that the admiralty judge, sitting in first instance, had taken judicial notice of the doctrine of hot pursuit and had therefore erred. Justice Davies, with

circumstances”. Additionally, the first and second Geneva Conventions provide that “[e]ach Party to the conflict ... shall ensure the detailed execution” of the provisions of those conventions. The provisions relating to execution in all four conventions refer exclusively to obligations incumbent upon states.

The vast majority of the provisions of the conventions which provide for the protection of various categories of individuals are expressed in terms which indicate that obligations are imposed on states parties to a conflict, rather than rights directly conferred on the relevant individuals.

[81] Par conséquent, comme l’a conclu la juge, l’appelant n’a pas l’intérêt voulu pour soulever la violation de l’article premier commun des conventions de Genève, même si ce dernier était incorporé en droit interne.

3. *La preuve du droit international par expertise*

[82] Avant de conclure, j’aimerais faire un commentaire concernant l’utilisation d’experts pour prouver le droit international. Il m’apparaît utile d’indiquer, sans décider la question puisque les parties n’ont soumis aucun argument à cet effet, qu’à mon avis il n’est pas nécessaire pour les parties de déposer des rapports d’expertises pour faire la preuve du droit international puisque la Cour peut prendre connaissance judiciaire de ce droit.

[83] Dans l’arrêt *The Ship “North” v. The King (The)* (1906), 37 R.C.S. 385, l’une des questions devant être décidées par la Cour suprême du Canada était celle de savoir si la Cour pouvait prendre connaissance judiciaire de la doctrine du droit de poursuite immédiate (*hot pursuit*) et d’interpréter la législation pertinente à la lumière de cette doctrine. Il s’agissait d’une affaire de droit maritime concernant un navire étranger ayant violé les lois canadiennes sur les pêcheries à l’intérieur des trois-milles-marins constituant, à cette époque, la limite territoriale du Canada et le droit de le poursuivre et de le saisir en haute-mer.

[84] L’un des arguments de l’appelant devant la Cour suprême était à l’effet que le juge d’amirauté, siégeant en première instance, avait pris connaissance judiciaire de la doctrine de *hot pursuit* et par conséquent, qu’il

Justice MacLennan concurring, concluded that the admiralty judge had not committed any errors. At page 394, Justice Davies explained the following:

... I think the Admiralty Court when exercising its jurisdiction is bound to take notice of the law of nations, and that by that law when a vessel within foreign territory commits an infraction of its laws either for the protection of its fisheries or its revenues or coasts she may be immediately pursued into the open seas beyond the territorial limits and there taken....

...

...The right of hot pursuit of a vessel found illegally fishing within the territorial waters of another nation being part of the law of nations was properly judicially taken notice of and acted upon by the learned judge in this prosecution. [Emphasis added.]

[85] More recently, in *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 84, (1996), 126 F.T.R. 167 (T.D.), a case concerning the seizure of a Spanish vessel breaking Canadian fisheries laws, Justice MacKay of the Federal Court ruled that it could take judicial notice of international law. More specifically, Justice MacKay had to decide whether the alleged facts mentioned in the plaintiffs' statement of claim concerning international law should be struck out under subsection 419(1) of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663. At paragraphs 20 to 22 of his reasons, Justice MacKay stated as follows:

The principles concerning the application of international law in our courts are well settled, and they are not here disputed by plaintiffs. One may sum those up in the following terms: accepted principles of customary international law are recognized and are applied in Canadian courts, as part of the domestic law unless, of course, they are in conflict with domestic law....

...

The plaintiffs profess to accept those principles governing the relationships of international and domestic law. They do not contest that if there is conflict, the Court will apply domestic law. But they do urge, and seek the opportunity to establish at trial, that the amended Regulations are unlawful for a variety of reasons....

avait erré. Le juge Davies, avec la concurrence du juge MacLennan, a conclu que le juge d'amirauté n'avait commis aucune erreur. À la page 394, le juge Davies s'exprimait comme suit :

[...] I think the Admiralty Court when exercising its jurisdiction is bound to take notice of the law of nations, and that by that law when a vessel within foreign territory commits an infraction of its laws either for the protection of its fisheries or its revenues or coasts she may be immediately pursued into the open seas beyond the territorial limits and there taken [...]

[...]

[...] The right of hot pursuit of a vessel found illegally fishing within the territorial waters of another nation being part of the law of nations was properly judicially taken notice of and acted upon by the learned judge in this prosecution. [Mon soulignement.]

[85] Plus récemment, dans la décision *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 84 (1^{re} inst.), une affaire portant sur la saisie d'un navire espagnol en brèche des lois canadiennes sur les pêcheries, le juge MacKay de la Cour fédérale concluait qu'il pouvait prendre connaissance judiciaire du droit international. Plus particulièrement, le juge MacKay avait à décider si des allégués se retrouvant dans la déclaration des demandeurs portant sur le droit international devaient être radiés en raison du paragraphe 419(1) des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663. Aux paragraphes 20 à 22 de ses motifs, le juge MacKay s'exprimait comme suit :

Les principes régissant l'application des règles de droit international par nos tribunaux sont bien reconnus et les demandeurs ne les contestent pas en l'espèce. Ces principes peuvent être résumés comme suit : les principes reconnus du droit international coutumier sont acceptés et considérés par les tribunaux canadiens comme des principes faisant partie des règles de droit interne, sauf, bien entendu, s'ils vont à l'encontre de celles-ci [...]

Les demandeurs soutiennent qu'ils reconnaissent les principes régissant les liens entre les règles de droit international et les règles de droit interne. Ils ne contestent pas le fait qu'en cas de contradiction, les tribunaux appliqueront les règles de droit interne. Ils allèguent cependant que le Règlement modifié est illégal pour plusieurs

That issue, one fundamental to these proceedings, may be raised without reference in the pleadings or particulars to specific international treaties or conventions which, in so far as they are considered a source of law, will be applied in the action only if they are incorporated in Canadian domestic law by legislation specifically so providing. To the extent that international conventions or treaties are considered authority for international law principles, it is unnecessary to plead them specifically, in the same way that it is unnecessary to plead other authority, e.g., jurisprudence or legislation, and such pleading is not of facts, the essence of pleading, but of law, which is not to be pleaded. Thus, I would direct that the sentences, phrases or references to particular conventions in paragraph 8 of the statement of claim and paragraphs 3(a), 3(b), 3(c) and 3(d) of the reply to demand for particulars be struck from the record. [Emphasis added.]

[86] At paragraph 25 of his reasons, Justice MacKay decided this question as follows:

My opinion about the portions to be struck is based on my conclusion that those matters now to be deleted are immaterial and redundant to the plaintiffs' claim. They do not state material facts, but rather they plead law, a matter not to be pleaded, for it is unnecessary to do so. Thus, I would strike them pursuant to paragraph 419(1)(b) of the Rules.

[87] Finally, I would like to refer to a Scottish High Court of Justiciary case, *Lords Advocate's Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507. In that case, four individuals had been accused of crimes stemming from events that occurred aboard the *Maytime* while it was at anchor in the port of Loch Goil, Scotland. One of the questions that the Court had to answer was whether it was necessary to prove the content of customary international law. More specifically, as indicated in paragraph 21 of the Court's reasons, the issue to be resolved was as follows: "In a trial under Scottish criminal procedure, is it competent to lead evidence as to the content of customary international law as it applies to the United Kingdom?" The following passages, found at paragraphs 23, 24 and 27, are relevant:

raisons et demandent la possibilité de faire cette preuve à l'instruction [...]

Cette question, qui est fondamentale pour l'action en l'espèce, peut être soulevée sans qu'il soit nécessaire de mentionner dans la déclaration ou dans les précisions des traités ou des conventions internationales spécifiques qui, dans la mesure où ils sont considérés comme une source de droit, seront appliqués dans l'action uniquement s'ils sont intégrés dans les règles de droit interne du Canada aux termes d'une disposition législative explicite. Dans la mesure où les conventions ou traités internationaux sont considérés comme une source des principes de droit international, il n'est pas nécessaire de les plaider de façon spécifique, de la même façon qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer d'autres sources, p. ex., des jugements ou des lois, et cette allégation ne concerne pas des faits, mais des points de droit, qui ne doivent pas être plaidés. À mon avis, il y a lieu de radier du dossier les phrases, mots ou expressions renvoyant à des conventions particulières au paragraphe 8 de la déclaration et aux alinéas 3a), b), c) et d) de la réponse à la demande de précisions. [Mon soulignement.]

[86] Au paragraphe 25 de ses motifs, le juge MacKay concluait sur cette question comme suit :

J'en arrive à cette conclusion au sujet des parties susmentionnées à radier parce qu'à mon avis, elles ne sont pas essentielles et sont redondantes. Elles ne portent pas sur des faits essentiels, mais plutôt sur des points de droit, questions qui ne doivent pas être alléguées, parce que ce n'est pas nécessaire. En conséquence, il y a lieu de radier ces parties conformément à l'alinéa 419(1)(b) des Règles.

[87] Finalement, j'aimerais référer à une décision de la Scottish High Court of Justiciary dans l'affaire *Lords Advocate's Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507. Dans cette affaire, quatre individus avaient été accusés de crimes résultant d'événements s'étant produits à bord du navire *Maytime* alors à l'ancre dans le port de Loch Goil en Écosse. L'une des questions devant être déterminée par la Cour était celle de savoir s'il était nécessaire de faire la preuve du contenu du droit coutumier international. Plus particulièrement, tel qu'indiqué au paragraphe 21 des motifs de la Cour, la question devant être résolue était la suivante : « *In a trial under Scottish criminal procedure, is it competent to lead evidence as to the content of customary international law as it applies to the United Kingdom?* » Les

passages suivants, que l'on retrouve aux paragraphes 23, 24 et 27, sont pertinents :

We are in no doubt that in relation to evidence in the trial itself this Question must be answered in the negative. A rule of customary international law is a rule of Scots law. As such, in solemn proceedings it is a matter for the judge and not for the jury. The jury must be directed by the judge upon such a matter, and must accept any such direction. There can thus be no question of the jury requiring to hear or consider the evidence of a witness, however expert, as to what the law is.

It was pointed out to us that evidence as to foreign law may competently be led in Scottish proceedings. This is because the law in question is foreign, and in Scottish proceedings is a question of fact and not of law. Any analogy between such foreign law and customary international law is false

...

We can see some initial attraction in the suggestion that if a court is willing to read what a particular expert has written in a general context, it might on occasion be sensible to hear what he has to say, in the particular context of the case in hand. We do not feel it appropriate to rule out that possibility, as a matter of law. Such argument as was addressed to us in relation to Question 1 was of course directed primarily to the question of evidence *in causa*, before the jury; and while the possible usefulness of such material to a judge was touched upon, having regard to what the sheriff had said, the point was not fully argued. At that level, we are inclined to think that the matter would be one for the judge's discretion, although we would wish to reserve our opinion on that point. We would, however, add that if in any particular situation it were thought necessary by those representing a party to have recourse to some specialist source of advice, the appropriate course would of course normally be to seek that advice, whether in writing or by consultation or both, so that the appropriate submissions could be made, by that party's representative, at the appropriate time. In matters of customary international law, we can appreciate that the question of whether an *opinio juris* has emerged, and won the general acceptance which is necessary to constitute a rule of customary international law, might well make recourse to expertise appropriate. But having regard to the different skills and expertise of an advocate on the one hand, and some other kind of specialist on the other hand, we find it very hard to imagine any situation in which the appropriate material should be presented to the court in the form of evidence

We are in no doubt that in relation to evidence in the trial itself this Question must be answered in the negative. A rule of customary international law is a rule of Scots law. As such, in solemn proceedings it is a matter for the judge and not for the jury. The jury must be directed by the judge upon such a matter, and must accept any such direction. There can thus be no question of the jury requiring to hear or consider the evidence of a witness, however expert, as to what the law is.

It was pointed out to us that evidence as to foreign law may competently be led in Scottish proceedings. This is because the law in question is foreign, and in Scottish proceedings is a question of fact and not of law. Any analogy between such foreign law and customary international law is false [...]

[...]

We can see some initial attraction in the suggestion that if a court is willing to read what a particular expert has written in a general context, it might on occasion be sensible to hear what he has to say, in the particular context of the case in hand. We do not feel it appropriate to rule out that possibility, as a matter of law. Such argument as was addressed to us in relation to Question 1 was of course directed primarily to the question of evidence *in causa*, before the jury; and while the possible usefulness of such material to a judge was touched upon, having regard to what the sheriff had said, the point was not fully argued. At that level, we are inclined to think that the matter would be one for the judge's discretion, although we would wish to reserve our opinion on that point. We would, however, add that if in any particular situation it were thought necessary by those representing a party to have recourse to some specialist source of advice, the appropriate course would of course normally be to seek that advice, whether in writing or by consultation or both, so that the appropriate submissions could be made, by that party's representative, at the appropriate time. In matters of customary international law, we can appreciate that the question of whether an *opinio juris* has emerged, and won the general acceptance which is necessary to constitute a rule of customary international law, might well make recourse to expertise appropriate. But having regard to the different skills and expertise of an advocate on the one hand, and some other kind of specialist on the other hand, we find it very hard to imagine any situation in which the appropriate material should be presented to the court in the form

with examination and cross-examination, and perhaps counter-evidence for the other party. [Emphasis added.]

[88] I fully concur with those cases. Consequently, I think that in a case like the one before us, the parties do not need to rely on expertise in international law. International law, being a question of law, is the prerogative of courts, which can take judicial notice of this law with the help of attorneys arguing the case.

[89] It goes without saying that the purpose of my comments is not to prevent this question from being argued when it will again be presented before the Federal Court and this Court.

VII. Conclusion

[90] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

BOIVIN J.A.: I concur.

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

[91] GLEASON J.A. (concurring reasons): I agree with the result at which my colleague, Justice Nadon, has arrived. I do not, however, fully agree with his reasoning. More specifically, I do not think it necessary to comment on the reasonable or unreasonable nature of the Minister's decision to permit the export of light armoured vehicles (LAVs) where, according to the Minister, there is a reasonable risk that these vehicles will be used in contravention of international human rights rules or where, in the light of the facts, this is the only conclusion that the Minister could reasonably come to.

[92] In my opinion, we do not have to rule on this question here, because it has not been raised. This case rather turns on the facts, which do not establish that the

of evidence with examination and cross-examination, and perhaps counter-evidence for the other party. [Mon soulignement.]

[88] Je suis en accord complet avec ces décisions. Par conséquent, j'estime que dans une affaire comme celle devant nous, il n'est pas nécessaire pour les parties d'avoir recours à des expertises portant sur le droit international. Le droit international, étant une question de droit, est de l'apanage des tribunaux qui peuvent prendre connaissance judiciaire de ce droit avec l'aide des procureurs plaidant la cause.

[89] Il va sans dire que mes propos n'ont pas pour but d'empêcher que cette question soit débattue lorsqu'elle se présentera à nouveau devant la Cour fédérale et notre Cour.

VII. Conclusion

[90] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens.

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

Voici les motifs du jugement rendu en français par

[91] LA JUGE GLEASON, J.C.A. (motifs concourants) : Je souscris au résultat auquel arrive mon collègue, le juge Nadon. Or, je ne souscris pas complètement à son raisonnement. Plus particulièrement, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'émettre des commentaires sur le caractère raisonnable ou non de la décision du ministre d'autoriser l'exportation de véhicules blindés légers (VBL) dans le cas où, selon le ministre, il existe un risque raisonnable que ces véhicules soient utilisés en contravention des règles internationales des droits de la personne ou dans le cas où, au vu des faits, c'est la seule conclusion que le ministre aurait raisonnablement pu tirer.

[92] À mon avis, il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce, car elle ne se pose pas. La présente affaire est plutôt tributaire des faits, qui ne

Minister had ruled—or needed to rule—on the existence of a reasonable risk that Saudi Arabia would use the LAVs to attack the people of Yemen, in contravention of international human rights rules.

[93] As the Federal Court states at paragraphs 44, 53 and 54 of its reasons, at the time it made its ruling on the issue, the Minister had reasonable reasons to determine the absence of reasonable risk. Indeed, there was no evidence that Saudi Arabia had already used LAVs exported from Canada for purposes that contravened international human rights rules. Such exports began in 1990.

[94] In the light of the above and considering the considerable deference that we are required to show ministerial decisions of this nature, I concur with the conclusion that the decision at issue is reasonable. Consequently, I agree with the conclusion that this appeal should be dismissed with costs.

permettent pas d'établir que le ministre avait conclu — ou devait conclure — à l'existence d'un risque raisonnable que l'Arabie saoudite utiliserait les VBL pour s'en prendre à la population du Yémen, en contravention des règles internationales des droits de la personne.

[93] Comme la Cour fédérale l'indique aux paragraphes 44, 53 et 54 de ses motifs, au moment où il a pris la décision en litige, le ministre avait des motifs raisonnables de conclure à l'absence de risque raisonnable. En effet, rien ne démontrait que l'Arabie saoudite avait déjà utilisé des VBL exportés du Canada à des fins qui contrevenaient aux règles internationales des droits de la personne. De telles exportations ont commencé en 1990.

[94] À la lumière de ce qui précède et vu la déférence considérable que nous sommes tenus d'accorder aux décisions ministérielles de cette nature, je souscris à la conclusion selon laquelle la décision en question est raisonnable. Par conséquent, je suis d'accord pour conclure que le présent appel devrait être rejeté avec dépens.

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3