



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 4, Part 1

2020, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2020] 4 F.C.R., {³⁻²⁷⁸
D-1-D-5

Renvoi [2020] 4 R.C.F., {³⁻²⁷⁸
F-1-F-6

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2021.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2021.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–278
Digests.	D-1–D-5
Smith v. Canada (Attorney General) (F.C.)	3

Judges and Courts—Judicial review of Canadian Judicial Council's (CJC) decision to constitute Judicial Conduct Review Panel (Review Panel), Review Panel's conclusion that applicant contravening *Judges Act*, s. 55—Applicant, Ontario Superior Court of Justice judge, accepting appointment to position of Interim Dean of law school—Chief Justice granting applicant special leave pursuant to *Judges Act*, s. 54(1)(a) after obtaining approval from Minister of Justice—Executive Director of CJC of view that in light of *Judges Act*, ss. 54, 55, general duties, ethical obligations of Judges, acceptance by applicant of Interim Dean role may warrant consideration by Council—Referring matter to Judicial Conduct Committee Vice-Chairperson—Matter referred to Review Panel—Review Panel concluding that leave of absence granted under *Judges Act*, s. 54 not removing prohibition under s. 55—Finding applicant breaching ethical obligations, impermissibly using prestige of judicial office—Vice-Chairperson endorsing Review Panel's decision—Whether Review Panel decision reasonable, CJC proceedings procedurally unfair or abuse of process—Review Panel's interpretation of *Judges Act*, s. 55 unreasonable—"Prohibition" identified by Review Panel not "on judges carrying on extra-judicial activities" but rather on judges engaging "in any occupation or business other than his or her judicial duties"—Review Committee's broad interpretation exhibiting neither justification nor intelligibility—Applicant not breaching s. 55 when accepting appointment—S. 55 not complete ban on judges taking on non-judicial roles—S. 54 allowing for leave from judicial duties for reasons not inconsistent with those duties—Review Panel's decision as to ethical breach by applicant unreasonable—Review Panel failing to examine applicant's conduct on basis of informed public exercising mature judgment—CJC process involving applicant unfair, contrary to interests of justice—Constituting abuse of process—Nothing in record explaining how, on what basis

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–278
Fiches analytiques.	F-1–F-6
Smith c. Canada (Procureur Général) (C.F.)	3

Juges et Tribunaux—Contrôles judiciaires de la décision du Conseil canadien de la magistrature (CCM) de constituer un Comité d'examen de la conduite judiciaire (Comité d'examen) et de la conclusion du Comité d'examen selon laquelle le demandeur a manqué à l'art. 55 de la *Loi sur les juges*—Le demandeur, un juge à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a accepté le poste de doyen par intérim d'une faculté de droit—Après avoir obtenu l'approbation de la ministre de la Justice, le juge en chef a accordé un congé spécial au demandeur conformément à l'art. 54(1)a) de la *Loi sur les juges*—Le directeur administratif du CCM s'est dit d'avis que, compte tenu des art. 54 et 55 de la *Loi sur les juges* et des devoirs et obligations déontologiques généraux des juges, l'acceptation de la fonction de doyen par intérim par le demandeur pourrait justifier un examen du Conseil—Il a renvoyé l'affaire au vice-président du Comité sur la conduite des juges—L'affaire a été renvoyée au Comité d'examen—Le Comité d'examen a conclu qu'un congé accordé aux termes de l'art. 54 de la *Loi sur les juges* ne lève pas l'interdiction prévue à l'art. 55—Il a conclu que le demandeur n'a pas respecté l'obligation déontologique et a utilisé de manière inacceptable le prestige de sa fonction—Le vice-président a avalisé la décision du Comité d'examen—Il s'agissait de savoir si la décision du Comité d'examen était raisonnable et si la procédure du CCM a été inéquitable sur le plan procédural ou a constitué un abus de procédure—L'interprétation par le Comité d'examen de l'art. 55 de la *Loi sur les juges* était déraisonnable—L'« interdiction » qu'il a cernée n'est pas une interdiction « faite aux juges d'exercer des fonctions extrajudiciaires », mais plutôt une interdiction aux juges de « se livrer à toute occupation ou activité autre que leurs fonctions judiciaires »—La conclusion du Comité d'examen selon laquelle l'expression appelle une interprétation large était dénuée de justification et d'intelligibilité—Le demandeur n'a pas manqué à l'art. 55 quand il a

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Executive Director concluding that referral to Judicial Conduct Committee in public interest, due administration of justice—Applicant also denied procedural fairness by Executive Director—Not receiving fundamental procedural right to know case to be met—Initial referral to Judicial Conduct Committee failing to accord with CJC procedures—Executive Director raising matter on his own in absence of public complaint—In such circumstances, Executive Director ought to weight conduct against test set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* for conduct worthy of removal from bench, be convinced that conduct could result in such a finding—Here, removal of applicant by Minister of Justice inconceivable—Applications allowed.

Lawyers' Professional Indemnity Company v. Canada (F.C.A.) 75

Income Tax—Exemptions—Appeal from Tax Court of Canada decision finding that while Law Society of Ontario “public body”, not performing “function of government in Canada”—Consequently, income earned by appellant, subsidiary of Law Society of Ontario, not exempt from taxation for its 2013, 2014 taxation years—*Income Tax Act* (ITA), s. 149(1)(d.5) exempting from taxation income earned by certain corporations owned by “public bod[ies] performing a function of government in Canada”—Appellant asserting that Tax Court erred in law in concluding that Law Society of Ontario not “public body performing a function of government in Canada”—Whether Tax Court erring in its interpretation of ITA, s.149(1)(d.5)—Consideration of text, context, purpose of s. 149(1)(d.5) leading to conclusion that Law Society not “public body performing a function of government in Canada”—As subsidiary of Law Society, appellant thus not entitled to benefit of ITA, s. 149(1)(d.5)—This conclusion strengthened when regard had to purpose of that provision—Clear from legislative history that

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

accepté la nomination—L’art. 55 n’impose pas une interdiction totale aux juges d’occuper des rôles non judiciaires—L’art. 54 permet aux juges de prendre congé de fonctions judiciaires pour des raisons qui ne sont pas incompatibles avec les fonctions judiciaires d’un juge—La décision du Comité d’examen quant au manquement à la déontologie du demandeur était déraisonnable—La décision du Comité d’examen de ne pas examiner la conduite du demandeur n’était pas celle d’un public renseigné faisant preuve d’un jugement mature—Le processus du CCM concernant le demandeur était inéquitable et contraire à l’intérêt de la justice—Il y a eu abus de procédure—Rien dans le dossier n’expliquait pourquoi et sur quel fondement le directeur administratif a conclu que son renvoi au Comité sur la conduite des juges servait l’intérêt public et la bonne administration de la justice—Le demandeur a aussi été privé d’équité procédurale de la part du directeur administratif—On ne lui a pas accordé le droit procédural fondamental d’avoir connaissance des moyens qui lui sont opposés—Le renvoi initial au Comité sur la conduite des juges n’était pas conforme aux procédures établies par le CCM—Le directeur administratif a soulevé l’affaire de sa propre initiative en l’absence de plainte du public—Dans un tel cas, le directeur administratif doit apprécier la conduite de l’intéressé selon le critère consacré dans l’affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, relativement à une conduite justifiant une révocation et il doit être convaincu que cette conclusion pourrait être tirée—En l’espèce, la mesure de révocation à l’initiative de la ministre de la Justice était inconcevable—Demandes accueillies.

Lawyers' Professional Indemnity Company c. Canada (C.A.F.) 75

Impôt sur le revenu—Exemptions—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour canadienne de l’impôt a estimé que, même si le Barreau de l’Ontario était un « organisme public », il n’exerçait pas « une fonction gouvernementale au Canada »—Par conséquent, les revenus gagnés par l’appelante, une filiale du Barreau de l’Ontario, n’étaient pas exonérés de l’impôt pour ses années d’imposition 2013 et 2014—Aux termes de l’art. 149(1)d.5) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la LIR), les revenus gagnés par certaines sociétés appartenant à des « organisme[s] [...] public[s] remplissant une fonction gouvernementale au Canada » sont exonérés d’impôt—L’appelante a fait valoir que la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en concluant que le Barreau de l’Ontario n’était pas un « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada »—Il s’agissait de savoir si la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation de l’art. 149(1)d.5) de la LIR—L’examen du texte, du contexte et de l’objet de l’art. 149(1)d.5) a permis de conclure

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

2013 amendment to ITA, s. 149(1)(d.5) adding reference to “a municipal or public body performing a function of government in Canada” made to resolve conflicting case law—Moreover, 2013 amendment not meant to be so broad as creating new tax exemption for corporations owned by professional regulators—Amendment simply recognizing there may be other bodies of local nature that perform type of function typically performed by municipalities, provide type of services usually provided by municipalities—Law Society’s primary focus on regulation of legal profession in Ontario, not providing type of services typically provided by municipalities or municipal bodies in localized geographical area—Allowing income earned by appellant to be subject to federal income tax not offending principle of tax immunity extended to provincial governments, municipalities, municipal bodies, public bodies that perform similar functions through collection, use of public funds—Appeal dismissed.

Constitutional Law—Intergovernmental immunity from taxation—Tax Court of Canada concluding that income earned by appellant, subsidiary of Law Society of Ontario, not exempt from taxation for its 2013, 2014 taxation years given that parent, Law Society of Ontario, not performing “function of government in Canada” pursuant to *Income Tax Act* (ITA), s. 149(1)(d.5)—Whether Tax Court erring in its interpretation of ITA, s. 149(1)(d.5)—Rationale underlying original enactment of ITA, s. 149(1)(d.5) being to give effect to constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation found in *Constitution Act, 1867*, s. 125—S. 125 existing to prevent one level of government from appropriating to own use property of other or fruits of that property—How Parliament chose to implement purpose in ITA significant in present case—Overall structure of ITA pointing to specific, carefully drawn pockets of exemptions rather than to broad, open-ended categories exempting all kinds of entities from taxation—While enactment of ITA, s. 149(1)(d.5) was to give effect to constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation, just one of several provisions in ITA that serve such purpose—Moreover, when read in particular legislative context, meaning of phrase as appearing in s. 149(1)(d.5) not extending

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que le Barreau n’est pas « un organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada »—En tant que filiale du Barreau, l’appelante n’avait donc pas le droit d’invoquer à son profit l’art. 149(1)d.5) de la LIR—Cette conclusion est renforcée lorsque l’on tient compte de l’objet de la disposition—Il ressort clairement du contexte législatif que la modification de 2013 de l’art. 149(1)d.5) ayant permis le renvoi à « un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » a été apportée pour résoudre un conflit entre certaines décisions—De plus, la modification de 2013 n’était pas censée être si large qu’elle créerait une toute nouvelle exonération fiscale pour les sociétés appartenant à des organismes de réglementation professionnelle—La modification reconnaît simplement qu’il peut y avoir d’autres organismes de nature locale qui remplissent le type de fonctions habituellement exercées par les municipalités et fournissent le type de services qui sont habituellement fournis par les municipalités—Le Barreau se concentre principalement sur la réglementation de la profession juridique en Ontario, et ne fournit pas le type de services qui sont généralement fournis par les municipalités ou les organismes municipaux dans une zone géographique localisée—Le fait de permettre que les revenus gagnés par l’appelante soient assujettis à l’impôt fédéral sur le revenu n’enfreint pas le principe de l’immunité fiscale accordée aux gouvernements provinciaux, aux municipalités, aux organismes municipaux et aux organismes publics qui exercent des fonctions similaires en percevant et en utilisant des fonds publics—Appel rejeté.

Droit constitutionnel—Immunité intergouvernementale contre la taxation—La Cour canadienne de l’impôt a conclu que les revenus gagnés par l’appelante, une filiale du Barreau de l’Ontario, n’étaient pas exonérés de l’impôt pour ses années d’imposition 2013 et 2014 étant donné que la société mère de l’appelante, le Barreau de l’Ontario, ne remplissait pas « une fonction gouvernementale au Canada » aux termes de l’art. 149(1)d.5) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (LIR)—Il s’agissait de savoir si la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation de l’art. 149(1)d.5) de la LIR—La raison d’être de la promulgation initiale de l’art. 149(1)d.5) de la LIR était de permettre la mise en application du principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale, énoncé à l’art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*—L’art. 125 vise à empêcher un palier de gouvernement de s’approprier, pour son propre usage, les biens de l’autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens—La manière dont le législateur a choisi de mettre en œuvre cet objectif dans la LIR était importante en l’espèce—La structure globale de la LIR fait ressortir des dispositions d’exemptions ponctuelles précises et soigneusement rédigées plutôt que des catégories larges et ouvertes qui exonèrent de l’impôt tous les types d’entités—Si l’adoption

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to include self-regulating professional bodies such as Law Society of Ontario.

Canada v. Cameco Corporation (F.C.A.) 104

Income Tax—Non-residents—Transfer pricing—Appeals from Tax Court of Canada decision reversing Minister of National Revenue’s significant adjustments to respondent’s income made under *Income Tax Act*, s. 247; other appeal from Tax Court order awarding costs to respondent in event appellant successful in main appeal before Federal Court of Appeal—Respondent, subsidiaries thereof, large uranium producer, supplier of services converting one form of uranium into another form—Further to agreement between United States, Russia in 1993, Russia could sell uranium formerly used in its nuclear arsenal—Respondent negotiating agreement for purchase of uranium by consortium of companies—When final agreement signed, respondent designated Luxembourg subsidiary, Cameco Europe S.A. (CESA), to be signatory to this agreement—Agreement relating to purchase of Russian uranium executed in particular among CESA, AO “Techsnabexport” (Tenex), Russian state-owned company—CESA also purchasing uranium from uranium enricher called Urenco—Respondent forming subsidiary in Switzerland; company later changed its name to Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL)—Subsequently, CESA transferring its business to CEL, including rights of CESA to purchase uranium from Tenex, Urenco—Profits in issue in appeal arising as result of sale of uranium by CEL—Profits substantial, reassessed by Minister—Tax Court concluding that transactions at issue not commercially irrational, not transactions described in Act, s. 247(2)(b)(i); determining that no adjustment should be made in relation to any transactions between respondent, CESA/CEL—On appeal, appellant adopting broader view of Act, ss. 247(2)(b),(d) submitting that respondent would not have entered into any of transactions it did with CESA, CEL with any arm’s length person—Arguing that profits earned by CEL should be reallocated to respondent; also raising alternate argument relating to interpretation of Act, s. 247(2)(a)—Whether Tax Court erring in interpretation of Act, ss. 247(2)(b),(d); in alternative, whether erring in interpretation of Act, s. 247(2)(a)—Act, s. 247(2)(b) setting out conditions that must be satisfied for adjustment to be made; s. 247(2)(d) providing guidance for adjustment to be made if conditions in Act, s. 247(2)(b) satisfied—Interpretation of provisions of Act to be based on textual, contextual, purposive analysis—Act, s. 247(2)(b) setting out two conditions in relation to transactions at issue in present case: 1)

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de l’art. 149(1)d.5) de la LIR devait donner effet au principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale, ce n’est qu’une des nombreuses dispositions de la LIR qui atteint cet objectif—En outre, lorsque l’expression, telle qu’elle figure à l’art. 149(1)d.5), est lue dans son contexte législatif particulier, son sens ne vise pas les organismes professionnels d’auto-régulation, tels que le Barreau de l’Ontario.

Canada c. Cameco Corporation (C.A.F.) 104

Impôt sur le revenu—Non-résidents—Prix de transfert—Appels à l’encontre d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt infirmant les redressements importants du ministre du Revenu national à l’égard du revenu de l’intimée, effectués au titre de l’art. 247 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*; et à l’encontre d’une ordonnance de la Cour de l’impôt adjugeant des dépens à l’intimée au cas où l’appelante obtiendrait gain de cause dans l’appel principal interjeté devant la Cour d’appel fédérale—L’intimée, avec ses filiales, est un grand producteur d’uranium et fournisseur de services de conversion d’uranium d’une forme à une autre—En conséquence d’un accord conclu entre les États-Unis et la Russie en 1993, la Russie pouvait vendre l’uranium qu’elle utilisait auparavant dans son arsenal nucléaire—L’intimée a négocié un accord d’achat de cet uranium par un consortium d’entreprises—Lorsque l’accord définitif a été signé, l’intimée a désigné sa filiale luxembourgeoise, Cameco Europe S.A. (CESA), comme signataire de cet accord—L’accord portant sur l’achat d’uranium russe a été signé notamment par CESA et AO « Techsnabexport » (Tenex), une société d’État russe—CESA a aussi acheté de l’uranium auprès d’Urenco, un enrichisseur d’uranium—L’intimée a constitué une filiale en Suisse et cette entreprise a ensuite changé son nom pour devenir Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL)—Par la suite, CESA a transféré son activité à CEL, ce qui incluait le droit de CESA d’acheter de l’uranium à Tenex et à Urenco—Les bénéfices en cause dans le présent appel sont le résultat de la vente d’uranium par CEL—Les bénéfices étaient considérables et ont fait l’objet d’une nouvelle cotisation par le ministre—La Cour de l’impôt a conclu que les opérations en cause n’étaient pas contraires à la logique commerciale et que ces opérations n’étaient pas visées par l’art. 247(2)b)i) de la Loi; elle a jugé qu’aucun redressement ne devait être effectué relativement aux opérations entre l’intimée et CESA/CEL—En appel, l’appelante a adopté une interprétation plus large des art. 247(2)b) et d) de la Loi et affirmé que l’intimée n’aurait conclu aucune des opérations qu’elle a conclues avec CESA et CEL avec une personne sans lien de dépendance—Selon l’appelante, les bénéfices réalisés par CEL devraient être réattribués à l’intimée; elle a aussi soulevé un argument subsidiaire concernant l’interprétation de l’art. 247(2)a) de la Loi—Il s’agissait de savoir si la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

transaction or series would not have been entered into between persons dealing at arm's length; 2) transaction can reasonably be considered not to have been entered into primarily for bona fide purposes other than to obtain tax benefit—Act, s. 247(2)(b)(i) not referring to whether particular taxpayer would not have entered into particular transaction with non-resident (subjective test)—Rather, raising issue of whether transaction or series of transactions would have been entered into between persons dealing with each other at arm's length (objective test)—Act, s. 247(2)(b)(i) applying when no arm's length persons would have entered into transaction or series of transactions in question under any terms, conditions—That provision directly linked to s. 247(2)(d)—Under s. 247(2)(d), which applicable if conditions in s. 247(2)(b) satisfied, any amount that would otherwise be determined for purposes of Act is to be adjusted to quantum or nature of amounts that would have been determined if transaction or series entered into between participants had been transaction or series that would have been entered into between persons dealing at arm's length—Headings under which ss. 247, 247(2) found supporting interpretation of s. 247(2) that would result in adjustment in pricing of relevant transactions rather than interpretation that would allow Minister to pierce corporate veil of CEL, reallocate profits to respondent—Ss. 247(2)(b),(d) not permitting court to ignore separate existence of CEL, treat respondent as if having bought, sold uranium that CEL bought, sold—Transfer by respondent of its sales function to CEL would still have to be respected—Profits in question in present matter arising from buying, selling uranium—No basis to find that parties dealing with each other at arm's length would not have bought, sold uranium or transferred between them rights to buy uranium from Tenex or Urenco—Also, no basis for Court to interfere with Tax Court's finding in relation to value of Tenex or Urenco agreements or in relation to prices paid by CEL to respondent for uranium purchased—Therefore, appellant could not succeed in relation to its alternate argument with respect to Act, s. 247(2)(a)—Appeal in A-193-19 regarding costs dismissed since contingent on success of main appeal in A-349-18 — Appeals dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des art. 247(2)b) et d) de la Loi et, à titre subsidiaire, dans son interprétation de l'art. 247(2)a) de cette loi—L'art. 247(2)b) de la Loi édicte les conditions qui doivent être respectées pour qu'un redressement soit effectué; l'art. 247(2)d) prescrit des indications quant au redressement à effectuer si les conditions de l'art. 247(2)b) de la Loi sont respectées—L'interprétation des dispositions de la Loi doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique—L'art. 247(2)b) de la Loi édicte deux conditions relativement aux opérations qui étaient en cause dans la présente affaire : 1) l'opération ou la série d'opérations n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance; 2) il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal—L'art. 247(2)b)(i) de la Loi ne déclare pas si le contribuable donné n'aurait pas conclu l'opération donnée avec le non-résident (critère subjectif)—Il porte plutôt sur la question de savoir si l'opération ou la série d'opérations aurait été conclue par des personnes sans lien de dépendance (critère objectif)—L'art. 247(2)b)(i) de la Loi s'applique lorsqu'une personne sans lien de dépendance n'aurait pas conclu l'opération ou la série d'opérations en cause, et ce, peu importe les modalités—Cette disposition est directement liée à l'art. 247(2)d) —Aux termes de l'art. 247(2)d), qui est applicable, si les conditions de l'alinéa b) sont respectées, les montants qui seraient par ailleurs déterminés pour l'application de la Loi feront l'objet d'un redressement de façon à ce qu'ils correspondent à la valeur ou à la nature des montants qui auraient été déterminés si l'opération ou la série conclue entre les participants avait été celle qui aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance —Les rubriques dans lesquelles figurent les art. 247 et 247(2) appuyaient une interprétation de l'art. 247(2) qui donnerait lieu à un redressement des prix des opérations pertinentes, plutôt qu'une interprétation qui permettrait au ministre de soulever le voile de la personnalité juridique de CEL et de réaffecter tous ses profits à l'intimée—Les art. 247(2)b) et d) ne permettraient pas à un tribunal de faire fi de l'existence distincte de CEL et de traiter l'intimée comme si elle avait acheté et vendu l'uranium que CEL avait acheté et vendu—Il faudrait encore respecter le transfert par l'intimée de sa fonction de ventes à CEL—Les profits en question en l'espèce ont découlé de l'achat et de la vente d'uranium—Rien ne permettait de conclure que des parties n'ayant aucun lien de dépendance n'auraient pas acheté ou vendu de l'uranium ni transféré entre elles les droits d'acheter de l'uranium auprès de Tenex ou d'Urenco—Il n'y avait aucune raison non plus pour que la Cour intervienne quant à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt en lien avec la valeur du contrat Tenex ou du contrat Urenco, ni en lien avec les prix que CEL a payés à l'intimée pour l'uranium qu'elle achetait— Par conséquent, l'appelante ne pouvait pas obtenir gain de cause relativement à son argument lié à l'art. 247(2)a) de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Bafakih v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 143

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision vacating previous refugee protection decision pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 109(1) for misrepresentation—Applicants, family of four Yemeni citizens—Granted refugee status based on claim against Yemen—At time of vacation hearing, parents divorced, living overseas—Respondent receiving documents regarding parents' identity in Kenya which raised suspicion since applicants never previously disclosing Kenyan ties—Respondent starting vacation proceedings, alleging that applicants had misrepresented or withheld material facts when making refugee claim which precluded original panel from engaging in full analysis of their identities, credibility; that neither parent mentioned any Kenyan ties—Applicant parents submitting that while applying for Kenyan ID cards before coming to Canada, never receiving such cards—Raising three fundamental issues with decision to vacate—Stating RPD: (1) relied on non-credible, untrustworthy evidence from Kenya; (2) made three factual findings that were not based on evidence; (3) made unreasonable material misrepresentation finding—Respondents arguing that due to withholding of material facts by applicants, RPD not given opportunity to assess Kenya as potential country of reference; that RPD's decision to vacate not turning on whether applicants holding Kenyan citizenship but whether information withheld relating to potential Kenyan citizenship—Whether RPD relying on unreliable evidence from Kenya; whether RPD making findings of fact that not based upon evidence; whether RPD's finding of material misrepresentation reasonable—Direct or indirect misrepresentations RPD relied upon were that by 1999 principal applicant probably had, was registered as Kenyan national; that his parents born in Kenya—RDP stating that applicants could have been refused status in Canada because applicants having right to go to Kenya—However, no evidence suggesting that applicants having any right to go to Kenya—Evidence only suggesting that Kenya was possible country of reference that could have been explored as part of applicants' refugee claim—RPD's approach fundamentally flawed, based upon logical fallacy—If any connection which applicants had with Kenya in 1999 not capable of yielding Kenyan nationality, then no misrepresentation or withholding of material facts relating to relevant matter made—Act, s. 109 requiring respondent to demonstrate

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Loi—L'appel dans le dossier A-193-19 a été rejeté sur la question des dépens, puisqu'il dépendait du succès de l'appel principal dans le dossier A-349-18—Appels rejetés.

Bafakih c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 143

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé une décision antérieure sur le statut de réfugié en application de l'art. 109(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) en raison de la présentation erronée des faits—Les demandeurs sont quatre membres d'une famille citoyens du Yémen—Ils se sont vu reconnaître la qualité de réfugiés au sens de la Convention, en tant que citoyens du Yémen—Au moment de l'audience d'annulation, les parents étaient divorcés et vivaient à l'étranger—Le défendeur a reçu des documents concernant l'identité des parents au Kenya, ce qui a éveillé les soupçons du défendeur puisque les demandeurs n'avaient déclaré aucun lien avec le Kenya—Le défendeur a institué une demande d'annulation, alléguant que les demandeurs avaient fait une présentation erronée de faits importants ou avaient dissimulé des faits importants dans leur demande d'asile, ce qui avait empêché le tribunal initial de mener une analyse approfondie de l'identité des demandeurs et de leur crédibilité; que ni l'un ni l'autre des parents n'avait mentionné de liens avec le Kenya—Les parents demandeurs ont fait valoir qu'ils avaient demandé des cartes d'identité du Kenya avant de venir au Canada, mais qu'ils ne les avaient jamais reçues—Ils ont soulevé trois questions fondamentales à l'égard de la décision d'annuler leurs demandes d'asile—Ils ont affirmé que la SPR : 1) s'est appuyée sur des éléments de preuves douteux et non crédibles fournis par le Kenya; 2) a tiré trois conclusions factuelles qui n'étaient pas fondées sur les éléments de preuve; et 3) a tiré une conclusion déraisonnable en décidant qu'il y avait eu une présentation erronée sur un fait important—Le défendeur a fait valoir notamment que les demandeurs ont dissimulé des faits importants et que cela a empêché la SPR d'évaluer le Kenya en tant que pays de référence possible; qu'il n'était pas question, dans la décision de la SPR d'annuler la demande, de savoir si les demandeurs avaient effectivement la citoyenneté kenyane, mais plutôt de savoir s'ils avaient dissimulé des renseignements en lien avec une possible citoyenneté kenyane—Il s'agissait de savoir si la SPR s'est fondée sur des éléments de preuve qui n'étaient pas dignes de foi fournis par le Kenya; si la SPR a tiré des conclusions de fait qui ne tenaient pas compte des éléments de preuve; et si la conclusion de la SPR quant à l'existence d'une présentation erronée sur un fait important était raisonnable—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

that applicants' failure to mention any possible connections to Kenya in 1999 led to decision that was direct or indirect result of withholding that information—No evidence that applicants having any right to Kenyan citizenship or that RDP could have assessed Kenya as possible country of reference; that applicants misrepresented anything—Under Act, s. 109(1), refugee protection can only be vacated if RPD finding that decision obtained as result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to relevant matter, which was not the case herein—Application allowed.

Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General) (F.C.) 180

Patents—*Patented Medicines Regulations*—Judicial review of Governor in Council's decision to promulgate amendments to Regulations—Applicants seeking declaration that certain provisions of *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)* (Amendments) invalid, *ultra vires Patent Act*—Taking issue with Amendments, s. 4 (introducing new mandatory economic factors), s. 6 (changing list of price comparator countries in schedule to Regulations), s. 3(4) (requiring patentees to alter way that prices calculated)—Whether impugned Amendments *ultra vires Patent Act*—New mandatory factors, corresponding reporting requirements falling within Governor in Council's regulation-making authority—Applicants misconstruing relevance of pharmacoeconomic value to determination of excessive pricing—Board having to consider this value alongside all other mandatory factors—New mandatory factors complementing pre-existing factors—Patentees of medicines not having unfettered pricing discretion—Preventing excessive

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Les présentations erronées faites directement ou indirectement sur lesquelles s'est fondée la SPR étaient qu'en 1999, le demandeur principal était probablement inscrit en tant que ressortissant kényan et que ses parents sont nés au Kenya—La SPR a affirmé que l'asile au Canada aurait pu être refusé aux demandeurs parce qu'ils avaient le droit d'aller au Kenya—Toutefois, rien n'indiquait que les demandeurs avaient le droit d'aller dans ce pays—Les éléments de preuve indiquaient seulement que le Kenya était un pays de référence possible qui aurait pu être examiné lors de leur demande d'asile—L'approche de la SPR était fondamentalement déficiente et reposait sur une erreur de logique—Si un éventuel lien que les demandeurs avaient avec le Kenya en 1999 ne leur a pas permis d'obtenir la citoyenneté kenyane, alors il n'y a pas eu de présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ni de réticence sur ce fait—L'art. 109 de la LIPR obligeait le défendeur à prouver que le défaut des demandeurs de mentionner d'éventuels liens avec le Kenya en 1999 a mené à une décision résultant directement ou indirectement de la réticence sur cette information—Il n'y avait aucune preuve selon laquelle les demandeurs avaient droit à la citoyenneté kenyane ou selon laquelle la SPR aurait pu examiner le Kenya en tant que pays de référence possible—Il n'y avait également aucune preuve que les demandeurs ont fait une présentation erronée—Selon l'art. 109(1) de la LIPR, le droit d'asile ne peut être annulé que si la SPR conclut que la décision résulte, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait, ce qui n'était pas le cas dans la présente affaire—Demande accueillie.

Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général) (C.F.) 180

Brevets—*Règlement sur les médicaments brevetés*—Contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil de promulguer des modifications apportées au Règlement—Les demanderesse ont sollicité une déclaration selon laquelle certaines dispositions du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)* (les modifications) sont invalides parce qu'elles outrepassent la *Loi sur les brevets*—Elles contestent les modifications, soit l'art. 4 (qui introduit de nouveaux facteurs économiques obligatoires), l'art. 6 (qui remplace la liste des pays qui figure à l'annexe du Règlement et qui est utilisée pour comparer les prix des médicaments brevetés), l'art. 3(4) (qui exige que les brevets modifient la façon dont ils calculent les prix)—Il s'agissait de savoir si les modifications contestées outrepassent la *Loi sur les brevets*—Les nouveaux facteurs obligatoires et les exigences connexes en matière de rapports relèvent du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil—Les demanderesse

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

patented medicines prices within Parliament's jurisdiction—Patented medicines regime authorising Board to monitor, challenge, patentee's ability to set prices—Governor in Council, Board different entities with separate roles, powers within patented medicines regime—Language of *Patent Act*, s. 101(1)(d) not limiting type of factors Governor in Council may specify—Regulation-making authority thereof not limited by existing *Patent Act*, s. 85(1) factors—Decision to amend basket of comparator countries reasonable—Consistent with purpose of *Patent Act*—List of countries not form of price control—Patented medicines regime empowering Board to make determinations of excessive pricing—However, new price calculation *ultra vires Patent Act*—Allowing Board to factor third party rebates into its calculation of average transaction prices to inform existing factors—Information provided by patentees to Board under *Patent Act*, s. 80(1)(b) having to be related to sale of medicines by patentees to customers—Amended language of Regulations, s. 4(4)(a) not limited to adjustments made by patentee or customer, but extending to any adjustments made by any party—New price calculation therefore not limited to sales transactions made by patentee at factory-gate—Interpreting term “sale” as to encompass relationship between patentees, third parties who do not purchase medicines from patentees would do violence to ordinary meaning of term—New price calculation inconsistent with Regulations, s. 4(1)(f)(i)—Rebates provided by patentees to third party insurers unrelated to “price” at which patented medicines “sold”—New price calculation irreconcilable with enabling statute—Governor in Council exceeding scope of her regulation-making authority within scheme of *Patent Act* in advancing this objective—Application allowed in part.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ont mal interprété la pertinence de la valeur pharmacoéconomique pour une détermination du caractère excessif des prix—Le Conseil doit tenir compte de la valeur ainsi que de tous les autres facteurs obligatoires—Les nouveaux facteurs obligatoires complètent les facteurs qui étaient déjà prévus—Les titulaires de brevets de médicaments n'ont aucun pouvoir discrétionnaire illimité en matière d'établissement des prix—La prévention de la vente de médicaments brevetés à des prix excessifs se rattache à la compétence fédérale—Le régime des médicaments brevetés autorise le Conseil à surveiller et à contester la capacité d'un breveté à fixer des prix—Le gouverneur en conseil et le Conseil sont des entités différentes ayant des rôles et des pouvoirs distincts aux termes du régime des médicaments brevetés—Le libellé de l'art. 101(1)(d) de la *Loi sur les brevets* ne limite pas le type de facteurs que le gouverneur en conseil peut définir par règlement—Le pouvoir de réglementation à cet égard n'est pas limité par les facteurs déjà prévus à l'art. 85(1)—La décision de modifier l'ensemble des pays de comparaison était raisonnable—Elle était compatible avec l'objet de la *Loi sur les brevets*—La liste de pays ne constitue pas une forme de contrôle des prix—Le régime des médicaments brevetés permet au Conseil de prendre des décisions concernant des prix excessifs—Toutefois, le nouveau calcul des prix a outrepassé la *Loi sur les brevets*—Il permettait au Conseil de tenir compte des remises offertes à des tiers dans son calcul du prix moyen des transactions pour informer les facteurs existants—Les renseignements que les brevetés fournissent au Conseil suivant l'art. 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets* doivent porter sur la vente de médicaments par les brevetés à des clients—La formulation modifiée de l'art. 4(4)a) du Règlement ne se limite pas aux ajustements apportés par le breveté ou le client, mais s'étend à tous les ajustements apportés par une partie—Le nouveau calcul des prix ne se limite donc pas aux ventes conclues par le breveté au prix du fabricant—Une interprétation du terme « vente » qui englobe la relation entre les brevetés et les tiers qui n'achètent pas des médicaments des brevetés irait à l'encontre du sens ordinaire du terme—Le nouveau calcul des prix est incompatible avec l'art. 4(1)(f)(i) du Règlement—Les remises et les rabais accordés par les brevetés à des tiers assureurs ne sont pas liés au « prix » auquel les médicaments brevetés sont « vendu[s] »—Le nouveau calcul des prix est incompatible avec la loi habilitante—Le gouverneur en conseil a dépassé la portée de son pouvoir de réglementation sous le régime de la *Loi sur les brevets* pour tenter de faire avancer cet objectif—Demande accueillie en partie.

Suite à la page suivante

**Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation
(F.C.A.) 254**

Income Tax—Administration and Enforcement—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s summary application seeking compliance order under *Income Tax Act*, s. 231.7(1) directing respondent to comply with Canada Revenue Agency’s (CRA) request to interview respondent’s employees regarding audit CRA conducting—Audit to determine whether respondent complying with transfer pricing rules set out in Act, s. 247 during respondent’s 2010, 2011, 2012 taxation years—CRA thus requesting employees of respondent to attend interviews, answer orally questions that CRA considering relevant to audit—Respondent refusing but offering to respond to questions in writing—Appellant of view that words “inspect, audit or examine” in Act, s. 231.1(1)(a) broad, encompassing authority to ask questions of taxpayer or employees of taxpayer—Whether appellant can require employees of corporation to attend for interviews, compel oral answers to questions posed by CRA auditors—*Per Rennie J.A.* (Laskin J.A. concurring): Act, s. 231.1(1)(a) cannot be interpreted so as to permit appellant to compel oral interviews of taxpayer or its employees concerning its tax liability—Focus of powers in Act, s. 231.1(1)(a),(b) squarely on appellant’s ability to access information that is documented, or ought to be documented, in taxpayer’s books, records—Power referred to in those paragraphs is to “inspect, audit or examine”—Neither “inspect” nor “examine” suggesting power to compel person to answer questions—Where Parliament intending to compel person to provide oral answers to questions in response to government inquiry, does so expressly, not by implication—Purpose of provision to facilitate appellant’s unencumbered, immediate access to all books, records, information of taxpayer—Appeal dismissed—*Per Woods J.A.* (concurring): Federal Court not making any reviewable error in concluding that application should be dismissed on facts of particular case; in denying compliance order sought based on factual circumstances—Not necessary to consider scope of appellant’s audit powers more generally in present appeal—While true that some of Federal Court’s reasons not withstanding scrutiny, these aspects of reasons not crucial to its decision—Facts amply supporting that appellant’s application overreaching on particular facts of this case.

**Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation
(C.A.F.) 254**

Impôt sur le revenu — Application et exécution—Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a rejeté la demande sommaire de l’appellant visant à obtenir une ordonnance en application de l’art. 231.7(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ordonnant à l’intimée de se conformer à la demande de l’Agence du revenu du Canada (ARC) que des employés de l’intimée répondent à des questions concernant une vérification menée par l’ARC—La vérification visait à déterminer si l’intimée s’était conformée aux règles en matière de prix de transfert à l’art. 247 de la Loi au cours des exercices 2010, 2011 et 2012—L’ARC a donc demandé à des employés de l’intimée de se présenter à des entrevues et de répondre oralement à diverses questions que l’ARC considérait comme pertinentes à la vérification—L’intimée a refusé, mais a offert de répondre par écrit—L’appellant était d’avis que les mots « inspecter, vérifier ou examiner » de l’art. 231.1(1)a de la Loi ont un sens large et englobent le pouvoir de poser des questions à un contribuable ou aux employés d’un contribuable—La question en litige était de savoir si l’appellant peut exiger que des employés d’une société se présentent à des entrevues et répondent oralement à des questions posées par les vérificateurs de l’ARC—Le juge Rennie, J.C.A. (le juge Laskin, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : On ne peut interpréter l’art. 231.1(1)a de la Loi comme autorisant l’appellant à obliger le contribuable ou un de ses employés à répondre à des questions orales relativement à son obligation fiscale—Les pouvoirs décrits aux art. 231.1(1)a) et b) sont axés sur le droit de l’appellant d’accéder à des renseignements écrits qui apparaissent ou devraient apparaître dans les registres du contribuable—Le pouvoir conféré est celui d’« inspecter, vérifier ou examiner »—Ni le mot « inspecter » ni le mot « examiner » ne suggère le pouvoir de contraindre une personne à répondre à des questions—Lorsque le législateur souhaite contraindre une personne à donner des réponses orales à des questions lors d’une enquête par l’État, il le fait expressément, et non par déduction—L’objectif de la disposition est d’assurer à l’appellant un accès sans entrave et immédiat aux dossiers et renseignements du contribuable—Appel rejeté—Le juge Woods, J.C.A. (motifs concourants) : La Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que la demande devait être rejetée compte tenu des faits de l’espèce; en rejetant la demande d’ordonnance vu les faits—Il n’était pas nécessaire d’examiner de façon plus générale la portée des pouvoirs de l’appellant en matière de vérification dans le présent appel—Certains des motifs de la Cour fédérale n’ont pas résisté à un examen, mais ces aspects des motifs n’étaient pas essentiels à la décision de la Cour fédérale—Les faits appuyaient amplement la conclusion que la demande de l’appellant était excessive compte tenu des faits de l’affaire.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

6075240 *Canada Inc. v. Canada (National Revenue)*, A-208-19, 2020 FCA 194, Pelletier J.A., judgment dated November 9, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused June 17, 2021.

Canada (Attorney General) v. Utah, A-242-20, 2020 FCA 224, Stratas J.A., judgment dated December 29, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused June 17, 2021.

Deyab v. Canada, A-363-19, 2020 FCA 222, Webb J.A., judgment dated December 21, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused June 10, 2021.

Hébert v. Wenham, A-139-20, 2020 FCA 186, Stratas J.A., judgment dated November 3, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused June 10, 2021.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

6075240 *Canada Inc. c. Canada (Revenu national)*, A-208-19, 2020 CAF 194, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 9 novembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 juin 2021.

Canada (Procureur général) c. Utah, A-242-20, 2020 CAF 224, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 29 décembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 juin 2021.

Deyab c. Canada, A-363-19, 2020 CAF 222, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 21 décembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 juin 2021.

Hébert c. Wenham, A-139-20, 2020 CAF 186, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 3 novembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 juin 2021.

**Federal Courts
Reports**

2020, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2020, Vol. 4, 1^{er} fascicule

T-1713-18
T-2055-18
2020 FC 629

T-1713-18
T-2055-18
2020 CF 629

The Honourable Justice Patrick Smith (*Applicant*)

L'honorable Patrick Smith (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

The Canadian Judicial Council, the Canadian Superior Court Judges Association and the Ontario Superior Court Judges' Association (*Interveners*)

Le Conseil canadien de la magistrature, l'Association Canadienne des juges des cours supérieures et l'Association des juges de la Cour supérieure de l'Ontario (*intervenants*)

INDEXED AS: SMITH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : SMITH c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Zinn J.—Toronto, January 21; Ottawa, May 21, 2020.

Cour fédérale, juge Zinn—Toronto, 21 janvier; Ottawa, 21 mai 2020.

Judges and Courts — Judicial review of Canadian Judicial Council's (CJC) decision to constitute Judicial Conduct Review Panel (Review Panel), Review Panel's conclusion that applicant contravening Judges Act, s. 55 — Applicant, Ontario Superior Court of Justice judge, accepting appointment to position of Interim Dean of law school — Chief Justice granting applicant special leave pursuant to Judges Act, s. 54(1)(a) after obtaining approval from Minister of Justice — Executive Director of CJC of view that in light of Judges Act, ss. 54, 55, general duties, ethical obligations of Judges, acceptance by applicant of Interim Dean role may warrant consideration by Council — Referring matter to Judicial Conduct Committee Vice-Chairperson — Matter referred to Review Panel — Review Panel concluding that leave of absence granted under Judges Act, s. 54 not removing prohibition under s. 55 — Finding applicant breaching ethical obligations, impermissibly using prestige of judicial office — Vice-Chairperson endorsing Review Panel's decision — Whether Review Panel decision reasonable, CJC proceedings procedurally unfair or abuse of process — Review Panel's interpretation of Judges Act, s. 55 unreasonable — "Prohibition" identified by Review Panel not "on judges carrying on extra-judicial activities" but rather on judges engaging "in any occupation or business other than his or her judicial duties" — Review Committee's broad interpretation exhibiting neither justification nor intelligibility — Applicant not breaching s. 55 when accepting appointment — S. 55 not complete ban on judges taking on non-judicial roles — S. 54 allowing for leave from judicial duties for

Juges et Tribunaux — Contrôle judiciaire de la décision du Conseil canadien de la magistrature (CCM) de constituer un Comité d'examen de la conduite judiciaire (Comité d'examen) et de la conclusion du Comité d'examen selon laquelle le demandeur a manqué à l'art. 55 de la Loi sur les juges — Le demandeur, un juge à la Cour supérieure de justice de l'Ontario, a accepté le poste de doyen par intérim d'une faculté de droit — Après avoir obtenu l'approbation de la ministre de la Justice, le juge en chef a accordé un congé spécial au demandeur conformément à l'art. 54(1)a de la Loi sur les juges — Le directeur administratif du CCM s'est dit d'avis que, compte tenu des art. 54 et 55 de la Loi sur les juges et des devoirs et obligations déontologiques généraux des juges, l'acceptation de la fonction de doyen par intérim par le demandeur pourrait justifier un examen du Conseil — Il a renvoyé l'affaire au vice-président du Comité sur la conduite des juges — L'affaire a été renvoyée au Comité d'examen — Le Comité d'examen a conclu qu'un congé accordé aux termes de l'art. 54 de la Loi sur les juges ne lève pas l'interdiction prévue à l'art. 55 — Il a conclu que le demandeur n'a pas respecté l'obligation déontologique et a utilisé de manière inacceptable le prestige de sa fonction — Le vice-président a avalisé la décision du Comité d'examen — Il s'agissait de savoir si la décision du Comité d'examen était raisonnable et si la procédure du CCM a été inéquitable sur le plan procédural ou a constitué un abus de procédure — L'interprétation par le Comité d'examen de l'art. 55 de la Loi sur les juges était déraisonnable — L'« interdiction » qu'il a cernée n'est pas une

reasons not inconsistent with those duties — Review Panel’s decision as to ethical breach by applicant unreasonable — Review Panel failing to examine applicant’s conduct on basis of informed public exercising mature judgment — CJC process involving applicant unfair, contrary to interests of justice — Constituting abuse of process — Nothing in record explaining how, on what basis Executive Director concluding that referral to Judicial Conduct Committee in public interest, due administration of justice — Applicant also denied procedural fairness by Executive Director — Not receiving fundamental procedural right to know case to be met — Initial referral to Judicial Conduct Committee failing to accord with CJC procedures — Executive Director raising matter on his own in absence of public complaint — In such circumstances, Executive Director ought to weight conduct against test set out in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) for conduct worthy of removal from bench, be convinced that conduct could result in such a finding — Here, removal of applicant by Minister of Justice inconceivable — Applications allowed.

These were applications for judicial review of the Canadian Judicial Council’s (CJC) decision to constitute a Judicial Conduct Review Panel (Review Panel) and of the Review Panel’s conclusion that the applicant contravened section 55 of the *Judges Act*.

The applicant, an Ontario Superior Court of Justice judge, accepted an appointment as Interim Dean of the Bora Laskin Faculty of Law at Lakehead University (the Law School). After obtaining the approval of the Minister of Justice, the Chief Justice granted the applicant special leave pursuant to paragraph 54(1)(a) of the *Judges Act* to accept the assignment, subject to certain parameters, including that his role be confined to “academic leadership”. The Executive Director of the CJC subsequently wrote to the applicant informing him that “in light of sections 54 and 55 of the *Judges Act*, and given the

interdiction « faite aux juges d’exercer des fonctions extrajudiciaires », mais plutôt une interdiction aux juges de « se livrer à toute occupation ou activité autre que leurs fonctions judiciaires » — La conclusion du Comité d’examen selon laquelle l’expression appelle une interprétation large était dénuée de justification et d’intelligibilité — Le demandeur n’a pas manqué à l’art. 55 quand il a accepté la nomination — L’art. 55 n’impose pas une interdiction totale aux juges d’occuper des rôles non judiciaires — L’art. 54 permet aux juges de prendre congé de fonctions judiciaires pour des raisons qui ne sont pas incompatibles avec les fonctions judiciaires d’un juge — La décision du Comité d’examen quant au manquement à la déontologie du demandeur était déraisonnable — La décision du Comité d’examen de ne pas examiner la conduite du demandeur n’était pas celle d’un public renseigné faisant preuve d’un jugement mature — Le processus du CCM concernant le demandeur était inéquitable et contraire à l’intérêt de la justice — Il y a eu abus de procédure — Rien dans le dossier n’expliquait pourquoi et sur quel fondement le directeur administratif a conclu que son renvoi au Comité sur la conduite des juges servait l’intérêt public et la bonne administration de la justice — Le demandeur a aussi été privé d’équité procédurale de la part du directeur administratif — On ne lui a pas accordé le droit procédural fondamental d’avoir connaissance des moyens qui lui sont opposés — Le renvoi initial au Comité sur la conduite des juges n’était pas conforme aux procédures établies par le CCM — Le directeur administratif a soulevé l’affaire de sa propre initiative en l’absence de plainte du public — Dans un tel cas, le directeur administratif doit apprécier la conduite de l’intéressé selon le critère consacré dans l’affaire Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), relativement à une conduite justifiant une révocation et il doit être convaincu que cette conclusion pourrait être tirée — En l’espèce, la mesure de révocation à l’initiative de la ministre de la Justice était inconcevable — Demandes accueillies.

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire déposées contre la décision du Conseil canadien de la magistrature (CCM) de constituer un Comité d’examen de la conduite judiciaire (Comité d’examen) et la conclusion du Comité d’examen selon laquelle le demandeur a manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges*.

Le demandeur, un juge à la Cour supérieure de justice de l’Ontario, a accepté le poste de doyen par intérim à la faculté de droit Bora Laskin de l’Université Lakehead (la faculté de droit). Après avoir obtenu l’approbation de la ministre de la Justice, le juge en chef a accordé un congé spécial au demandeur conformément à l’alinéa 54(1)a) de la *Loi sur les juges* afin qu’il accepte l’affectation, sous réserve de certains paramètres, notamment que son rôle devait se limiter à « un leadership scolaire ». Le directeur administratif du CCM a ensuite envoyé une lettre au demandeur pour l’informer que,

general duties and ethical obligations of judges,” acceptance of the Interim Dean role “brings me to the view that the situation may warrant consideration by Council.” The Chief Justice informed the Executive Director of the CJC that the appointment would attract no remuneration, that the applicant’s duties would be restricted to providing only academic leadership, and that he would be insulated from concerns about future litigation. The Executive Director nevertheless referred the matter to the Vice-Chairperson of the Judicial Conduct Committee (Vice-Chairperson). The applicant responded that he did not view section 55 of the *Judges Act* as a bar to his acceptance of the position at the Law School. The applicant later signed a written agreement setting out the limitations of his appointment with Lakehead University. In August 2018, the Executive Director advised the applicant that the Vice-Chairperson had decided to constitute a review panel in respect of the appointment. The CJC later issued a press release stating that the applicant’s decision to become Interim Dean raised some questions about whether such duties were compatible with judicial office. The Vice-Chairperson’s reasons for referral rested on his view that the applicant accepted the role without considering the reaction from First Nations chiefs or the potential effect on the prestige of judicial office. Following notice that the matter had been referred to the Review Panel, the applicant advised the Executive Director that he had resigned from his position at the Law School in September 2018 and would return to his judicial duties with the Superior Court of Justice. The Review Panel concluded that section 55 of the *Judges Act* “requires judges ... to confine themselves to their judicial role” and that a leave of absence granted under section 54 does not remove this prohibition. It further found that the applicant had breached an ethical obligation to avoid becoming involved in public controversy, and he had impermissibly used the prestige of judicial office to bolster the Law School, but his conduct was not serious enough to warrant removal from the bench and it therefore decided not to constitute an inquiry committee. The Vice-Chairperson endorsed the decision of the Review Panel and concluded that in light of the applicant’s resignation from the position, no further measures were needed. The applicant sought a declaration that he did not contravene section 55 of the *Judges Act*.

The main issues were whether the decision of the Review Panel was reasonable, and whether the CJC proceedings were procedurally unfair or an abuse of process.

Held, the applications should be allowed.

The interpretation given by the Review Panel to section 55 of the *Judges Act* was unreasonable. The “prohibition”

« compte tenu des articles 54 et 55 de la Loi sur les juges et des devoirs et obligations déontologiques généraux des juges », l’acceptation de la fonction de doyen par intérim « me porte à croire que la situation pourrait justifier un examen du Conseil ». Le juge en chef a informé le directeur administratif du CCM que la nomination ne donnerait lieu à aucune rémunération, que le demandeur ne ferait qu’assurer un leadership scolaire et qu’il serait tenu à l’écart des préoccupations relatives aux contentieux futurs. Le directeur administratif a néanmoins renvoyé l’affaire au vice-président du Comité sur la conduite des juges (vice-président). Le demandeur a répondu qu’il n’était pas d’avis que l’article 55 de la *Loi sur les juges* lui interdisait d’accepter le poste en question à la faculté de droit. Le demandeur a par la suite signé une entente écrite déterminant les limites encadrant sa nomination au sein de l’Université Lakehead. En août 2018, le directeur administratif a informé le demandeur que le vice-président avait décidé de constituer un Comité d’examen au sujet de sa nomination. Le CCM a ensuite déclaré dans un communiqué de presse que la décision du demandeur de devenir doyen par intérim soulevait certaines questions quant à la compatibilité de ces fonctions avec les fonctions judiciaires. Les motifs avancés par le vice-président au sujet du renvoi reposaient sur l’idée que le demandeur avait accepté son rôle sans tenir compte de la réaction de chefs de bandes des Premières Nations et sans tenir compte de l’effet potentiel sur le prestige de la fonction judiciaire. Après avoir appris que l’affaire avait été renvoyée devant le Comité d’examen, le demandeur a écrit au directeur administratif pour indiquer qu’il quitterait son poste à la faculté de droit et reprendrait ses fonctions de juge à la Cour supérieure de justice. Le Comité d’examen a conclu que l’article 55 de la *Loi sur les juges* « exige que les juges [...] s’en tiennent à leur fonction judiciaire » et qu’un congé accordé aux termes de l’article 54 ne lève pas cette interdiction. Il a également conclu que le demandeur n’a pas respecté l’obligation déontologique de ne pas être mêlé à une controverse publique et a utilisé de manière inacceptable le prestige de sa fonction pour aider la faculté de droit, mais que la conduite de ce dernier n’était pas suffisamment grave pour justifier sa révocation. Il a donc décidé de ne pas constituer de comité d’enquête. Le vice-président a avalisé la décision du Comité d’examen et conclu que, le demandeur ayant quitté son poste, aucune autre mesure n’était nécessaire. Le demandeur a demandé une déclaration portant qu’il n’a pas manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges*.

Il s’agissait de savoir principalement si la décision du Comité d’examen était raisonnable et si la procédure du CCM a été inéquitable sur le plan procédural ou a constitué un abus de procédure.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

L’interprétation par le Comité d’examen de l’article 55 de la *Loi sur les juges* était déraisonnable. L’« interdiction » qu’il a

identified by the Review Panel is set out in clear and explicit terms in the English version. However, the prohibition is not “on judges carrying on extra-judicial activities”. Rather, it is on judges engaging “in any occupation or business other than his or her judicial duties”. The Review Committee interpreted the phrase “occupation or business” in isolation from its context. Properly read, the phrase says that judicial duties are an occupation or business. By failing to include and examine this critical qualifier in its initial summary of the section, the Review Panel may have engaged in “reverse engineering” to achieve a desired outcome rather than discerning the meaning and legislative intent of the section. In ignoring the context, the Review Panel’s reasoning failed to properly apply the modern principle of statutory construction. The Review Panel’s conclusion that the phrase “occupation or business” is to be broadly interpreted exhibited neither justification nor intelligibility. It was problematic in several respects, including the failure to consider the entire phrase. When considering the legislative history of section 55, the Review Panel did not address or consider the original wording of the provision. In neither official language do the words of section 55 support the conclusion of the Review Panel that the intent of Parliament was to restrict judges from performing non-remunerative engagements. To the contrary, they are focused on remunerative commercial engagements. When a judge is appointed by Parliament or a Legislature to head a commission or act as an arbitrator, his or her judicial compensation under the *Judges Act* continues and pursuant to section 57, there is no additional remuneration. However, that does not mean that these exceptional duties are done on a non-remunerative basis. Rather, they are done for the judge’s regular remuneration. The Review Panel’s reasoning was flawed and led to an unreasonable conclusion on interpretation. The applicant did not breach section 55 of the *Judges Act* when he accepted the appointment of Interim Dean. There is nothing in the language of section 54 of the *Judges Act*, suggesting that leaves of absence may not be granted to enable judges to take on responsibilities outside of their judicial duties. This leave provision was not enacted to be used exclusively for absences “such as an illness, a period of recovery from accident or parental leave” as the Review Panel suggested. Leaves under section 54 are not restricted to maternity or parental leaves. Section 55 is not a complete ban on judges taking on non-judicial roles. Parliament’s intention was that judges are able to assume non-judicial roles in certain circumstances and section 54 of the Act allows for a leave from judicial duties for a variety of reasons that are not inconsistent with those duties. The decision of the Review Panel as to the ethical breach of the applicant in accepting the appointment was unreasonable and could not stand. The Review Panel failed to examine whether the applicant’s conduct unnecessarily exposed him to criticism or attack on the basis of an informed public exercising mature judgment.

cernée est formulée de façon claire et explicite dans la version anglaise. Cependant, il ne s’agit pas d’une interdiction « faite aux juges d’exercer des fonctions extrajudiciaires ». Plutôt, il s’agit d’une interdiction aux juges de se livrer à toute occupation ou activité autre que leurs fonctions judiciaires. Le Comité d’examen a interprété l’expression « occupation or business » en faisant abstraction du contexte. Interprétée correctement, elle signifie que les fonctions judiciaires constituent une activité professionnelle ou commerciale. En n’incluant ou en n’analysant pas ce qualificatif essentiel dans le résumé initial qu’il a fait de l’article, le Comité d’examen pourrait s’être livré à une « lecture à rebours » du texte en raisonnant de manière orientée à partir d’une conclusion préétablie, plutôt que de dégager le sens de ce texte et l’intention du législateur. En faisant abstraction du contexte dans son raisonnement, le Comité d’examen n’a pas pris dûment en compte le principe moderne d’interprétation des lois. La conclusion du Comité d’examen selon laquelle l’expression « occupation or business » appelle une interprétation large était dénuée de justification et d’intelligibilité. Elle posait problème à plusieurs égards, notamment parce que l’expression au complet n’est pas prise en compte. Au moment d’analyser les travaux préparatoires relatifs à l’article 55, le Comité d’examen n’a ni examiné ni pris en compte le libellé original de ce texte. Le libellé des versions anglaise et française ne va pas dans le sens la conclusion du Comité d’examen selon laquelle l’intention du Parlement était d’interdire aux juges de prendre des engagements non rémunérés. Au contraire, ils sont axés sur les engagements commerciaux rémunérés. Lorsqu’un juge est nommé par le Parlement ou par l’Assemblée législative pour diriger une commission ou agir à titre d’arbitre, la rémunération qu’il reçoit aux termes de la *Loi sur les juges* est maintenue, et, conformément à l’article 57, aucune rémunération supplémentaire ne lui est versée. Cependant, cela ne signifie pas que ces fonctions exceptionnelles sont exécutées sans rémunération. Plutôt, elles sont remplies dans le cadre de la rémunération habituelle du juge. Le raisonnement que le Comité d’examen a retenu était fautif et a abouti à une conclusion déraisonnable sur le plan interprétatif. Le demandeur n’a pas manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges* quand il a accepté la nomination de doyen par intérim. Il ne ressort nullement du libellé de l’article 54 de la *Loi sur les juges* que de tels congés ne puissent pas être accordés pour permettre aux juges d’assumer des responsabilités qui ne s’inscrivent pas dans leurs fonctions judiciaires. Cette disposition relative aux congés n’a pas été introduite dans le but de servir exclusivement aux absences, « par exemple dans le cas d’une maladie, ou pour une convalescence ou un congé parental », comme l’a soutenu le Comité d’examen. Les congés aux termes de l’article 54 ne sont pas limités aux congés de maternité ou aux congés parentaux. L’article 55 de la *Loi* n’impose pas une interdiction totale aux juges d’occuper des rôles non judiciaires. L’intention du législateur était de faire en sorte que les juges puissent assumer des rôles non judiciaires dans certaines circonstances et l’article 54 de la *Loi* permet aux

The CJC process involving the applicant was unfair to the point that it was contrary to the interests of justice. It was an abuse of process. The CJC disciplinary procedure was misused from the beginning, i.e. when the Executive Director determined that the applicant accepting the appointment to the Law School was a matter that “warrants consideration.” There was nothing in the record explaining how and on what basis the Executive Director concluded that his referral to the Judicial Conduct Committee was in the public interest and the due administration of justice. The Executive Director placed no weight on the Minister’s approval of the applicant’s appointment. The Minister’s approval could not reasonably be said to be “unofficial” simply because she did not expressly use the word “approved.” In addition to the improper decision of the Executive Director that the matter “warrants consideration” there was evidence in the record that the applicant was also denied procedural fairness by the Executive Director. Specifically, the applicant was not informed of the Executive Director’s concerns about the call for him to resign, nor was he provided with any of the “public comments” made in response to statements made by First Nations chiefs, nor those statements. The Executive Director failed to give to the applicant the fundamental procedural right to know the case to be met. If the real concern of the Executive Director was the adverse reaction of some First Nations chiefs to his appointment, then the applicant was entitled to know that and respond to it. Accordingly, the initial referral to the Judicial Conduct Committee by the Executive Director failed to accord with the procedures established by the CJC. It was not a matter that warranted consideration, and the referral was done in a procedurally unfair manner. In raising matters on his own in the absence of any complaint from the public, the Executive Director would be well advised seriously to consider whether to do so. The Executive Director ought to weigh conduct against the test set by the Supreme Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* for conduct worthy of removal from the bench. Although that ultimate decision is not his to make, he ought to be convinced that it could result in such a finding. Here, in light of the approval of the Minister of Justice, removal action by the Minister of Justice was inconceivable.

juges de prendre congé de fonctions judiciaires pour plusieurs raisons qui ne sont pas incompatibles avec les fonctions judiciaires d’un juge. La décision du Comité d’examen quant au manquement à la déontologie du demandeur, en acceptant cette nomination, était déraisonnable et ne pouvait pas être retenue. La décision du Comité d’examen, lorsqu’il s’est penché sur la conduite du demandeur pour se demander si ce dernier s’était exposé inutilement à des critiques ou à des attaques, n’était pas celle d’un public renseigné faisant preuve d’un jugement mature.

Le processus du CCM concernant le demandeur était inéquitable au point d’être contraire à l’intérêt de la justice. Il y a eu abus de procédure. La procédure disciplinaire du CCM a été utilisée de manière abusive dès le début, lorsque le directeur administratif a conclu que l’acceptation par le demandeur de sa nomination à la faculté de droit était une question qui « appelle un examen ». Rien dans le dossier ne permettait d’expliquer pourquoi et sur quel fondement le directeur administratif a conclu que son renvoi au Comité sur la conduite des juges servait l’intérêt public et la bonne administration de la justice. Le directeur administratif n’a accordé aucun poids à l’approbation par la ministre de la nomination du demandeur. On ne peut pas raisonnablement dire que l’approbation de la ministre a été donnée « officieusement » simplement parce qu’elle n’a pas expressément utilisé le mot « approuvé ». Outre la mauvaise décision du directeur administratif selon laquelle l’affaire « justifie un examen », il ressort de certains éléments de preuve au dossier que le demandeur a aussi été privé d’équité procédurale de la part du directeur administratif. Plus précisément, le demandeur n’a pas été informé des préoccupations du directeur administratif concernant son appel à la démission et n’a non plus rien reçu au sujet des « commentaires publics » ayant accueilli les déclarations des chefs des Premières Nations ni ces déclarations. Le directeur administratif n’a pas donné au demandeur le droit procédural fondamental d’avoir connaissance des moyens qui lui sont opposés. Si la véritable inquiétude du directeur administratif était la réaction défavorable de certains chefs de Premières Nations à l’égard de cette nomination, le demandeur avait le droit de le savoir et d’y répondre. Par conséquent, le renvoi initial au Comité sur la conduite des juges par le directeur administratif n’était pas conforme aux procédures établies par le CCM. L’affaire n’appelait aucun examen et le renvoi a été fait de manière inéquitable sur le plan de la procédure. En soulevant des affaires de sa propre initiative en l’absence de plainte du public, il serait judicieux, de la part du directeur administratif, de réfléchir sérieusement s’il doit, ou non, agir en ce sens. Le directeur administratif doit apprécier la conduite de l’intéressé selon le critère consacré par la Cour suprême dans l’affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, relativement à une conduite justifiant une révocation. Bien qu’il ne lui revienne pas de prendre cette décision, il doit être convaincu que cette conclusion pourrait être tirée. En l’espèce, compte tenu de l’approbation de la ministre de la Justice, la mesure de révocation à l’initiative de la ministre de la Justice était inconcevable.

The declarations sought by the applicant were appropriate. The Court declared that the applicant, in accepting the appointment of Interim Dean, did not breach section 55 of the *Judges Act*, nor did he breach his judicial ethics.

Les déclarations qu'a demandées le demandeur étaient appropriées. La Cour a déclaré que le demandeur, en acceptant la nomination de doyen par intérim, n'a pas manqué à l'article 55 de la *Loi sur les juges*, et qu'il n'a pas non plus manqué à la déontologie judiciaire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Act respecting the Judges of Provincial Courts, S.C. 1905, 4-5 Edward VII, c. 31, s. 7.
Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws, 2015, SOR/2015-203, s. 2(1).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 99.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 109, 303(2).
Judges Act, R.S.C. 1906, c. 138, s. 33.
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 54 to 56.1, 54, 55, 56, 56.1, 57.
Judges Act, 1946 (The), S.C. 1946, c. 56, s. 34.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 1999 CanLII 699; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3.

CONSIDERED:

Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, 1995, 130 D.L.R. (4th) 1; *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282; *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714.

REFERRED TO:

Girouard v. Canada (Attorney General), 2018 FC 865, [2019] 1 F.C.R. 404, aff'd 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503, leave to appeal to the S.C.C. refused December 12, 2019; *Ontario (Energy Board) v. Ontario*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

An Act to amend the Act respecting the Judges of Provincial Courts, S.C. 1905, 4-5 Edward VII, ch. 31, art. 7.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 99.
Loi de 1946 sur les juges, S.C. 1946, ch. 56, art. 34.
Loi des juges, S.R.C. 1906, ch. 138, art. 33.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 54 à 56.1, 54, 55, 56, 56.1, 57.
Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes (2015), DORS/2015-203, art. 2(1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 109, 303(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes, 2019 CSC 67; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282; *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714

DÉCISIONS CITÉES :

Girouard c. Canada (Procureur générale), 2018 FC 865, [2019] 1 R.C.F. 404, conf. par 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 12 décembre 2019; *Ontario (Commission de l'énergie)*

Power Generation Inc., 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 434; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1282; *Canadian Judicial Council v. Girouard*, 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Garces Caceres v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 4; *Ebrahimshani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 89; *Ennis v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 43; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Sandoz Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 501, 122 C.P.R. (4th) 195.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, 35th Parl., 2nd Sess., Issue No. 29 (October 3, 1996).

Canadian Judicial Council. *Canadian Judicial Council Procedures for the Review of Complaints or Allegations About Federally Appointed Judges*, 2015.

Canadian Judicial Council. News Release, “Canadian Judicial Council review of a matter involving the Honourable Patrick Smith” (3 October 2018).

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*, 2004.

Canadian Judicial Council. *Report of the Review Panel constituted by the Canadian Judicial Council regarding the Honourable Patrick Smith*, November 5, 2018.

Canadian Judicial Council. *Reasons for the referral of a complaint to a Judicial Conduct Review Panel in the matter of the Honourable Patrick Smith of the Ontario Superior Court of Justice*, October 3, 2018.

“Justice Patrick Smith named interim dean of Lakehead law school”, *CBC News* (May 3, 2018).

McQuigge, Michelle. “Judge fights against disciplinary body’s ruling that said he engaged in misconduct”, *Toronto Star* (27 September 2018).

Schmitz, Cristin. “Canadian judges rally around judge facing discipline for accepting interim law dean post at Lakehead University”, *The Lawyer’s Daily* (4 October 2018).

APPLICATIONS for judicial review of the Canadian Judicial Council’s decision to constitute a Judicial Conduct Review Panel and of the Review Panel’s

c. Ontario Power Generation Inc., 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 434; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1282; *Conseil Canadien de la Magistrature c. Girouard*, 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Garces Caceres c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 4; *Ebrahimshani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 89; *Ennis c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 43; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Sandoz Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 501.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 35^e lég., 2^e sess., n^o 29 (3 octobre 1996).

Conseil canadien de la magistrature. Communiqué, « Examen par le Conseil canadien de la magistrature concernant l’honorable Patrick Smith » (3 octobre 2018).

Conseil canadien de la magistrature. *Motifs écrits pour la constitution d’un Comité d’examen sur la conduite dans l’affaire de la plainte du juge Patrick Smith de la Cour supérieure de justice de l’Ontario*, le 3 octobre 2018.

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, 2004.

Conseil canadien de la magistrature. *Procédures du Conseil canadien de la magistrature pour l’examen de plaintes ou d’allégations au sujet de juges de nomination fédérale*, 2015.

Conseil canadien de la magistrature. *Rapport du comité d’examen constitué par le Conseil canadien de la magistrature concernant l’honorable Patrick Smith*, 5 novembre 2018.

McQuigge, Michelle. « Judge fights against disciplinary body’s ruling that said he engaged in misconduct », *Toronto Star* (27 septembre 2018).

« Nomination du juge Patrick Smith à la fonction de doyen par intérim de la faculté de droit de Lakehead », *CBC News* (3 mai 2018).

Schmitz, Cristin. « Canadian judges rally around judge facing discipline for accepting interim law dean post at Lakehead University », *The Lawyer’s Daily* (4 octobre 2018).

DEMANDES de contrôle judiciaire déposées contre la décision du Conseil canadien de la magistrature de constituer un Comité d’examen de la conduite judiciaire

conclusion that the applicant contravened section 55 of the *Judges Act*. Applications allowed.

et la conclusion du Comité d'examen selon laquelle le demandeur a manqué à l'article 55 de la *Loi sur les juges*. Demandes accueillies.

APPEARANCES

Brian Gover and *Pam Hrick* for applicant.
Michael H. Morris, *Joseph Cheng* and *Elizabeth Koudys* for respondent.
Christopher D. Bredt, *Ewa Krajewska* and *Teagan Markin* for intervener Canadian Judicial Council.

Richard P. Stephenson and *Michael Fenrick* for intervener Canadian Superior Courts Judges Association.
Tom Curry, *Scott Rollwagen* and *Margaret Robbins* for intervener Ontario Superior Court Judges' Association.

SOLICITORS OF RECORD

Stockwoods LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for intervener Canadian Judicial Council.
Paliare Roland Rosenburg Rothstein LLP, Toronto, for intervener Canadian Superior Courts Judges Association.
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, for intervener Ontario Superior Court Judges' Association.

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

ZINN J.:

“The fact that Judge Patrick Smith is in danger of removal is a sobering illustration of the ‘no good deed goes unpunished’ saying.”

Christie Blatchford

ONT COMPARU :

Brian Gover et *Pam Hrick* pour le demandeur.
Michael H. Morris, *Joseph Cheng* et *Elizabeth Koudys* pour le défendeur.
Christopher D. Bredt, *Ewa Krajewska* et *Teagan Markin* pour l'intervenant le Conseil canadien de la magistrature.
Richard P. Stephenson et *Michael Fenrick* pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.
Tom Curry, *Scott Rollwagen* et *Margaret Robbins* pour l'intervenante l'Association des juges de la Cour supérieure de l'Ontario.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Stockwoods LLP, Toronto, pour le demandeur.
La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.
Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, pour l'intervenant le Conseil canadien de la magistrature.
Paliare Roland Rosenburg Rothstein LLP, Toronto, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, pour l'intervenante l'Association des juges de la Cour supérieure de l'Ontario.

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

LE JUGE ZINN :

[TRADUCTION] « Le fait que le juge Patrick Smith risque d'être démis de ses fonctions est une illustration de l'expression “on est toujours puni pour ses bonnes actions” qui donne à réfléchir. »

Christie Blatchford

I. INTRODUCTION

[1] The Honourable Justice Patrick Smith (Justice Smith) is a judge of the Superior Court of Justice of Ontario.

[2] He challenges two decisions of the Canadian Judicial Council (CJC). The first is the August 28, 2018, decision of Québec Superior Court Associate Chief Justice Robert Pidgeon, in his capacity as Vice-Chairperson of the Judicial Conduct Committee (Pidgeon A.C.J.), to constitute a Judicial Conduct Review Panel (Review Panel) (Court File T-1713-18). Second, Justice Smith challenges the November 5, 2018, decision of the Review Panel [*Report of the Review Panel constituted by the Canadian Judicial Council regarding the Honourable Patrick Smith*] (Court File T-2055-18).

[3] The Review Panel concluded that Justice Smith, in accepting the appointment of Interim Dean (Academic) at Bora Laskin Faculty of Law at Lakehead University (the Law School), contravened section 55 of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1 [the Act]. It further found that Justice Smith failed in his “ethical obligations as a judge to avoid involvement in public debate that may unnecessarily expose him to political attack or be inconsistent with the dignity of judicial office.” It recommended that an Inquiry Committee not be constituted, and remitted the matter back to Pidgeon A.C.J. for a decision on the most appropriate way to resolve the matter.

[4] Pidgeon A.C.J., in a letter to Justice Smith dated November 6, 2018 (Letter of Concern), writes that he “fully support[s] the Panel’s reasons and conclusions” and describes the decision to accept the role of Interim Dean as “ill-advised.” As Justice Smith had resigned as Interim Dean (Academic) of the Law School prior to the decision of the Review Panel and had resumed his judicial duties, it was concluded that no further measures were necessary.

I. INTRODUCTION

[1] L’honorable Patrick Smith (le juge Smith) est juge à la Cour supérieure de justice de l’Ontario.

[2] Il attaque deux décisions du Conseil canadien de la magistrature (le CCM). Premièrement, il attaque la décision rendue le 28 août 2018 par Robert Pidgeon, juge en chef associé de la Cour supérieure du Québec, en sa qualité de vice-président du Comité sur la conduite des juges (le juge en chef associé Pidgeon), de constituer un Comité d’examen de la conduite judiciaire (le Comité d’examen) (dossier de la Cour T-1713-18). Deuxièmement, le juge Smith attaque la décision rendue par le Comité d’examen le 5 novembre 2018 [*Rapport du comité d’examen constitué par le Conseil canadien de la magistrature concernant l’honorable Patrick Smith*] (dossier de la Cour T-2055-18).

[3] Le Comité d’examen a conclu que le juge Smith, en acceptant le poste de doyen par intérim (universitaire) à la faculté de droit Bora Laskin de l’Université Lakehead (la faculté de droit), a manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1 [la Loi]. Il a également conclu que le juge Smith avait manqué à son [TRADUCTION] « obligation éthique en tant que juge d’éviter de prendre part à des débats publics qui peuvent l’exposer inutilement à des attaques politiques ou qui sont incompatibles avec la dignité de la fonction judiciaire ». Il a recommandé de ne pas constituer de comité d’enquête et a renvoyé l’affaire au juge en chef associé Pidgeon afin que celui-ci décide la meilleure façon de résoudre la question.

[4] Le juge en chef associé Pidgeon, dans une lettre adressée au juge Smith le 6 novembre 2018 (la lettre de préoccupation), indique qu’il [TRADUCTION] « appuie totalement les motifs et les conclusions présentés par le Comité d’examen » et affirme qu’il était [TRADUCTION] « injudicieux » d’accepter le poste de doyen par intérim. Étant donné que le juge Smith avait repris ses fonctions judiciaires après avoir démissionné de son poste de doyen par intérim (universitaire) de la faculté de droit avant que le Comité d’examen ne rende sa décision, il a été conclu qu’aucune autre mesure n’était nécessaire.

[5] In their memoranda and oral submissions, Justice Smith and the CJC focused on the decision of the Review Panel and the subsequent Letter of Concern as they overtook the decision to refer the conduct of Justice Smith to the Review Panel. Likewise, I shall focus on the decision of the Review Panel and the Letter of Concern, except when relevant to the submission of Justice Smith that the CJC proceedings were procedurally unfair and an abuse of process.

[6] The Review Panel decision and this application bring into issue the interpretation of several sections of the *Judges Act*, which are reproduced in Appendix A.

[7] For the reasons that follow, I conclude that these applications must be allowed. The decision of the Review Panel is not reasonable, and the CJC procedure was applied unfairly to Justice Smith and was an abuse of process. Justice Smith is entitled to a meaningful remedy.

II. BACKGROUND

A. Procedural History

[8] Both applications for judicial review were under case management. By her July 4, 2019 order, the Case Management Judge consolidated these applications. Pursuant to rule 109 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [Rules], leave to intervene was granted to the Canadian Superior Courts Judges Association and the Ontario Superior Court Judges' Association.

[9] The Attorney General of Canada was named as the respondent pursuant to subsection 303(2) [of the Rules]. The Attorney General agrees with Justice Smith that the decision of the Review Panel is unreasonable, and that its interpretation of sections 54 to 56.1 of the *Judges Act*, as adopted by Pidgeon A.C.J. in the Letter of Concern, is unreasonable.

[5] Dans leurs mémoires et leurs observations verbales, le juge Smith et le CCM se sont fondés sur la décision du Comité d'examen et sur la lettre de préoccupation qui a suivi pour écarter la décision de saisir le Comité d'examen de la conduite du juge Smith. Dans le même ordre d'idées, je me concentrerai sur la décision du Comité d'examen et la lettre de préoccupation, sauf lorsque ces documents sont pertinents quant à l'observation du juge Smith voulant que la procédure du CCM ait été inéquitable sur le plan procédural et ait constitué un abus de procédure.

[6] La décision du Comité d'examen et la présente procédure soulèvent la question de l'interprétation de plusieurs articles de la *Loi sur les juges* qui figurent à l'annexe A.

[7] Pour les motifs suivants, je conclus que les présentes demandes doivent être accueillies. La décision du Comité d'examen est déraisonnable; la procédure du CCM, quant à elle, a été injustement appliquée au juge Smith et constitue un abus de procédure. Le juge Smith a droit à une mesure concrète.

II. CONTEXTE

A. Historique de la procédure

[8] Les deux demandes de contrôle judiciaire ont fait l'objet d'une gestion de l'instance. Par ordonnance rendue le 4 juillet 2019, la juge chargée de la gestion de l'instance les a réunies. Conformément à la règle 109 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, l'autorisation d'intervenir a été accordée à l'Association canadienne des juges des cours supérieures et à l'Association des juges de la Cour supérieure de l'Ontario.

[9] Le procureur général du Canada a été désigné comme défendeur aux termes du paragraphe 303(2) des *Règles des Cours fédérales*. Le procureur général soutient, comme le juge Smith, que la décision du Comité d'examen est déraisonnable, tout comme son interprétation des articles 54 à 56.1 de la *Loi sur les juges* telle qu'elle a été retenue par le juge en chef associé Pidgeon.

[10] The Case Management Judge granted the CJC leave to intervene in these applications, restricted to the issue of its jurisdiction. That issue was resolved by the decisions in *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 865, [2019] 1 F.C.R. 404, appeal dismissed *Canadian Judicial Council v. Girouard*, 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503, leave to appeal to the S.C.C. refused December 12, 2019.

[11] In her October 17, 2019 order, the Case Management Judge expanded the scope of the CJC's intervention permitting it to defend its decision on the merits, within the parameters set out by the Supreme Court of Canada in *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147.

B. Facts

[12] On April 16, 2018, the Interim President and Vice Chancellor, Lakehead University, wrote to Justice Smith asking him to accept an appointment to the position of Interim Dean of the Law School. The Law School has existed only since 2013. Its mandate is "Aboriginal and Indigenous Law, Natural Resources and Environmental Law, and small firm and Sole Practice." The second permanent dean of the Law School, Angelique EagleWoman, resigned earlier in 2018, alleging institutional racism. In her letter to Justice Smith, the Interim President notes the importance that it "maintain the confidence and support of the Law Society of Ontario, the Federation of Law Societies of Canada, and of our local bar and extended communities." The Interim President explains why he is being asked to take on this interim position:

We make this urgent request based on your knowledge, skills, and experience as a Judge of the Superior Court of Ontario. In addition, your long standing connections and the respect you garner in the local, provincial and national legal communities, combined with your significant work with Indigenous communities and your important publications focused on Aboriginal Law in Canada,

[10] La juge chargée de la gestion de l'instance a accordé au CCM l'autorisation d'intervenir dans la présente procédure, en se limitant à la question de sa compétence. Cette question a été réglée par la décision *Girouard c. Canada (Procureure générale)*, 2018 CF 865, [2019] 1 R.C.F. 404, appel rejeté dans l'arrêt *Conseil Canadien de la Magistrature c. Girouard*, 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503, autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada refusée le 12 décembre 2019.

[11] Dans l'ordonnance rendue le 17 octobre 2019, la juge chargée de la gestion de l'instance a élargi la portée de l'intervention du CCM en lui permettant de défendre sa décision sur le fond selon les critères consacrés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147.

B. Faits

[12] Le 16 avril 2018, la présidente par intérim et vice-chancelière de l'Université Lakehead a écrit au juge Smith pour lui demander d'accepter le poste de doyen par intérim de la faculté de droit. La faculté de droit n'existe que depuis 2013. Sa mission vise [TRADUCTION] « le droit autochtone, le droit de l'environnement et des ressources naturelles, ainsi que les petits cabinets et l'exercice du droit à titre individuel ». Angelique EagleWoman, la deuxième doyenne permanente de la faculté de droit, a démissionné au début de 2018, accusant l'Université de racisme institutionnel. Dans sa lettre au juge Smith, la présidente par intérim a signalé qu'il était important de [TRADUCTION] « conserver la confiance et le soutien du Barreau de l'Ontario, de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ainsi que de notre barreau local et de la communauté élargie ». La présidente par intérim a expliqué au juge Smith les raisons pour lesquelles on lui demandait d'accepter ce poste intérimaire :

[TRADUCTION] Nous nous appuyons, pour vous adresser cette demande urgente, sur vos connaissances, vos compétences et votre expérience en tant que juge de la Cour supérieure de l'Ontario. En outre, vos relations de longue date et le respect dont vous bénéficiez au sein des communautés juridiques locale, provinciale et nationale, de concert avec le travail considérable que vous avez accompli avec les

are critical to the ongoing evolution and success of the Faculty of Law.

[13] Justice Smith sits in the Northwest Region and before becoming a judge in 2001, practised law in Thunder Bay for 25 years. He has significant expertise in Aboriginal and Indigenous law. In October 2009, he was appointed to the Specific Claims Tribunal. Justice Smith worked with former judge and current Senator Murray Sinclair, Chair of the Truth and Reconciliation Commission, on various judicial education initiatives, including developing and co-chairing a three-day intensive course, sponsored by the National Judicial Institute on Aboriginal Law for judges from across Canada, and creating and updating a Judicial Bench Book on Aboriginal Law. He is often invited by legal organizations to speak on Aboriginal and Indigenous law, and is called upon regularly by judges across Canada to assist with the mediation of land claims and other litigation between First Nations and various levels of government.

[14] Justice Smith informed the Honourable Heather J. Forster Smith, Chief Justice of the Superior Court of Justice (the Chief Justice) of the request from the Law School. In his letter, Justice Smith says, “the affairs at the school are in a crisis.” This characterization of the situation at the Law School is not questioned. He asked for the approval of his Chief Justice and the Minister of Justice to accept this short-term appointment.

[15] The Chief Justice wrote to Minister of Justice, Jody Wilson-Raybould, expressing her support for Justice Smith to accept this role. She notes that this request “would take him outside of his judicial duties in a role that is unprecedented for a judge of our Court.” She also notes that Justice Smith is a supernumerary judge “so the impact may be less than it would in other circumstances, particularly until the fall.” As a supernumerary judge, Justice Smith performs judicial duties for only

communautés autochtones et à vos importantes publications portant sur le droit autochtone au Canada, sont des éléments essentiels à l'évolution et à la réussite continues de la faculté de droit.

[13] Le juge Smith siège dans la région Nord-Ouest; avant de devenir juge en 2001, il a pratiqué le droit à Thunder Bay pendant 25 ans. Il compte une solide expertise en droit autochtone. En novembre 2009, il a été nommé au Tribunal des revendications particulières. En collaboration avec l'ancien juge et actuel sénateur Murray Sinclair, président de la Commission de vérité et réconciliation, le juge Smith a contribué à divers projets de formation judiciaire, y compris la création et la direction conjointe d'un cours intensif de trois jours de droit autochtone, destiné aux juges partout au Canada et parrainé par l'Institut national de la magistrature, ainsi que la création et la mise à jour d'un cahier d'audience destiné aux juges en matière de droit autochtone. Il reçoit souvent des invitations de la part d'organismes juridiques à titre de conférencier en matière de droit autochtone, et des juges partout au Canada font régulièrement appel à lui pour la médiation de revendications territoriales et d'autres contentieux entre des Premières nations et divers ordres de gouvernement.

[14] Le juge Smith a informé, au sujet de la demande formulée par la faculté de droit, Heather J. Forster Smith, la juge en chef de la Cour supérieure de l'Ontario (la juge en chef). Dans sa lettre, le juge Smith a indiqué que [TRADUCTION] « la faculté est en situation de crise ». Cette qualification de la situation au sein de la faculté de droit n'est pas controversée. Le juge Smith a demandé l'approbation de sa juge en chef et de la ministre de la Justice avant d'accepter cette nomination de courte durée.

[15] La juge en chef a écrit à la ministre de la Justice, Jody Wilson-Raybould, pour indiquer qu'elle appuyait l'acceptation par le juge Smith de ce poste. Elle a noté que cette demande [TRADUCTION] « amènerait en dehors de ses fonctions judiciaires dans un rôle qui est sans précédent pour un juge de [la Cour supérieure de justice] ». Elle a ajouté que le juge Smith est juge surnuméraire, [TRADUCTION] « l'impact sera donc moins important que dans d'autres circonstances, en particulier à l'automne ».

six months each year. She indicates that this is an exceptional situation and “an opportunity for our Court to respond positively to a number of Truth and Reconciliation Commission recommendations.”

[16] The Chief Justice proposes to grant Justice Smith a leave of up to six months, from June 1, 2018, into November 2018, under the authority given to her in paragraph 54(1)(a) of the *Judges Act*. She notes that anything beyond that would require an Order in Council.

[17] The Chief Justice writes that Justice Smith appreciates that he can only accept the role “within certain clear parameters” including that his role be confined to “academic leadership.” He would delegate administrative authority over recruitment, financial decisions, and academic appeals to others within the school. Lastly, she observes, “given the restrictions of s. 55 of the *Judges Act* (which prohibits extra-judicial employment, occupation or business) he could not accept any remuneration from the university.”

[18] On April 27, 2018, the Minister replies:

As Chief Justice, you have authority to grant Justice Smith a “special leave” under the *Judges Act*, for a period up to six months. ...

I have no concerns about your granting Justice Smith a “special leave” from June 2018 to November 2018, as outlined in your letter. In the event that more than six months is required, I will consider any requests for additional leave at the appropriate time. [Emphasis added.]

[19] On April 30, 2018, the Chief Justice granted Justice Smith special leave pursuant to paragraph 54(1)(a) of the *Judges Act* from June 1, 2018, to accept the assignment of Interim Dean at the Law School, subject to the parameters set out in her letter to the Minister of Justice.

En tant que juge surnuméraire, le juge Smith n’exerce des fonctions judiciaires que six mois par année. La juge en chef a indiqué qu’il s’agissait d’une situation exceptionnelle et que c’était [TRADUCTION] « l’occasion pour notre Cour de répondre positivement à plusieurs recommandations formulées par la Commission de vérité et réconciliation ».

[16] Conformément au pouvoir que l’alinéa 54(1)a) de la *Loi sur les juges* lui confère, la juge en chef proposait d’autoriser le juge Smith à prendre jusqu’à six mois de congé, du 1^{er} juin 2018 jusqu’à novembre de la même année. Elle a noté qu’un décret serait nécessaire pour accorder davantage de congés.

[17] La juge en chef a indiqué que le juge Smith savait qu’il ne pouvait accepter le poste qu’en respectant [TRADUCTION] « certains paramètres clairs »; notamment, son rôle devait se limiter à [TRADUCTION] « un leadership scolaire ». Il serait amené à déléguer à d’autres personnes au sein de la faculté les pouvoirs administratifs en matière de recrutement, de décisions financières et d’appels académiques. En dernier lieu, elle a fait remarquer au juge Smith que [TRADUCTION] « compte tenu des limites imposées par l’article 55 de la *Loi sur les juges* (qui interdit aux juges de se consacrer à toute autre activité que leurs fonctions judiciaires), il ne pouvait accepter de rémunération de la part de l’université ».

[18] Voici ce qu’a répondu le ministre le 27 avril 2018 :

[TRADUCTION] En tant que juge en chef, la *Loi sur les juges* vous confère le droit d’accorder au juge Smith un « congé spécial » d’une durée maximale de six mois [...]

Je ne vois aucun problème à ce que vous accordiez au juge Smith un « congé spécial » de juin à novembre 2018, comme vous l’indiquez dans votre lettre. Advenant que plus de six mois soient nécessaires, j’examinerai toute demande de congé supplémentaire en temps utile. [Non souligné dans l’original.]

[19] Le 30 avril 2018, conformément à l’alinéa 54(1)a) de la *Loi sur les juges*, la juge en chef a accordé un congé spécial au juge Smith à compter du 1^{er} juin 2018, afin qu’il accepte l’affectation proposée à titre de doyen par intérim de la faculté de droit, sous réserve des conditions

[20] On May 9, 2018, the Executive Director of the CJC, Norman Sabourin, wrote to Justice Smith, with a copy to his Chief Justice. He observed that pursuant to section 4.2 of the *Canadian Judicial Council Procedures for the Review of Complaints or Allegations About Federally Appointed Judges* (the Review Procedures), in addition to receiving and reviewing complaints, he may “review any other matter involving the conduct of a superior court judge that comes to the attention of the Executive Director and appears to warrant consideration.” He further noted that under section 4.3 of the Review Procedures, if he determines that the matter warrants consideration, he “must” refer it to the Judicial Conduct Committee.

[21] With that background, Mr. Sabourin writes in his letter to Justice Smith that media reports indicate that he has accepted to serve as “Dean of Lakehead University (on an interim basis)” and he attaches a CBC web report posted May 3, 2018, entitled “Justice Patrick Smith named interim dean of Lakehead law school.” It reports on the departure of former Dean Angelique EagleWoman who on stepping down said, “Systemic issues within the university and challenges to implementing the Bora Laskin Faculty of Law’s Aboriginal and Indigenous law mandate have made my continued involvement in the law school untenable.” The news report concludes with the reaction of some Indigenous leaders to the situation at the Law School:

Since then Indigenous leaders representing dozens of First Nations communities across northwestern Ontario called for “immediate change” at Lakehead University. They made several recommendations, including that Lakehead commit to appointing an Indigenous person as EagleWoman’s successor, that an independent review examine “all issues and allegations” raised by her and that appropriate measures are subsequently taken.

énoncées dans la lettre qu’elle avait adressée à la ministre de la Justice.

[20] Le 9 mai 2018, le directeur administratif du CCM, Norman Sabourin, a écrit au juge Smith, avec copie à son juge en chef. Il a indiqué que, conformément à l’article 4.2 des *Procédures du Conseil canadien de la magistrature pour l’examen de plaintes ou d’allégations au sujet de juges de nomination fédérale* (les Procédures d’examen), en plus de recevoir et d’examiner les plaintes, il pouvait « réviser toute autre affaire impliquant la conduite d’un juge d’une cour supérieure qui vient à son attention et paraît justifier un examen ». Il a ajouté que, conformément à l’article 4.3 des Procédures d’examen, s’il estime que l’affaire justifie un examen, il « doit » la renvoyer au Comité sur la conduite des juges.

[21] Dans cette perspective, M. Sabourin a indiqué dans sa lettre au juge Smith que, d’après les médias, il avait accepté de devenir [TRADUCTION] « doyen de l’Université Lakehead (à titre intérimaire) ». Il a joint à sa lettre un article de la CBC publié en ligne le 3 mai 2018 et intitulé [Justice Patrick Smith named interim dean of Lakehead law school] [TRADUCTION] « Nomination du juge Patrick Smith à la fonction de doyen par intérim de la faculté de droit de Lakehead ». Cet article portait sur le départ de l’ancienne doyenne, Angelique EagleWoman, qui a fait la déclaration suivante lorsqu’elle a quitté son poste : [TRADUCTION] « Vu les problèmes systémiques au sein de l’université et les défis quant à la réalisation de la mission relative au droit autochtone de la faculté de droit Bora Laskin, il m’est impossible de poursuivre mes activités au sein de la faculté de droit. » Cet article s’achevait sur la réaction de certains leaders autochtones quant à la situation à la faculté de droit :

[TRADUCTION] Depuis, des leaders autochtones représentant des dizaines de communautés autochtones dans le nord-ouest de l’Ontario ont réclamé un « changement immédiat » à l’Université Lakehead. Ils ont formulé plusieurs recommandations, préconisant notamment que Lakehead s’engage à nommer un Autochtone pour succéder à M^{me} EagleWoman, qu’il y ait un examen indépendant de « l’ensemble des problèmes et allégations » soulevés par M^{me} EagleWoman et que des mesures appropriées soient prises par la suite.

[22] Mr. Sabourin says, “in light of sections 54 and 55 of the Judges Act, and given the general duties and ethical obligations of judges,” acceptance of the Interim Dean role “brings me to the view that the situation may warrant consideration by Council.” Prior to reaching any decision, Mr. Sabourin invites Justice Smith’s views.

[23] The Chief Justice quickly responds by letter of May 11, 2018, noting that Justice Smith is unable to respond as he is out of the country. She assures Mr. Sabourin that she considered the request “very carefully taking into account the CJC’s ethical principles and the Judges Act.” She informs him that she obtained assurances that the appointment would attract no remuneration, that Justice Smith’s duties would be restricted to providing only academic leadership, and that he would be insulated from concerns about future litigation. Further, she informs Mr. Sabourin that she had sought and obtained approval from the Minister of Justice. She closes her letter with the following:

I trust that the above clarifies how the matter unfolded and that it was thoroughly considered and approved both by me and the Minister of Justice. As such, I trust that you will agree that any further review of this matter is unwarranted.

I anticipate that this explanation will satisfy all concerns you may have, but if not, please advise me and we may be able to suggest possible solutions.

[24] This response apparently did not satisfy Mr. Sabourin. He did not accept the invitation of the Chief Justice to contact her; he referred the matter to Pidgeon A.C.J. On his behalf, Mr. Sabourin requests “more information about the precise scope and nature of the duties”. Justice Smith will undertake at the Law School and asks for his comments on the following:

* who first contacted you in respect of the proposed appointment as Dean;

[22] M. Sabourin a affirmé que [TRADUCTION] « compte tenu des articles 54 et 55 de la *Loi sur les juges* et des devoirs et obligations déontologiques généraux des juges », l’acceptation de la fonction de doyen par intérim [TRADUCTION] « me porte à croire que la situation pourrait justifier un examen du Conseil ». Avant de parvenir à une décision, M. Sabourin a invité le juge Smith à donner son avis.

[23] La juge en chef a rapidement envoyé une lettre le 11 mai 2018 pour signaler que le juge Smith n’était pas en mesure de répondre parce qu’il était à l’étranger. Elle a assuré à M. Sabourin qu’elle avait étudié la demande [TRADUCTION] « en tenant bien compte des principes déontologiques du CCM et de la *Loi sur les juges* ». Elle lui a fait savoir qu’elle avait obtenu l’assurance que la nomination ne donnerait lieu à aucune rémunération, que le juge Smith ne ferait qu’assurer un leadership scolaire et qu’il serait tenu à l’écart des préoccupations relatives aux contentieux futurs. Elle a ajouté qu’elle avait demandé et obtenu l’approbation de la ministre de la Justice. Elle terminait ainsi sa lettre :

[TRADUCTION] Je pense que les explications qui précèdent précisent le déroulement de l’affaire et montrent que la ministre de la Justice et moi-même avons fait preuve de rigueur en examinant la question et en donnant notre approbation. Par conséquent, je pense que vous conviendrez qu’il est inutile de poursuivre l’examen de cette affaire.

Je crois que cette explication répondra à toutes vos préoccupations. Dans le cas contraire, veuillez m’en faire part; nous pourrions peut-être suggérer des solutions.

[24] Apparemment, M. Sabourin n’a pas été convaincu par cette réponse. Il n’a pas communiqué avec la juge en chef comme celle-ci le lui proposait; il a plutôt renvoyé l’affaire au juge en chef associé Pidgeon. En son nom, M. Sabourin a demandé [TRADUCTION] « de plus amples renseignements sur l’ampleur et la nature des fonctions » qui seraient celles du juge Smith à la faculté de droit. Il a également demandé au juge Smith de répondre aux questions suivantes :

[TRADUCTION]

* Qui est la première personne à avoir communiqué avec vous quant à la proposition de nomination au poste de doyen?

- * whether you have been granted leave from your judicial duties and, if so, by whom and on what basis;
 - * whether, in your view, section 55 of the Judges Act is a bar to a judge engaging in professional activities other than judicial duties, whether remunerated or not;
 - * whether you intend to engage in any judicial activities while acting as Dean;
 - * whether there is any possibility of litigation in relation to Lakehead University;
 - * whether the public confidence in the judiciary might be undermined by your engaging in the activities you propose at Lakehead University.
- * Avez-vous obtenu l'autorisation de quitter vos fonctions de juge et, dans l'affirmative, par qui et sur quelles bases?
 - * Estimez-vous que l'article 55 de la *Loi sur les juges* interdit aux juges d'exercer des activités professionnelles autres que des activités de magistrat, qu'elles soient rémunérées ou non?
 - * Avez-vous l'intention d'exercer des activités judiciaires lorsque vous serez doyen?
 - * Est-il possible de voir surgir des contentieux relativement à l'Université Lakehead?
 - * Votre participation aux activités que vous proposez à l'université Lakehead pourrait-elle nuire à la confiance du public envers la magistrature?

[25] Justice Smith responds directly to Pidgeon A.C.J. on May 24, 2018. He points out that the position he was invited to fulfill is not Dean of the Law School, as Mr. Sabourin's letter states, but Interim Dean. He reiterates that he has been granted a leave of absence from his judicial duties by his Chief Justice who has consulted with the Minister of Justice who has "no concerns" with that.

[25] Le juge Smith a répondu directement au juge en chef associé Pidgeon le 24 mai 2018. Il a souligné que le poste qu'on lui proposait n'était pas celui de doyen de la faculté de droit, comme M. Sabourin le déclarait dans sa lettre, mais celui de doyen par intérim. Il a répété qu'il avait obtenu un congé autorisé de son poste de juge et que ce congé avait été accordé par sa juge en chef qui avait consulté la ministre de la Justice, laquelle n'y voyait [TRADUCTION] « aucun problème ».

[26] Justice Smith responds that he does not view section 55 of the *Judges Act* as a bar to his acceptance of the position at the Law School:

[26] Le juge Smith a répondu qu'il n'était pas d'avis que l'article 55 de la *Loi sur les juges* lui interdisait d'accepter le poste en question à la faculté de droit :

While I do not believe that this provision creates a blanket ban on engaging in any "professional activities other than judicial duties", I am hesitant to opine in the abstract on the circumstances in which section 55 prohibits such activities. I am pleased, however, to have the opportunity to provide submissions on whether this provision prohibits my proposed activities as Interim Dean.

[TRADUCTION] Bien que je ne croie pas que cette disposition interdise totalement d'exercer des « activités professionnelles autres que des activités de magistrat », j'hésite à me prononcer dans l'abstrait sur les circonstances dans lesquelles l'article 55 interdit de telles activités. Cependant, je suis heureux de pouvoir présenter des observations sur la question de savoir si cette disposition m'interdit d'exercer les activités du poste de doyen par intérim qui m'est proposé.

The role of "Interim Dean", as defined above, does not in my respectful view qualify as an "occupation or business" in which the Legislature intended to prohibit judges from engaging. The Legislature intended to prohibit judges from moonlighting in other roles – particularly remunerative ones – that could undermine their ability to devote themselves fully to their judicial duties.

À mon humble avis, le rôle de « doyen par intérim », tel qu'il est défini ci-dessus, ne constitue pas une « activité » que le législateur voulait interdire aux juges d'exercer. L'intention du législateur était d'interdire aux juges de cumuler des fonctions – en particulier des fonctions lucratives – susceptibles de compromettre leur capacité à se consacrer entièrement à leurs activités de magistrat.

Moreover, the role that I intend to play at the Bora Laskin Faculty of Law is not unlike a study leave granted to a judge to reflect, research, or teach at a Canadian Law School, as authorized by the Canadian Judicial Council and the Minister of Justice.

Further, section 55 must be read in conjunction with section 54, which expressly contemplates that a judge may “be granted a leave of absence from his or her judicial duties.” It is necessarily inferred that during a period of leave granted pursuant to section 54, a judge is relieved of the obligation in section 55 to “devote himself or herself exclusively to those judicial duties.”

Viewed in this context, as well as in the circumstances in which I would be fulfilling the temporary role of Interim Dean (i.e., during a period of leave pursuant to section 54), I respectfully submit that section 55 does not prohibit taking on this role, as defined above.

Nevertheless, if this remains a concern for you, I would be open to suggestions on how this role might be more tightly tailored or differently stylized (e.g., “Interim Academic Dean”, “Interim Dean/Judge-in-Residence”, “Academic Lead” or “Special Academic Advisor”) to ensure I do not run afoul of section 55.

[27] Justice Smith says that the restrictions placed on him to providing academic leadership “are intended, in part, to insulate me from concerns about future litigation.” Upon his return to judicial duties, he will recuse himself from any matter in which Lakehead University is a party.

[28] Additionally, he expresses his view that public confidence in the judiciary would be enhanced and not undermined by him engaging in the proposed activities at the Law School:

I share Chief Justice Smith’s concerns about the current risk to Lakehead University’s Faculty of Law, which includes a real possibility that the Faculty may collapse. I have only accepted to take on the role of Interim Dean in order to try to help the Faculty navigate a period of real crisis. I do not believe the public confidence in the judiciary could be undermined by me providing assistance to the Faculty as proposed. To the contrary; I believe the

De plus, le rôle que je comptes jouer au sein de la faculté de droit Bora Laskin n’est pas très différent du congé d’étude qu’on accorderait à un juge pour réfléchir, faire de la recherche ou enseigner dans une faculté de droit au Canada, comme le permettent le Conseil canadien de la magistrature et le ministre de la Justice.

En outre, l’article 55 doit être lu de concert avec l’article 54, qui prévoit expressément qu’un juge peut obtenir un « congé ». On peut déduire qu’au cours d’un congé accordé conformément à l’article 54, un juge est déchargé de l’obligation imposée par l’article 55 de « se consacrer[r] à [ses] fonctions judiciaires à l’exclusion de toute autre activité ».

Compte tenu de ce contexte ainsi que des circonstances dans lesquelles j’assumerais le rôle temporaire de doyen par intérim (c’est-à-dire pendant un congé aux termes de l’article 54), je soutiens respectueusement que l’article 55 ne m’interdit pas d’accepter ce poste tel qu’il est défini plus haut.

Néanmoins, si ceci ne répond pas à toutes vos préoccupations, je serais prêt à entendre vos suggestions quant à la façon donc ce rôle pourrait être strictement conçu ou désigné autrement (p. ex. « doyen universitaire par intérim », « doyen par intérim/juge en résidence », « responsable universitaire » ou « conseiller universitaire spécial ») afin d’éviter, de ma part, tout manquement à l’article 55.

[27] Le juge Smith a affirmé que les restrictions imposées quant à l’exercice d’un leadership en milieu universitaire [TRADUCTION] « visent en partie à me tenir à l’écart des préoccupations relatives aux contentieux futurs ». Il a indiqué que lorsqu’il reprendrait ses activités de juge, il se récuserait de toute affaire à laquelle l’Université Lakehead serait partie.

[28] Il a ajouté que, selon lui, la confiance du public envers la magistrature serait renforcée et non compromise par sa participation aux activités qui lui étaient proposées à la faculté de droit :

[TRADUCTION] Je partage l’inquiétude de la juge en chef Smith quant au risque auquel la faculté de droit de l’Université Lakehead fait face actuellement et à la possibilité réelle que la faculté disparaisse. Si j’ai accepté le poste de doyen par intérim, c’est seulement pour tenter d’aider la faculté à faire face à une véritable crise. Je ne crois pas que le fait que j’aide la faculté, comme on me propose de le faire, puisse compromettre la confiance du

public confidence in the judiciary would be enhanced by knowing that a judge of the Superior Court is willing and enthusiastic to answer a call to service made by Lakehead University to assist its Faculty of Law through an existential crisis, while also ensuring full compliance with his obligations as a judge. That confidence would only be further enhanced by knowing that the Chief Justice of the Ontario Superior Court of Justice, the federal Minister of Justice, and the Canadian Judicial Council are united in their support of this effort to ensure that a Law Faculty with such important mandates continues to survive and thrive, and to address one of the Truth and Reconciliation Commission's Calls to Action in furthering the project of reconciliation. This will contribute to the public perception of the judiciary and the Canadian Judicial Council as relevant and responsive to a crisis in the community. [Emphasis in original.]

[29] The Chief Justice also wrote to Pidgeon A.C.J. on May 28, 2018, repeating her support of Justice Smith accepting the position. Further, she provided a legal opinion from former Ontario Deputy Attorney General Murray Segal who, after outlining the legislative history of and parliamentary intention regarding sections 54 and 55 of the *Judges Act* concludes that the appointment did not contravene section 55 of the *Judges Act*:

In sum, our view is that ss. 54 and 55 of the *Judges Act* did not prevent Chief Justice H. Smith from granting special leave to Justice P. Smith to act as Acting Dean in a limited capacity, nor do they prevent Justice P. Smith from taking such leave.

Granting special leave was within Chief Justice H. Smith's power and did not contravene s. 55 of the *Judges Act*. When leave is granted under s. 54, it must be for a purpose that is consistent with the office of the judge and judicial ethics, and it must be particularly sensitive to the judge's eventual return to the bench. These considerations were apparent in Chief Justice H. Smith's decision to grant leave on carefully designed conditions. Given the plain meaning and history of ss. 54 and 55, the history of judges pursuing roles in academia, and the principles of judicial ethics, granting special leave for Justice P. Smith to take on a closely circumscribed role as Acting Dean did not contravene s. 55. [Emphasis added.]

public envers la magistrature. Je crois, au contraire, que la confiance du public envers la magistrature serait renforcée par le fait qu'un juge de la Cour supérieure répond avec enthousiasme à l'appel de l'Université Lakehead afin d'aider sa faculté de droit à traverser une crise existentielle tout en respectant totalement ses obligations en tant que juge. Cette confiance serait d'autant plus renforcée que la juge en chef de la Cour supérieure de l'Ontario, la ministre fédérale de la Justice et le Conseil canadien de la magistrature soutiennent unanimement cet effort pour faire en sorte qu'une faculté de droit ayant des missions si importantes survive et continue de prospérer, et pour répondre à un des appels à l'action de la Commission de vérité et réconciliation afin de mettre en œuvre le projet de réconciliation. Cela contribuera à montrer au public que la magistrature et le Conseil canadien de la magistrature sont pertinents et répondent à une crise au sein de la communauté. [Souligné dans l'original.]

[29] La juge en chef a également écrit au juge en chef associé Pidgeon le 28 mai 2018 pour répéter qu'elle encourageait le juge Smith à accepter le poste en question. En outre, elle a produit un avis juridique préparé par l'ancien sous-procureur général de l'Ontario, Murray Segal, qui, après avoir rappelé les travaux préparatoires et l'intention du législateur fédéral relatifs aux articles 54 et 55 de la *Loi sur les juges*, conclut que la nomination du juge Smith n'était pas contraire à l'article 55 de la *Loi sur les juges* :

[TRADUCTION] En somme, nous sommes d'avis que les articles 54 et 55 de la *Loi sur les juges* n'interdisaient pas à la juge en chef H. Smith d'accorder un congé spécial au juge P. Smith pour qu'il occupe la fonction de doyen par intérim de façon limitée. Ces dispositions n'interdisent pas non plus au juge P. Smith de prendre un tel congé.

La juge en chef H. Smith avait le pouvoir d'accorder un congé spécial et, ce faisant, elle n'a pas manqué à l'article 55 de la *Loi sur les juges*. Lorsqu'un congé est accordé aux termes de l'article 54, son but doit être conforme aux fonctions du juge et à la déontologie judiciaire, et il faut tenir compte tout particulièrement du retour du juge au tribunal. Ces facteurs ont été clairement pris en compte dans la décision de la juge en chef H. Smith d'accorder un congé selon des conditions fixées avec soin. Compte tenu du sens ordinaire et de l'histoire des sections 54 et 55, des exemples de juges ayant joué des rôles dans des universités, ainsi que des principes de déontologie judiciaire, aucun manquement à l'article 55 n'a été constitué par le congé spécial accordé au juge P. Smith pour qu'il assume un rôle très limité en tant que doyen par intérim. [Non souligné dans l'original.]

[30] In his opinion, Mr. Segal notes, as had Justice Smith, that academic leaves of absence established by the CJC were not viewed as offending the *Judges Act* or a judge's ethical principles. Further, he points out that there are precedents for a Superior Court justice acting as Dean of a law school. Former Chief Justice Gerald Fauteux was a justice of the Superior Court of Québec while serving as Dean of McGill Law School (1949–1950) and a justice of the Supreme Court of Canada while serving as Dean of Ottawa Law School (1953–1962). Mr. Segal also points out that while a Superior Court judge, Justice Bora Laskin joined the Board of Governors of York University (1967–1970) and was Chair of the Ontario Institute for Studies in Education.

[31] Mr. Segal recommends some additional conditions on Justice Smith's role at the Law School, including that a written agreement be entered into setting out the limitations of his appointment. Justice Smith and Lakehead University signed such a written agreement on May 31, 2018, and it was sent to Pidgeon A.C.J. His position title was modified to Interim Dean (Academic) to reflect the limitations on his role.

[32] On July 12, 2018, Pidgeon A.C.J. sought further information from Justice Smith on the additional limitations on his role (as recommended in Mr. Segal's opinion), his duties, the written agreement, and the status of the search for a permanent dean. Justice Smith replied on July 17, 2018, stating that the agreement embodied the additional recommended limitations, except the condition that he approach his Chief Justice if there was a change in circumstances or the appearance of controversy. In its place, he confirmed that he had “undertaken to Chief Justice Smith to approach her or her office immediately should circumstances change, or any issues arise which may raise new ethical implications, possibly lead to public controversy, or generally on which I require direction.”

[30] M. Segal a noté que selon lui, comme l'a indiqué le juge Smith, les congés prévus par le CCM pour exercer des fonctions au sein d'une université n'étaient pas considérés comme des manquements à la *Loi sur les juges* ou aux principes de déontologie judiciaire. Il a ajouté qu'il était déjà arrivé qu'un juge d'une Cour supérieure soit doyen d'une faculté de droit. Par exemple, l'ancien juge en chef Gérald Fauteux a rempli simultanément les fonctions de juge à la Cour supérieure du Québec et de doyen de la faculté de droit de l'Université McGill (de 1949 à 1950), puis de juge à la Cour suprême du Canada et de doyen de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa (de 1953 à 1962). M. Segal a également mentionné le cas du juge Bora Laskin qui, alors qu'il était juge d'une Cour supérieure, s'est joint au conseil des gouverneurs de l'Université de York (de 1967 à 1970) et a été président de l'Ontario Institute for Studies in Education.

[31] M. Segal a recommandé l'imposition de certaines conditions supplémentaires quant au rôle du juge Smith au sein de la faculté de droit, y compris la signature d'une entente écrite déterminant les limites encadrant sa nomination. Le juge Smith et l'Université Lakehead ont signé une telle entente écrite le 31 mai 2018, laquelle a été transmise au juge en chef associé Pidgeon. Le titre de son poste a été modifié et est devenu [TRADUCTION] « doyen par intérim (universitaire) » pour refléter les limites de son rôle.

[32] Le 12 juillet 2018, le juge en chef associé Pidgeon a demandé de plus amples renseignements au juge Smith quant aux limites supplémentaires de son rôle (suivant les recommandations formulées dans l'avis juridique de M. Segal), ses fonctions, l'entente écrite et l'état de la recherche d'un doyen permanent. Le juge Smith a répondu, le 17 juillet 2018, que l'entente intégrait les limites supplémentaires recommandées, à l'exception de la condition selon laquelle il devait communiquer avec sa juge en chef si les circonstances changeaient ou s'il y avait apparence de controverse. Toutefois, il a confirmé qu'il s'adresserait [TRADUCTION] « à la juge en chef Smith ou à son bureau immédiatement si les circonstances changeaient ou en cas de problèmes pouvant soulever de nouveaux enjeux déontologiques, voire déboucher sur une controverse publique, ou, en général, s'il avait besoin de directives sur certaines questions ».

[33] Mr. Sabourin notified Justice Smith by telephone on August 20, 2018, that Pigeon A.C.J. decided to constitute a Review Panel in respect of the appointment, and that a press release would be issued by the CJC.

[34] Justice Smith replied on August 23, 2018, providing an update on his duties and the results he had achieved, and asking the CJC not to issue a press release because of the negative effect this would have on the morale and reputation of the Law School. The CJC later issued a Press Release on October 3, 2018 [“Canadian Judicial Council review of a matter involving the Honourable Patrick Smith”], stating, “Specifically, the decision of the Honourable Patrick Smith to become the Interim Dean of the Bora Laskin Law School at Lakehead University raises some questions about whether such duties are compatible with judicial office.”

[35] Justice Smith received a letter from the CJC dated August 28, 2018, attaching the reasons for the decision to appoint a Review Panel “in respect of your appointment as Dean [*sic*] of the Faculty of Law at Lakehead University.” Justice Smith was invited “to provide any written comments you may wish to make to the Panel, including on whether or not an Inquiry Committee should be constituted.”

[36] The reasons provided by Pidgeon A.C.J. for the referral include his interpretation of the relevant provisions of the *Judges Act*. However, and contrary to the explanation in the press release, his decision to refer rests on his view that Justice Smith accepted the role “without considering the possible public controversy associated with the reaction from First Nations chiefs and without considering the political environment or the potential effect on the prestige of judicial office.”

[37] The reasons for referral [*Reasons for the referral of a complaint to a Judicial Conduct Review Panel in the*

[33] M. Sabourin a informé le juge Smith par téléphone, le 20 août 2018, que le juge en chef associé Pigeon avait décidé de constituer un Comité d’examen au sujet de sa nomination et qu’un communiqué de presse serait publié par le CCM.

[34] Dans sa réponse envoyée le 23 août 2018, le juge Smith a fait le point sur ses fonctions et les résultats qu’il avait obtenus, et a demandé au CCM de ne pas publier de communiqué de presse compte tenu de l’effet défavorable qu’aurait une telle publication sur le moral et la réputation de la faculté de droit. Le CCM a par la suite fait la déclaration suivante dans un communiqué de presse daté du 3 octobre 2018 [« Examen par le Conseil canadien de la magistrature concernant l’honorable Patrick Smith »] : « Plus précisément, la décision de l’honorable Patrick Smith de devenir doyen par intérim de la faculté de droit Bora Laskin de l’Université Lakehead soulève certaines questions quant à la compatibilité de ces fonctions avec les fonctions judiciaires. »

[35] Le juge Smith a reçu une lettre du CCM datée du 28 août 2018 à laquelle étaient joints les motifs de la décision de constituer un Comité d’examen [TRADUCTION] « au sujet de [sa] nomination en tant que doyen [*sic*] de la faculté de droit de l’Université Lakehead ». Le juge Smith était invité à [TRADUCTION] « produire par écrit toutes les observations qu’[il souhaitait] transmettre au comité, y compris quant à savoir s’il fallait ou non constituer un comité d’enquête ».

[36] Les motifs avancés par le juge en chef associé Pidgeon au sujet du renvoi au Comité d’examen incluaient son interprétation des dispositions pertinentes de la *Loi sur les juges*. Toutefois, et contrairement à l’explication donnée dans le communiqué de presse, sa décision de renvoyer l’affaire devant un Comité d’examen reposait sur l’idée que le juge Smith avait accepté son rôle [TRADUCTION] « sans tenir compte d’une possible controverse publique liée aux réactions de chefs de bandes autochtones et sans tenir compte de l’environnement politique ou de son effet potentiel sur le prestige de la fonction judiciaire ».

[37] Voici les extraits pertinents des motifs du renvoi [*Motifs écrits pour la constitution d’un Comité*

matter of the Honourable Patrick Smith of the Ontario Superior Court of Justice, October 3, 2018], in relevant part, are as follows [at pages 3, 5, 6, 7, 10, 11]:

.... I begin my review by noting that this matter raises a question of interpretation with regard to sections 54, 55 and 56 of the *Judges Act*. Indeed, Justice Smith and his Chief Justice obtained a legal opinion in this respect (attached), prepared by Mr. Murray Segal, former Deputy Attorney General of Ontario. Mr. Segal provides a broad interpretation of sections 55 and 56 of the *Judges Act*:

The history of s. 55 and its predecessors does not suggest that it was targeted at preventing judges from engaging in unpaid academic pursuits. The history of s. 55 suggests it was aimed at preventing judges from: (1) engaging in paid employment while acting as judges, and thereby neglecting their judicial duties; (2) being involved in commercial enterprises; and (3) being involved in matter of public controversy. [Emphasis added by Pidgeon ACJ.]

...

In my view, a somewhat different interpretation must be given to the provision in question. In my respectful opinion, the question for Council in this matter is whether Justice Patrick Smith's conduct in accepting an appointment as Interim Dean of the Law Faculty potentially contravenes the *Judges Act* or his ethical obligations as a member of the judiciary.

...

Section 55 of the *Judges Act* requires judges to devote themselves exclusively to their judicial duties, and to abstain from businesses and occupations falling outside the judicial sphere. This is confirmed by the legislative history of sections 55, 56 and 56.1 of the *Judges Act*. Being granted a leave of absence under section 54 of the *Judges Act* does not permit a judge to take on a business or occupation outside of the judicial sphere (except for acting as a commissioner, arbitrator, adjudicator, referee conciliator or mediator on any commission or on any inquiry, provided certain statutory conditions under section 56 of the *Judges Act* are met). The meaning of "occupation" should be broadly interpreted to capture all non-judicial activities that interfere with the judicial role, whether due to their onerous or time-consuming nature or given their incompatibility with judicial office.

d'examen sur la conduite dans l'affaire de la plainte du juge Patrick Smith de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, le 3 octobre 2018, aux pages 2, 3, 4, 5, 6, 10, 11] :

D'entrée de jeu, soulignons que le dossier soulève une question d'interprétation des articles 54, 55 et 56 de la *Loi sur les juges*. En effet, le juge Smith et la juge en Chef Smith ont obtenu un avis juridique à ce titre (annexe), préparé par Me Murray Segal, ancien Sous-procureur général de l'Ontario. Me Segal fournit une interprétation large des articles 55 et 56 de la *Loi sur les juges* :

[TRADUCTION] Il ne ressort pas de l'historique de l'art. 55 et de ces prédécesseurs qu'il visait à interdire aux juges de se livrer à des activités universitaires non rémunérées. Il ressort de cet historique qu'il visait à interdire aux juges (1) d'exercer un emploi rémunéré tout en exerçant la fonction de juge, et ainsi de négliger leurs obligations judiciaires; (2) de participer à des entreprises commerciales; et (3) d'être mêlés à des questions suscitant des controverses publiques [Soulignement ajouté par le juge en chef associé Pidgeon.]

[...]

Selon moi, une interprétation un peu différente doit être donnée aux articles en question. A mon humble avis, la question pour le Conseil dans le présent dossier est est-ce que la conduite du juge Patrick Smith, en acceptant une nomination de doyen intérimaire de la Faculté de droit, contrevient potentiellement à la *Loi sur les juges* ou ses obligations à titre de juge [...]

[...]

L'article 55 de la *Loi sur les juges* prévoit que les juges doivent se consacrer à leurs fonctions judiciaires à l'exclusion de toute autre activité, qu'elle soit exercée directement ou indirectement, pour leur compte ou celui d'autrui. Ceci est confirmé par l'historique législatif des articles 55, 56, et 56.1 de la *Loi sur les juges*. Se voir accorder un congé en vertu de l'article 54 de la *Loi sur les juges* ne permet pas à un juge d'exercer une activité externe à la sphère judiciaire (sauf à titre de commissaire, d'arbitre, de conciliateur ou de médiateur au sein d'une commission ou à l'occasion d'une enquête ou autre procédure en autant que certaines conditions prévues par l'article 56 de la *Loi sur les juges* sont présentes). La définition du mot « activité » doit être interprétée largement afin d'inclure toutes activités non-judiciaires qui interfère avec le rôle judiciaire, soit en raison de leur nature onéreuse ou du temps qu'elle peut prendre ou considérant leur incompatibilité avec le rôle judiciaire.

In addition, it is worth noting that in a decision rendered on 22 June 2015 (attached), regarding a complaint made against an Ontario Court of Appeal judge who had accepted a position as chancellor at Brescia University College, the Chairperson of the Judicial Conduct Committee, the Honourable Michael MacDonald, concluded:

Chief Justice MacDonald came to the opinion that Justice Gillese’s appointment to the Chancellor’s post did not place her in a position that is incompatible with her judicial functions. Chief Justice MacDonald took into consideration the strict limitations that were agreed upon by officials from Brescia and by Justice Gillese, as well as her pro-active course of action which included discussions with her Chief Justice to avoid any potential conflict and limit any associated risks. In these specific circumstances, Chief Justice MacDonald agrees with Chief Justice Strathy that Justice Gillese’s acceptance of this ceremonial post is not contrary to judicial ethics and may, in fact, be of benefit to the judiciary. [Emphasis added by Pidgeon A.C.J.]

Note that in that case, the Chief Justice of the Ontario Court of Appeal, the Honourable George Strathy, in response to a request from Chief Justice MacDonald regarding the interpretation of sections 55 and 56 of the *Judges Act*, suggested the following:

The words “occupation and business” cannot be interpreted to apply to any activity. Otherwise they would prohibit such things as hobbies or personal activities. The words “occupation or business” certainly prohibit judges from engaging in any remunerative employment or business, but they cannot be interpreted to prohibit any unremunerated activity. [Emphasis added.]

...

After considering the interpretation of the relevant legislative provisions, only one question remains: did Justice Smith err by incorrectly assessing the situation, that is, by erroneously weighing the inherent risks of the situation? [Emphasis added.]

My answer is that he did....

...

In summary, I am of the view that Justice Patrick Smith engaged in misconduct by accepting a position as Interim Dean without considering the possible public controversy

D’autre part, il est important de souligner que dans une décision rendue le 22 juin 2015, le président du Comité sur la conduite judiciaire, l’honorable Michael MacDonald, conclut, en ce qui concerne une plainte portée contre une juge de la Cour d’appel de l’Ontario qui avait accepté le poste de chancelière du « Brescia University College » :

[TRADUCTION] Le juge en chef MacDonald a finalement opiné que la nomination de la juge Gillese au poste de chancelière ne l’a pas mise dans une position incompatible avec ses fonctions judiciaires. Le juge en chef MacDonald a tenu compte des limites strictes qui furent convenues par les responsables de Brescia et par la juge Gillese, ainsi que de ses démarches proactives, dont des discussions avec sa juge en chef afin d’éviter tout conflit potentiel et limiter tout risque concevable. Vu ces circonstances précises, le juge en chef MacDonald abonde dans le sens du juge en chef Strathy : l’acceptation par la juge Gillese de poste cérémonial n’est pas contraire à la déontologie judiciaire et peut, en fait, profiter à la magistrature [Soulignement ajouté par le juge en chef associé Pidgeon.]

Soulignons que dans cette dernière affaire, le juge en chef de la Cour d’appel de l’Ontario, l’honorable Georges Strathy, avait soumis ce qui suit en réponse une demande du juge MacDonald quant à l’interprétation des articles 55 et 56 de la *Loi sur les juges* :

[TRADUCTION] Les mots “occupation and business” ne peuvent être interprétés de sorte qu’ils visent toute activité. Sinon, ils interdiraient, par exemple, les loisirs ou les activités personnelles. Nul doute que ces mots interdisent aux juges d’occuper un emploi rémunéré ou de se livrer à une activité lucrative, mais on ne saurait les interpréter de sorte qu’ils interdisent une activité non rémunérée. [Non souligné dans l’original.]

[...]

Après avoir considéré l’interprétation des articles pertinents de la loi, il s’agit de répondre une seule et même question : Le juge Smith a-t-il commis une erreur en évaluant incorrectement la situation, bref en en soulevant erronément les risques inhérents? [Non souligné dans l’original.]

Ma réponse à cette question est affirmative [...]

[...]

En résumé, je suis d’avis que le juge Patrick Smith a commis une faute déontologique en acceptant une fonction de doyen intérimaire sans tenir compte d’une possible

associated with the reaction from chiefs of First Nations and without considering the political environment or the potential effect on the prestige of judicial office.

I had to answer this question bearing in mind that (1) an interim or permanent dean is the public face of a faculty and (2) Justice Smith accepted the appointment while the media attention was underway. In addition, and with respect, it is my opinion that the situation is exacerbated by his erroneous assessment of the risks that will continue to exist at an institution where litigation would surely come before the Court of which he is a member.

I therefore conclude that the matter might be serious enough to warrant the removal of Justice Patrick Smith from office. I accordingly refer the matter to a Review Panel, in keeping with subsection 2(1) of the *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-Laws, 2015*, to decide whether an Inquiry Committee should be constituted in accordance with subsection 63(3) of the *Judges Act*.

[38] Subsection 2(1) of the *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws, 2015*, SOR/2015-203 (the By-laws) provides:

Establishment of Judicial Conduct Review Panel

2 (1) The Chairperson or Vice-Chairperson of the Judicial Conduct Committee, established by the Council in order to consider complaints or allegations made in respect of a judge of a superior court may, if they determine that a complaint or allegation on its face might be serious enough to warrant the removal of the judge, establish a Judicial Conduct Review Panel to decide whether an Inquiry Committee should be constituted in accordance with subsection 63(3) of the Act.

[39] In concluding that the conduct of Justice Smith was contrary to judicial ethics, Pidgeon A.C.J. relies on passages from the CJC’s *Ethical Principles for Judges* (the Ethical Principles), and particularly the following statement under the heading “Impartiality:” “Judges are free to participate in civic, charitable and religious activities subject to the following consideration: ... (c) Judges should avoid involvement in causes or organizations that are likely to be engaged in litigation.” He also notes section C.9 of the Commentary:

controverse publique liée aux réactions de chefs de bandes autochtones et sans tenir compte de l’environnement politique [ou d’un effet potentiel sur le prestige de la fonction judiciaire].

Il m’a fallu répondre cette question en gardant l’esprit (1) qu’un doyen intérimaire ou permanent est le visage public d’une faculté et (2) que le juge Smith avait accepté cette nomination alors que le battage médiatique avait cours. En outre, et avec respect, je suis d’avis que la situation s’est exacerbée par son évaluation erronée des risques qui vont continuer d’exister à cette institution où un litige viendrait sûrement devant la Cour où il siège à titre de juge.

Je conclus donc que cette affaire pourrait s’avérer suffisamment grave pour justifier la révocation du juge Patrick Smith de son poste. En vertu du paragraphe 2(1) du *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature, 2015*, je constitue un Comité d’examen sur la conduite afin de décider s’il y a lieu de constituer un comité d’enquête en vertu du paragraphe 63(3) de la *Loi sur les juges*.

[38] Voici ce que prévoit le paragraphe 2(1) du *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes (2015)*, DORS/2015-203 (le Règlement administratif) :

Constitution du comité d’examen de la conduite judiciaire

2 (1) Le président ou le vice-président du comité sur la conduite des juges constitué par le Conseil afin d’examiner les plaintes ou accusations relatives à des juges de juridiction supérieure peut, s’il décide qu’à première vue une plainte ou une accusation pourrait s’avérer suffisamment grave pour justifier la révocation d’un juge, constituer un comité d’examen de la conduite judiciaire qui sera chargé de décider s’il y a lieu de constituer un comité d’enquête en vertu du paragraphe 63(3) de la Loi.

[39] Pour conclure que la conduite du juge Smith ne respectait pas les principes de déontologie judiciaire, le juge en chef associé Pidgeon s’est appuyé sur des extraits des *Principes de déontologie judiciaire* (les Principes de déontologie) du CCM, plus précisément sur l’observation suivante, à la rubrique « Impartialité » : « Les juges sont libres de participer à des activités civiques, charitables et religieuses, sous réserve des considérations suivantes : [...] c) Les juges évitent toute participation à des causes ou à des organisations susceptibles d’être

C.9 Several Canadian judges have served as chancellors of universities or dioceses. Others have served on the boards of schools, hospitals or charitable foundations. Such participation may now present risks that did not appear evident in the past. These risks must be carefully weighed. Universities, churches and charitable and service organizations are now involved in litigation and matters of public controversy in ways that were virtually unheard of even in the very recent past. A judge serving as a chancellor of a university or a diocese or as a board member may be placed in an awkward position if the organization should become involved in litigation or matters of public controversy.

[40] The Court notes that Pidgeon A.C.J. does not reference the statement in the Ethical Principles that it is provided for guidance and “does not preclude reasonable disagreements about their application or imply that departures from them warrant disapproval.”

[41] I also note that in the referral decision Pidgeon A.C.J. writes [at page 8] that the conditions imposed on Justice Smith in the role of Interim Dean (Academic) “for all intents and purposes would limit his role to a ceremonial one.” This suggests that his role was no different from that of Justice Gillese as chancellor of a university.

[42] Justice Smith outlines the duties he performed in this role in a letter to Mr. Sabourin. He says that he delivered an address to graduating students of the Law School; he recommended the installation of a video conference facility to connect academics, elders, jurists, and others with the student body; through his efforts Senator Murray Sinclair delivered a keynote address during a special lecture at the Law School; and his efforts resulted in the engagement with the Aboriginal Advisory

impliquées dans un litige. » Il a également pris note du paragraphe C.9 des commentaires :

C.9 De nombreux juges canadiens ont occupé le poste de président d’une université ou de chancelier d’un diocèse. D’autres ont siégé au conseil d’administration d’écoles, d’hôpitaux ou de fondations de bienfaisance. Une telle participation peut aujourd’hui présenter des risques qui, autrefois, ne ressortaient pas à l’évidence. Il y a lieu de bien peser ces risques. Les universités, les églises, les organismes de bienfaisance et les associations philanthropiques sont maintenant parties à des litiges et mêlés à des controverses publiques d’une façon ou d’une autre; et plusieurs types de situations rencontrés étaient pratiquement inconnus jusqu’à tout récemment. Le juge qui est président d’une université, chancelier d’un diocèse ou membre d’un conseil d’administration pourrait se retrouver dans une position délicate si l’organisme était mêlé à un litige ou à une controverse publique.

[40] Notre Cour note que le juge en chef associé Pidgeon n’a fait aucune mention de l’observation des Principes de déontologie voulant que ce document vise à fournir des conseils, et qu’il « n’exclut pas la possibilité que des juges, pour des motifs raisonnables, manifestent certains désaccords avec le présent document quant à leur application. Le caractère élevé de ces lignes directrices n’implique pas non plus qu’il y aurait inconduite judiciaire si l’on s’en écartait. »

[41] Je constate également que, dans ses motifs concernant la constitution d’un Comité d’examen, le juge en chef associé Pidgeon a observé [à la page 8] que les conditions imposées au juge Smith concernant le rôle de doyen par intérim (universitaire) « feraient en sorte qu’à toutes fins utiles son rôle serait limité [à] des fonctions protocolaires ». Il en ressort que son rôle était semblable à celui de chancelière d’université exercé par la juge Gillese.

[42] Dans une lettre à M. Sabourin, le juge Smith a indiqué dans leurs grandes lignes les tâches remplies dans le cadre de ce poste : il a prononcé un discours devant les étudiants de dernière année de la faculté de droit; il a recommandé la mise en place d’un local de vidéoconférence permettant de relier des universitaires, des anciens, des juristes et d’autres membres du corps étudiant; il a réussi à inviter le sénateur Murray Sinclair à prononcer une allocution à l’occasion d’une conférence spéciale à

Committee regarding the content of Indigenous courses, and the provision of support for and connection with Indigenous students. While these arguably take his role outside a purely ceremonial one, as is noted by Pidgeon A.C.J. elsewhere in his reasons, the content of his role is not examined by the Review Panel in its decision. In my view, his duties as reflected in the record are consistent with the description given by his Chief Justice as one of academic leadership.

[43] Following notice that the matter had been referred to the Review Panel, Justice Smith's counsel wrote to Mr. Sabourin on September 4, 2018, stating that he had resigned his position at the Law School effective September 14, 2018, and would return to his judicial duties with the Superior Court of Justice on the following business day.

[44] On September 14, 2018, counsel for Justice Smith wrote to the CJC requesting that Pidgeon A.C.J. reconsider his decision to refer the matter to the Review Panel. Mr. Sabourin replied on September 19, 2018, that Pidgeon A.C.J. believes he is unable to reconsider his decision and that his function in the matter has concluded, unless and until the Review Panel returns it to him after a conclusion that no Inquiry Committee should be constituted.

[45] Justice Smith provides written submissions to the Review Panel on September 27, 2018, and his Chief Justice provided her comments on October 10, 2018.

[46] On September 24, 2018, Justice Smith commenced his application for judicial review challenging the decision to refer the matter to the Review Panel and refusing to reconsider that decision. He also brought a motion seeking an order staying the Review Panel's consideration of the matter referred to it.

[47] Counsel for Justice Smith together with counsel for the Attorney General on October 1, 2018, wrote to the CJC, asking the Review Panel not to proceed with

la faculté de droit; enfin, son travail a débouché sur une collaboration avec le comité consultatif autochtone en ce qui concerne le contenu des cours sur les affaires autochtones, les services d'assistance aux étudiants autochtones et la création de liens avec eux. Bien que ces fonctions lui confèrent vraisemblablement un rôle dépassant le simple exercice de fonctions protocolaires, comme l'a signalé le juge en chef associé Pidgeon ailleurs dans ses motifs, la teneur de son rôle n'est pas examinée par le Comité d'examen dans la décision qu'il a rendue. À mon avis, ses fonctions telles qu'elles sont présentées dans le dossier cadrent avec la description faite par sa juge en chef, à savoir un rôle de leadership scolaire.

[43] Après avoir appris que l'affaire avait été renvoyée devant le Comité d'examen, les avocats du juge Smith ont écrit à M. Sabourin le 4 septembre 2018 pour indiquer que le juge Smith quitterait son poste à la faculté de droit le 14 septembre 2018 et reprendrait ses fonctions de juge à la Cour supérieure de justice le prochain jour ouvrable.

[44] Le 14 septembre 2018, les avocats du juge Smith ont écrit au CCM pour demander que le juge en chef associé Pidgeon revienne sur sa décision de renvoyer l'affaire au Comité d'examen. M. Sabourin a répondu, le 19 septembre 2018, que le juge en chef associé Pidgeon ne s'estimait pas en mesure de revenir sur sa décision et jugeait qu'il n'avait plus de rôle à jouer dans cette affaire tant que le Comité d'examen ne la lui renvoyait pas après avoir conclu qu'il n'était pas nécessaire de constituer un comité d'enquête.

[45] Le juge Smith a communiqué des observations écrites au Comité d'examen le 27 septembre 2018 et sa juge en chef a transmis ses observations le 10 octobre 2018.

[46] Le 24 septembre 2018, le juge Smith a déposé sa demande de contrôle judiciaire dans laquelle il attaquait la décision de renvoi de l'affaire au Comité d'examen et le refus de revenir sur cette décision. Il a également présenté une requête en suspension de l'examen, par le Comité d'examen, de l'affaire renvoyée à ce dernier.

[47] Le 1^{er} octobre 2018, les avocats du juge Smith et ceux du procureur général ont écrit ensemble au CCM pour demander au Comité d'examen de ne pas procéder

the review until the stay motion had been decided. The CJC replied that the request had been put before the Chair of the Review Panel. The Panel never responded. The stay motion was adjourned at the request of counsel for Justice Smith and the Attorney General of Canada, and subsequently rescheduled by the Court to a special sitting on November 20, 2018. The CJC was informed of this revised hearing date. Prior to the scheduled motion date, the Review Panel issued its decision, rendering the motion moot.

[48] The Review Panel issued its decision on November 5, 2018. It concluded [at paragraph 47] that section 55 of the *Judges Act* “requires judges, subject to a limited number of narrow exceptions, to confine themselves to their judicial role” and that a leave of absence granted under section 54 does not remove this prohibition. It further found that, regardless of the interpretation of these sections, Justice Smith breached an ethical obligation to avoid becoming involved in public controversy, and he impermissibly used the prestige of judicial office to bolster the Law School. The Review Panel found that as Justice Smith had no bad behaviour or improper motives, his conduct was not serious enough to warrant removal from the bench and it therefore decided not to constitute an Inquiry Committee.

[49] The matter then returned to Pidgeon A.C.J. [at paragraph 80] to make “a decision on the most appropriate way to resolve this matter.” He endorsed the decision of the Review Panel and noted that Justice Smith had resigned from the position and returned to his judicial duties. He concluded that no further measures were needed.

[50] On November 6, 2018, the CJC told two reporters that the Review Panel had reached its decision and that it would be released that day without having so informed Justice Smith or his counsel. The CJC published a press release on its Web site the same day, with a link to the Panel Decision.

à l’examen tant qu’aucune décision n’avait été rendue quant à la requête en suspension. Le CCM a répondu que la demande avait été transmise au président du Comité d’examen. Le Comité n’a jamais donné de réponse. La requête en suspension a été ajournée à la demande des avocats du juge Smith et du procureur général du Canada; elle a ensuite été reportée par la Cour pour une séance spéciale le 20 novembre 2018. Le CCM a été informé de cette nouvelle date d’audience. Avant la date prévue pour la requête, le Comité d’examen a rendu sa décision et la requête est donc devenue théorique.

[48] Le Comité d’examen a rendu sa décision le 5 novembre 2018. Il a conclu [au paragraphe 47] que l’article 55 de la *Loi sur les juges* « exige que les juges, sous réserve d’un nombre limité d’exceptions restreintes, s’entendent à leur fonction judiciaire » et qu’un congé accordé aux termes de l’article 54 ne lève pas l’interdiction qui est faite aux juges de se livrer à des activités extra-judiciaires. Il a également conclu que, indépendamment de l’interprétation que l’on fait de ces textes, le juge Smith n’a pas respecté l’obligation déontologique de ne pas être mêlé à une controverse publique et a utilisé de manière inacceptable le prestige de sa fonction pour aider la faculté de droit. Le Comité d’examen a conclu que puisqu’il ne s’agissait pas d’un cas de mauvaise conduite ou de motifs illégitimes de la part du juge Smith, la conduite de ce dernier n’était pas suffisamment grave pour justifier sa révocation. Il a donc été décidé de ne pas constituer de comité d’enquête.

[49] L’affaire a ensuite été renvoyée au juge en chef associé Pidgeon [au paragraphe 80] « afin qu’il rende une décision quant à la manière la plus appropriée de régler cette affaire ». Le juge en chef associé Pidgeon a avalisé la décision du Comité d’examen, en notant que le juge Smith avait quitté son poste de doyen par intérim et avait repris ses fonctions de juge. Il a conclu qu’aucune autre mesure n’était nécessaire.

[50] Le 6 novembre 2018, le CCM a déclaré à deux journalistes que le Comité d’examen avait pris une décision qui serait publiée le jour même, sans que le juge Smith ou ses avocats en aient été informés. À la même date, le CCM a publié sur son site Web un communiqué de presse accompagné d’un lien vers la décision du Comité.

III. ISSUES

[51] These applications focus on three issues:

- i. whether the decision of the Review Panel decision is reasonable;
- ii. whether the CJC proceedings were procedurally unfair or an abuse of process; and
- iii. if the applications succeed, what is the appropriate remedy?

IV. ANALYSIS

A. Is the Review Panel Decision Reasonable?

[52] The Review Panel [at paragraph 76] reached two conclusions concerning the conduct of Justice Smith. First, that Justice Smith breached section 55 of the *Judges Act*. Second, that Justice Smith breached his ethical obligation “to avoid involvement in public debate that may unnecessarily expose him to political attack or be inconsistent with the dignity of judicial office” and he and the Superior Court of Justice, in lending their support to the Law School, put their reputations at risk.

[53] All parties agree, as does the Court, that the standard of review of the Review Panel decision is reasonableness, regardless of whether one is reviewing its interpretation of section 55 of the *Judges Act* or its finding that Justice Smith breached his ethical obligations.

[54] The Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraph 16, teaches that there is “a presumption that reasonableness is the applicable standard whenever a court reviews administrative decisions.” Moreover, it makes it clear at paragraph 115 that “Matters of statutory interpretation are not

III. QUESTIONS EN LITIGE

[51] En l’espèce, trois questions sont soulevées :

- i. La décision du Comité d’examen est-elle raisonnable?
- ii. La procédure du CCM a-t-elle été inéquitable sur le plan procédural ou a-t-elle constitué un abus de procédure?
- iii. Si les demandes sont accueillies, quelle est la mesure appropriée?

IV. ANALYSE

A. La décision du Comité d’examen est-elle raisonnable?

[52] Le Comité d’examen a tiré deux conclusions quant à la conduite du juge Smith. Premièrement, il a conclu que le juge Smith avait manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges*. Deuxièmement, il a conclu [au paragraphe 76] que le juge Smith n’avait pas respecté son obligation déontologique « d’éviter de prendre part à des débats publics qui peuvent l’exposer inutilement à des attaques politiques ou qui sont incompatibles avec la dignité de la fonction judiciaire » et que le juge Smith et la Cour supérieure de justice, en apportant leur appui à la faculté de droit, avaient mis leur réputation en péril.

[53] Il n’est pas controversé entre toutes les parties, et notre Cour abonde dans leur sens, que la norme de contrôle applicable à la décision du Comité d’examen est celle de la décision raisonnable, qu’il s’agisse de l’interprétation qu’a faite le Comité de l’article 55 de la *Loi sur les juges* ou de sa conclusion selon laquelle le juge Smith n’a pas respecté ses obligations déontologiques.

[54] Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), au paragraphe 16, la Cour suprême du Canada enseigne que « la présomption voulant que la norme de la décision raisonnable soit la norme applicable chaque fois qu’une cour contrôle une décision administrative ». En outre, elle observe clairement, au paragraphe 115, que « [l]es

treated uniquely and, as with other questions of law, may be evaluated on a reasonableness standard.”

[55] As the Supreme Court explains at paragraph 87 of *Vavilov*, “a court conducting a reasonableness review properly considers both the outcome of the decision and the reasoning process that led to that outcome.”

[56] In *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269, which was issued with *Vavilov*, the majority at paragraph 31, explains that when conducting a reasonableness review, a court should start with the reasons, looking to see if there is a coherent and rational chain of analysis based on the facts and law:

A reasonable decision is “one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at para. 85). Accordingly, when conducting reasonableness review “[a] reviewing court must begin its inquiry into the reasonableness of a decision by examining the reasons provided with ‘respectful attention’ and seeking to understand the reasoning process followed by the decision maker to arrive at [the] conclusion” (*Vavilov*, at para. 84, quoting *Dunsmuir*, at para. 48). The reasons should be read holistically and contextually in order to understand “the basis on which a decision was made” (*Vavilov*, at para. 97, citing *Newfoundland Nurses*).

[57] Other helpful guidance from *Vavilov*, when conducting a reasonableness review, includes the observation at paragraph 105 that a decision “must be justified in relation to the constellation of law and facts that are relevant to the decision.” We are told at paragraph 106 that these considerations are many and varied:

It is unnecessary to catalogue all of the legal or factual considerations that could constrain an administrative decision maker in a particular case. However, in the sections that follow, we discuss a number of elements that will generally be relevant in evaluating whether a given decision is reasonable, namely the governing statutory

questions d’interprétation de la loi ne reçoivent pas un traitement exceptionnel. Comme toute autre question de droit, on peut les évaluer en appliquant la norme de la décision raisonnable. »

[55] Comme l’explique la Cour suprême au paragraphe 87 de l’arrêt *Vavilov*, « le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable tient dûment compte à la fois du résultat de la décision et du raisonnement à l’origine de ce résultat ».

[56] Dans l’arrêt *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, rendu de concert avec l’arrêt *Vavilov*, la majorité explique, au paragraphe 31, que le juge qui procède au contrôle d’une décision selon la norme de la décision raisonnable doit d’abord examiner les motifs donnés pour vérifier s’il existe une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle au regard des faits et du droit :

La décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, par. 85). Par conséquent, lorsqu’elle procède au contrôle d’une décision selon la norme de la décision raisonnable, « une cour de révision doit d’abord examiner les motifs donnés avec “une attention respectueuse”, et chercher à comprendre le fil du raisonnement suivi par le décideur pour en arriver à [l]a conclusion » (*Vavilov*, par. 84, citant *Dunsmuir*, par. 48). Les motifs devraient être interprétés de façon globale et contextuelle afin de comprendre « le fondement sur lequel repose la décision » (*Vavilov*, par. 97, citant *Newfoundland Nurses*).

[57] L’arrêt *Vavilov* donne d’autres directives utiles en matière de contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable; notamment, au paragraphe 105, il est observé que la décision « doit être justifiée au regard de l’ensemble du droit et des faits pertinents ». Il est observé, au paragraphe 106, que ces considérations sont nombreuses et variées :

Il est inutile de cataloguer toutes les considérations juridiques ou factuelles qui pourraient réduire la marge de manœuvre d’un décideur administratif dans un cas donné. Néanmoins, dans les sections qui suivent, nous nous penchons sur un certain nombre d’éléments qui sont généralement utiles pour déterminer si une décision est

scheme; other relevant statutory or common law; the principles of statutory interpretation; the evidence before the decision maker and facts of which the decision maker may take notice; the submissions of the parties; the past practices and decisions of the administrative body; and the potential impact of the decision on the individual to whom it applies. These elements are not a checklist for conducting reasonableness review, and they may vary in significance depending on the context. They are offered merely to highlight some elements of the surrounding context that can cause a reviewing court to lose confidence in the outcome reached.

[58] In *Vavilov*, like the present matter, the decision under review involved the decision maker’s interpretation of a statutory provision. The Supreme Court at paragraphs 115 to 124 provides extensive guidance to a reviewing court when reviewing such decisions. The main principles therein on which I rely in reviewing the Review Panel’s interpretation of section 55 of the *Judges Act*, are the following:

1. The proper approach to interpreting a statutory provision, whether done by a court or an administrative decision maker, is the “modern principle” of statutory interpretation, that is, that the words of a statute must be read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (paragraphs 117–118);

2. “[T]he merits of an administrative decision maker’s interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision.” “[T]he usual principles of statutory interpretation apply equally when an administrative decision maker interprets a provision. Where, for example, the words used are ‘precise and unequivocal’, their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise” (paragraph 120); and

3. “[E]ven though the task of a court conducting a reasonableness review is *not* to perform a *de novo* analysis or to determine the ‘correct’ interpretation of

raisonnable. Il s’agit notamment du régime législatif applicable et de tout autre principe législatif ou principe de common law pertinent, des principes d’interprétation des lois, de la preuve portée à la connaissance du décideur et des faits dont le décideur peut prendre connaissance d’office, des observations des parties, des pratiques et décisions antérieures de l’organisme administratif et, enfin, de l’impact potentiel de la décision sur l’individu qui en fait l’objet. Ces éléments ne doivent pas servir de liste de vérification pour l’exercice du contrôle selon la norme de la décision raisonnable et leur importance peut varier selon le contexte. L’objectif est simplement d’insister sur certains éléments du contexte pouvant amener la cour de révision à perdre confiance dans le résultat obtenu.

[58] Dans l’affaire *Vavilov*, comme en l’espèce, la décision attaquée concernait l’interprétation du décideur d’une disposition législative. La Cour suprême, aux paragraphes 115 à 124, explique en détail les principes directeurs que le juge de contrôle doit suivre lorsqu’il examine ce genre de décision. Voici les grands principes de cet arrêt sur lesquels je fonde mon analyse de l’interprétation, par le Comité d’examen, de l’article 55 de la *Loi sur les juges* :

1. La bonne approche en matière d’interprétation des lois, qu’elle soit faite par un juge ou par un décideur administratif, est le « “principe moderne” » d’interprétation voulant que les textes soient lu « “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » (paragraphes 117 et 118);

2. « [L]e fond de l’interprétation [d’une disposition législative] par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. [L]es principes habituels d’interprétation législative s’appliquent tout autant lorsqu’un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d’une disposition est “précis et non équivoque”, son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d’interprétation » (paragraphe 120); et

3. « [M]ême si la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable *ne* doit *pas* procéder à une analyse *de novo* ni déterminer

a disputed provision, it may sometimes become clear in the course of reviewing a decision that the interplay of text, context and purpose leaves room for a single reasonable interpretation of the statutory provision, or aspect of the statutory provision, that is at issue” [italics in original] (paragraph 124).

[59] The CJC, at paragraph 67 of its memorandum of argument, and referencing *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 434, at paragraph 26; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1282, at paragraph 71; and *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249 (*Moreau-Bérubé*), at paragraphs 44 and 49; submits, “The composition and constitutional role of the Council demands deference to its assessment of judicial conduct.”

[60] Justice Smith takes issue with the claim of the CJC that it has any such constitutional role. He correctly notes that the Federal Court of Appeal has concluded that the investigative power of the CJC is a statutory power and that the only procedure provided for in the constitution for removal of a superior court judge is that set out in subsection 99(1) of the *Constitution Act, 1867*: See *Canadian Judicial Council v. Girouard*, 2019 FCA 148, [2019] 3 F.C.R. 503, paragraphs 38–46.

[61] He further notes that the CJC at paragraphs 10, 67, and 87 of its memorandum, contends that it has a constitutional role in judicial discipline delegated to it under the *Judges Act*, that it is a special body with a special purpose performing the essential constitutional task of determining the boundaries of ethical judicial conduct and judicial independence, and that the composition and constitutional role of the Council demands deference to its assessment of judicial conduct. He submits that in making those submissions, the CJC has clothed itself with a role that does not belong to it. He says that the only constitutional actor in this process is the Minister of Justice, who is responsible for making any address to Parliament under section 99 of the *Constitution Act, 1867*.

l’interprétation “correcte” d’une disposition contestée, il devient parfois évident, lors du contrôle de la décision, que l’interaction du texte, du contexte et de l’objet ouvrent la porte à une seule interprétation raisonnable de la disposition législative en cause ou de l’aspect contesté de celle-ci » [italiques dans l’original] (paragraphe 124).

[59] Le CCM, au paragraphe 67 de son mémoire, et citant la décision *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 434, au paragraphe 26, la décision *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1282, au paragraphe 71, et l’arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249 (*Moreau-Bérubé*), aux paragraphes 44 et 49, soutient ce qui suit : [TRADUCTION] « La composition et le rôle constitutionnel du Conseil commandent la déférence à l’égard de l’appréciation de la conduite des juges. »

[60] Le juge Smith attaque la thèse du CCM selon laquelle ce dernier joue un tel rôle constitutionnel. Il note, correctement, que la Cour d’appel fédérale enseigne que le pouvoir d’enquête du CCM est un pouvoir conféré par la loi et que la seule procédure prévue par la constitution en matière de révocation d’un juge d’une cour supérieure est celle qui est prévue par le paragraphe 99(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : voir *Conseil Canadien de la Magistrature c. Girouard*, 2019 CAF 148, [2019] 3 R.C.F. 503, aux paragraphes 38 à 46.

[61] Il note également que le CCM, aux paragraphes 10, 67, et 87 de son mémoire, avance la thèse suivante : il joue un rôle constitutionnel dans la discipline judiciaire, rôle qui lui est conféré aux termes de la *Loi sur les juges*; qu’il est un organisme spécial à vocation particulière, soit de s’acquitter de la mission constitutionnelle essentielle de délimiter la conduite éthique des juges et l’indépendance judiciaire; et que la composition et le rôle constitutionnel du Conseil commandent la déférence à l’égard de son appréciation de la conduite des juges. Il soutient que, par ces observations, le CCM s’est attribué un rôle qui ne lui revient pas. Il affirme que le seul acteur constitutionnel dans ce processus est le ministre de la Justice, qui est chargé de prononcer tout discours au Parlement aux termes de l’article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[62] I agree with the submissions of Justice Smith that only the Minister of Justice plays a constitutional role in the matter of judicial conduct.

[63] I also agree with the submissions of the Attorney General of Canada regarding deference. Although the concept of deference in judicial review continues to have a role, *Vavilov*, at paragraphs 30 and 31, makes it clear that the previous rationale for the proposition that deference is owed by a reviewing court to the decision maker's relative expertise, no longer holds true:

While specialized expertise and these other rationales may all be reasons for a legislature to delegate decision-making authority, a reviewing court need not evaluate which of these rationales apply in the case of a particular decision maker in order to determine the standard of review. Instead, in our view, it is the *very fact* that the legislature has chosen to delegate authority which justifies a default position of reasonableness review.

...

We wish to emphasize that because these reasons adopt a presumption of reasonableness as the starting point, expertise is no longer relevant to a determination of the standard of review as it was in the contextual analysis. [Italics in original.]

[64] In summary, as the Supreme Court states at paragraph 58 of *Vavilov*, “the consideration of expertise is folded into the new starting point adopted in these reasons, namely the presumption of reasonableness review.”

[65] The CJC also cites paragraph 49 of *Moreau-Bérubé* wherein the Supreme Court of Canada writes, “There is no basis upon which one could claim that a single judge sitting in judicial review of a decision of the Council would enjoy a legal or judicial advantage.” With respect, I may not enjoy a legal or judicial advantage to the Review Panel, but neither do I suffer any disadvantage. Indeed, one might ask what advantage the Review Panel has in this matter in light of the Attorney General and two judges' associations, one of which represents superior court judges across Canada, expressing the view that the Review Panel's decision is unreasonable.

[62] Je souscris aux observations du juge Smith selon lesquelles seul le ministre de la Justice joue un rôle constitutionnel en ce qui concerne la conduite des juges.

[63] Je souscris également aux observations du procureur général du Canada concernant la déférence. Bien que le concept de déférence ait encore un rôle à jouer en matière de contrôle judiciaire, l'arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 30 et 31, enseigne clairement que la justification jadis invoquée du principe portant que le juge de contrôle se doit de faire preuve de déférence à l'égard de l'expertise relative du décideur ne tient plus la route :

Si l'expertise spécialisée et ces autres considérations peuvent toutes justifier la délégation du pouvoir décisionnel, une cour de révision n'est pas tenue d'établir laquelle de ces considérations s'applique dans le cas d'un décideur donné afin de déterminer la norme de contrôle applicable. Nous sommes plutôt d'avis que c'est *le fait même* que le législateur choisit de déléguer le pouvoir décisionnel qui justifie l'application par défaut de la norme de la décision raisonnable.

[...]

Puisque nous retenons dans les présents motifs la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en tant que point de départ, nous tenons à préciser que l'expertise n'est plus pertinente pour déterminer la norme de contrôle applicable, comme c'était le cas dans l'analyse contextuelle. [Italiques dans l'original.]

[64] En résumé, comme l'a dit la Cour suprême au paragraphe 58 de l'arrêt *Vavilov*, « la prise en compte de l'expertise est incorporée au nouveau point de départ adopté dans les présents motifs, à savoir la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable ».

[65] Le CCM cite également le paragraphe 49 de l'arrêt *Moreau-Bérubé*, où la Cour suprême du Canada a observé : « Rien ne permet de prétendre qu'un juge siégeant seul en révision judiciaire d'une décision du Conseil jouirait d'un avantage sur le plan juridique ou judiciaire. » Avec égards, bien que je ne jouisse peut-être pas d'un avantage sur le plan juridique ou judiciaire sur le Comité d'examen, je ne suis pas désavantagé pour autant. D'ailleurs, on peut se demander de quel avantage jouit le Comité d'examen dans cette affaire étant donné que le procureur général et deux associations de juges, l'une d'elles représentant les juges des cours supérieures

The point surely is that judicial review is not a quantitative analysis, but a qualitative one; one judge is as well placed as several when performing that task.

[66] In any event, *Moreau-Bérubé* was decided before *Vavilov* and the Supreme Court of Canada’s “revised framework” for judicial review of administrative decisions. Thus, it must be read with some caution. The comment the CJC relies on is directed at the suggested expertise of the decision maker and that is no longer the separate consideration it once was.

[67] The standard of review applicable to Justice Smith’s claim that the CJC process and resulting decision was procedurally unfair and an abuse of process is not reasonableness. In my view, *Vavilov* has not changed the law pertaining to procedural fairness; the standard of review remains 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; and see *Garces Caceres v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 4, at paragraph 23; *Ebrahimshani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 89, at paragraph 12; *Ennis v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 43, at paragraph 18. Whether a particular process was procedurally fair remains “‘eminently variable’, inherently flexible and context-specific”: *Vavilov*, at paragraph 77. This Court will consider whether the process employed was fair in the specific context of the decision, having regard to the *Baker*¹ factors: *Vavilov*, at paragraph 23; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraphs 40, 54–56.

¹ *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

à l’échelle du Canada, sont d’avis que la décision du Comité d’examen est déraisonnable. En un mot, la procédure de contrôle judiciaire n’appelle pas une analyse de nature quantitative, mais plutôt de nature qualitative; le juge unique est aussi bien placé qu’une formation de juges pour s’acquitter de cette mission.

[66] Quoi qu’il en soit, la jurisprudence *Moreau-Bérubé* est antérieure à la jurisprudence *Vavilov*, et à la consécration du « cadre d’analyse révisé » par la Cour suprême du Canada en matière de contrôle judiciaire des décisions administratives. Il y a donc lieu de l’interpréter avec une certaine prudence. L’observation sur laquelle se fonde le CCM se rapporte à l’expertise alléguée du décideur et au fait qu’elle ne constitue plus un facteur distinct comme jadis.

[67] La norme de contrôle applicable à la thèse du juge Smith selon laquelle le processus du CCM et la décision subséquente étaient inéquitables sur le plan procédural et constituaient un abus de procédure n’est pas celle de la décision raisonnable. À mon avis, la jurisprudence *Vavilov* n’a pas modifié le droit relatif à l’équité procédurale; la norme de contrôle demeure celle de la décision correcte : *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 79; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43; voir également *Garces Caceres c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 4, au paragraphe 23; *Ebrahimshani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 89, au paragraphe 12; *Ennis c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 43, au paragraphe 18. La question de savoir si un processus donné était équitable sur le plan procédural demeure « ‘éminemment variable’, intrinsèquement souple et tributaire du contexte » : *Vavilov*, au paragraphe 77. Notre Cour recherchera si le processus utilisé était équitable dans les circonstances particulières de la décision, en tenant compte des facteurs consacrés par l’arrêt *Baker*¹ : *Vavilov*, au paragraphe 23; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, aux paragraphes 40 et 54 à 56.

¹ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

(1) *Section 55 of the Judges Act*

[68] I turn first to consider whether the Review Panel’s interpretation of section 55 of the *Judges Act* is reasonable. Did it read the words of that section “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament?”

[69] In conducting this exercise it is important to recall that federal statutes are bilingual, in French and in English, and both are equally authoritative. The shared meaning principle stipulates that in cases of discrepancies between the English and French versions of a statute, the meaning common to both versions must be accepted, unless evidence of legislative intent indicates otherwise: *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217. If the meaning of one version is broader than the other, the narrower version should be adopted: *Sandoz Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 501 122 C.P.R. (4th) 195.

[70] Section 55 was first enacted in 1905 as section 7 of *An Act to amend the Act respecting the Judges of Provincial Courts*, S.C. 1905, 4-5 Edward VII, c. 31. The marginal note to section 7 is “Judges restricted to judicial duties / *Les juges ne s’occuperont que de leurs fonctions judiciaires*” and it reads as follows:

Judges restricted to judicial duties

7. No judge mentioned in this Act shall, either directly or indirectly as director or manager of any corporation, company, or firm, or in any other manner whatever, for himself or for others, engage in any occupation or business other than his judicial duties; but every such judge shall devote himself exclusively to such judicial duties.

[71] This provision is section 33 of the *Judges Act*, R.S.C. 1906, c. 138, headed “JUDGES NOT TO ENGAGE IN BUSINESS / *LES JUGES NE PEUVENT SE LIVRER AUX AFFAIRES*” and with a marginal note

1) *Article 55 de la Loi sur les juges*

[68] Je rechercherai d’abord si l’interprétation de l’article 55 de la *Loi sur les juges* par le Comité d’examen est raisonnable. A-t-il lu le texte de cet article au regard du « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur »?

[69] Dans le cadre de cet examen, il importe de rappeler que les lois fédérales sont bilingues, rédigées en anglais et en français, et que les deux versions font pareillement autorité. Selon le principe du sens commun, en cas de divergences entre les versions anglaise et française d’une loi, le sens qui est commun aux deux versions doit être retenu, sauf preuve d’intention contraire de la part du législateur : *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217. Si le sens d’une version est plus général que celui d’une autre version, il faut opter pour la version ayant le sens le plus restreint : *Sandoz Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 501.

[70] L’article 55 a d’abord été adopté en tant qu’article 7 de la loi visant à modifier la loi concernant les juges des cours provinciales (*An Act to amend the Act respecting the Judges of Provincial Courts*), S.C. 1905, 4-5 Edw. VII, ch. 31. La note marginale de l’article 7 est intitulée « *Judges restricted to judicial duties / Les juges ne s’occuperont que de leurs fonctions judiciaires* », et elle est rédigée comme suit :

[TRADUCTION]

Les juges ne s’occuperont que de leurs fonctions judiciaires

7. Aucun juge mentionné en la présente loi ne se livrera, soit directement soit indirectement, en qualité de directeur ou gérant de corporation, de compagnie ou de maison d’affaires, ou en aucune manière, pour lui-même ou au compte d’autres personnes, à une occupation ou affaire autre que ses fonctions judiciaires; mais chacun de ces juges se consacrera exclusivement à ses fonctions judiciaires.

[71] Cette disposition est l’article 33 de la *Loi des juges*, S.R.C. 1906, ch. 138, intitulé « *JUDGES NOT TO ENGAGE IN BUSINESS / LES JUGES NE PEUVENT SE LIVRER AUX AFFAIRES* » accompagné d’une note

that reads “No judge to engage in business other than his judicial duties / *Les juges doivent se consacrer exclusivement à leurs fonctions judiciaires*”. It reads as follows:

No judge to engage in business other than his judicial duties

33. No judge of the Supreme Court of Canada or of the Exchequer Court of Canada or of any superior or county court in Canada shall, either directly, or indirectly as director or manager of any corporation, company, or firm, or in any other manner whatever, for himself or others, engage in any occupation or business other than his judicial duties; but every such judge shall devote himself exclusively to such judicial duties.

[72] The heading of sections 55 to 56.1, as they currently read, is “EXTRA-JUDICIAL EMPLOYMENT / FONCTIONS EXTRAJUDICIAIRES” and the marginal note for section 55 is “Judicial duties exclusively/ *Incompatibilités*”. Section 55 reads:

Judicial duties exclusively

55 No judge shall, either directly or indirectly, for himself or herself or others, engage in any occupation or business other than his or her judicial duties, but every judge shall devote himself or herself exclusively to those judicial duties.

[73] The Review Panel at paragraphs 38 and 39 of its decision says of section 55:

.... Although its wording has been changed periodically, the section has always been comprised of two foundational components:

(a) A prohibition on judges carrying on extra-judicial activities; and

(b) A requirement that judges devote themselves exclusively to their judicial duties.

The prohibition, and the requirement are set forth in clear and explicit terms in the current version of section 55. [Emphasis added.]

[74] The noted prohibition component on “carrying out extra-judicial activities” is found in the first phrase of

marginale qui est rédigée comme suit : « *No judge to engage in business other than his judicial duties / Les juges doivent se consacrer exclusivement à leurs fonctions judiciaires* ». Cet article est rédigé comme suit :

Les juges doivent se consacrer exclusivement à leurs fonctions judiciaires

33. Aucun juge de la cour Suprême du Canada, de la cour de l’Echiquier du Canada, non plus que d’une cour supérieure ni d’une cour de comté au Canada, ne peut se livrer ni directement ni indirectement, en qualité de directeur ou gérant de corporation, de compagnie ou de maison d’affaires, non plus qu’en aucune autre manière, pour lui-même ou au compte d’autres personnes, à une occupation ou affaire autre que ses fonctions judiciaires; mais chacun de ces juges est tenu de se consacrer exclusivement à ses fonctions judiciaires.

[72] L’intitulé des articles 55 à 56.1, selon leur libellé actuel, est « *EXTRA-JUDICIAL EMPLOYMENT / FONCTIONS EXTRAJUDICIAIRES* », et la note marginale de l’article 55 est « *Judicial duties exclusively / Incompatibilités* ». L’article 55 est rédigé comme suit :

Incompatibilités

55 Les juges se consacrent à leurs fonctions judiciaires à l’exclusion de toute autre activité, qu’elle soit exercée directement ou indirectement, pour leur compte ou celui d’autrui.

[73] Le Comité d’examen, aux paragraphes 38 et 39 de sa décision, mentionne ce qui suit à propos de l’article 55 :

[...] Malgré les modifications apportées périodiquement à son libellé, cet article a toujours comporté deux éléments fondamentaux, savoir :

a) l’interdiction faite aux juges d’exercer des fonctions extrajudiciaires;

b) l’exigence que les juges se consacrent à leurs fonctions judiciaires à l’exclusion de toute autre activité.

Cette interdiction et cette exigence sont formulées en termes clairs et explicites dans la version actuelle de l’article 55. [Non souligné dans l’original.]

[74] L’interdiction notée quant au fait d’« exercer des fonctions extrajudiciaires » se trouve à la première

the English language version of the section—“No judge shall ... engage in any occupation or business other than his or her judicial duties.” However, the French language version reads differently. A more literal translation of the French version is that “Judges shall devote themselves to their judicial functions to the exclusion of any other activity.” This does not appear to have the two components noted by the Review Panel. Rather, it is directed only to the second foundational component identified by the Review Panel – a requirement that judges devote themselves exclusively to their judicial duties.

[75] I agree with the Review Panel that the “prohibition” it identifies is set out in clear and explicit terms in the English version. However, the Review Panel does not accurately capture that prohibition in its passage quoted above. The prohibition is not, as it writes [at paragraph 38], “on judges carrying on extra-judicial activities” [emphasis added.] Rather, as the section explicitly states, it is on judges engaging “in any occupation or business other than his or her judicial duties” [emphasis added.]

[76] Although subsequently the Review Panel interprets the phrase “occupation or business” it does so in isolation from its context. The full phrase—“any occupation or business other than his or her judicial duties”—provides an important interpretative context. Properly read, it says that judicial duties are an occupation or business. They are therefore reliable examples of what is meant by the phrase “occupation or business” guiding the reader in how the phrase is to be interpreted. The same holds true if one looks to the French language phrase “à leurs fonctions judiciaires à l’exclusion de toute autre activité”.

[77] The failure to include and examine this critical qualifier in its initial summary of the section leads me to wonder whether the Review Panel is engaging in “reverse engineering” to achieve a desired outcome

phrase de la version anglaise de l’article : « *No judge shall [...] engage in any occupation or business other than his or her judicial duties* ». Cependant, la version française se lit différemment. Une traduction anglaise plus littérale de la version française porte : « *Judges shall devote themselves to their judicial functions to the exclusion of any other activity* ». Elle ne semble pas comprendre les deux éléments mis en relief par le Comité d’examen. Elle se rapporte plutôt expressément au deuxième élément fondamental établi par le Comité d’examen, soit l’exigence voulant que les juges se consacrent exclusivement à leurs fonctions judiciaires.

[75] Je retiens la thèse du Comité d’examen portant que cette [TRADUCTION] « interdiction » qu’il cerne est formulée de façon claire et explicite dans la version anglaise. Cependant, le Comité d’examen ne rend pas fidèlement cette interdiction dans son extrait précité. Il n’est pas question, comme il l’a observé [au paragraphe 38], d’une interdiction « faite aux juges d’exercer des fonctions extrajudiciaires » [non souligné dans l’original]. Plutôt, comme l’indique expressément l’article en anglais, il s’agit d’une interdiction aux juges de se livrer à toute occupation ou activité autre que leurs fonctions judiciaires (« *in any occupation or business other than his or her judicial duties* » [non souligné dans l’original]).

[76] Même si, par la suite, le Comité d’examen interprète l’expression « *occupation or business* », il le fait en faisant abstraction du contexte. L’expression complète — « *any occupation or business other than his or her judicial duties* » — constitue un important élément contextuel d’interprétation. Interprétée correctement, elle signifie que les fonctions judiciaires constituent une activité professionnelle ou commerciale. Il s’agit donc d’exemples fiables ce que l’on entend par l’expression « *occupation or business* », qui guide le lecteur quant à la façon dont elle doit être interprétée. Il en est de même si l’on examine la version française de l’expression : « à leurs fonctions judiciaires à l’exclusion de toute autre activité ».

[77] Vu que le qualificatif essentiel n’est ni inclus ni analysé dans le résumé initial qu’il a fait de l’article, cela m’amène à poser la question suivante : le Comité d’examen ne se livre-t-il pas à une [TRADUCTION] « lecture à

rather than discerning the meaning and legislative intent of the section. The Supreme Court of Canada at paragraph 121 of *Vavilov* expressly warned against that manner of proceeding. In any event, in ignoring the context, the Review Panel’s reasoning fails to apply properly the modern principle of statutory construction.

[78] When the Review Panel does turn its attention to the phrase “occupation or business” albeit standing alone, it concludes that it is to be broadly interpreted. It reaches that conclusion by looking at the French language equivalent—“*activité*”—and dictionary definitions of the English language word occupation [at paragraphs 40–41]:

The prohibition in the English version is expressed in terms of an “occupation or business”, whereas the French version uses the broader term “*activité*”. The English version, by referring to “occupation or business” may imply that the prohibition is limited to some form of remunerative livelihood, but the French version, by using the broader term, is more explicit in prohibiting any activity other than judicial functions.

The broader interpretation of the word “occupation” to include non-remunerative pursuits and activities is consistent with various dictionary definitions of the word and with the French version of section 55. [Emphasis added.]

[79] This reasoning exhibits neither justification nor intelligibility. It is problematic in several respects, including the failure to consider the entire phrase as previously discussed.

[80] First, the Review Panel states [at paragraph 41] that the “broader interpretation of the word ‘occupation’ to include non-remunerative pursuits and activities is consistent with various dictionary definitions of the word” but it does not point to any dictionary definition it relies on. The record contains none, leading me to question whether any were before the Review Panel.

rebours » du texte, en raisonnant de manière orientée à partir d’une conclusion préétablie, plutôt que de dégager le sens de ce texte et l’intention du législateur? La Cour suprême du Canada, au paragraphe 121 de l’arrêt *Vavilov*, a expressément formulé une mise en garde contre ce genre de démarche. En tout état de cause, en faisant abstraction du contexte dans son raisonnement, le Comité d’examen ne prend pas dûment en compte le principe moderne d’interprétation des lois.

[78] Lorsque le Comité d’examen analyse l’expression « *occupation or business* », en faisant abstraction du contexte, il conclut qu’elle appelle une interprétation large. Il tire cette conclusion en examinant l’équivalent français — « *activité* » — et les définitions tirées de dictionnaires du mot anglais « *occupation* » [aux paragraphes 40 et 41] :

Dans la version anglaise de l’article, on l’utilise l’expression « *occupation or business* » pour désigner l’objet de cette interdiction, alors que dans la version française, on emploie plutôt le terme « *activité* ». Dans la version anglaise, l’expression « *occupation or business* » — qui pourrait se traduire, en français, par « *activités professionnelles ou commerciales* » — peut donner à penser que cette interdiction se limite à une certaine forme d’emploi rémunéré; en revanche, le terme général utilisé dans la version française est plus explicite, en ce qu’il interdit toute activité autre que des fonctions judiciaires.

Une interprétation large du terme anglais « *occupation* » qui englobe des occupations et activités non rémunérées est conforme à la définition de ce mot donnée par les différents dictionnaires anglais, mais aussi à la version française de l’article 55. [Non souligné dans l’original.]

[79] Ce raisonnement est dénué de justification et d’intelligibilité. Il pose problème à plusieurs égards, notamment parce que l’expression au complet n’est pas prise en compte, comme nous l’avons vu plus tôt.

[80] Premièrement, le Comité d’examen affirme [au paragraphe 41] que « [l’]interprétation large du terme anglais “*occupation*” qui englobe des occupations et activités non rémunérées est conforme à la définition de ce mot donnée par les différents dictionnaires », sans toutefois préciser les définitions sur lesquelles il s’appuie. Comme le dossier ne contient aucune définition, je me demande si le Comité d’examen en avait même une à sa disposition.

[81] Second, while one use of the English word “occupation” might be said to include non-remunerative activity—such as in the statement “On Saturdays my occupation is chauffeur because every Saturday I drive my son to his football match”—others (and I suggest most) clearly reflect remunerated activities. In response to the question: “What is your occupation?” I daresay the response of four members of the Review Panel would be “Judge”—a paid occupation.

[82] Third, the Review Panel only examines the word “occupation” and ignores the word “business” in section 55. In my view, the plain and clear import when it is said that one is engaging in business is that they are being remunerated.

[83] The view of the Review Panel that section 55 is to be interpreted as prohibiting any activity (remunerated or not) other than judicial functions is not one shared by all. Indeed, as Pidgeon A.C.J. himself noted in his letter referring the matter to the Review Panel, in 2015, the Chief Justice of the Ontario Court of Appeal, the Honourable George Strathy, in response to a request from the Judicial Conduct Committee regarding the interpretation of sections 55 and 56 of the *Judges Act*, said [reasons for referral, at page 7]:

The words “occupation and business” cannot be interpreted to apply to any activity. Otherwise they would prohibit such things as hobbies or personal activities. The words “occupation or business” certainly prohibit judges from engaging in any remunerative employment or business, but they cannot be interpreted to prohibit any unremunerated activity. [Emphasis added.]

[84] The Review Panel considers the legislative history of section 55 and, in reference to the opinion of Murray Segal, notes, “some of the remarks during the initial debates in the House of Commons in 1905, including those of Prime Minister Laurier, reflected a concern

[81] Deuxièmement, bien que l’on puisse affirmer qu’un usage du terme anglais « *occupation* » englobe des activités non rémunérées — comme, par exemple, dans la phrase anglaise « *On Saturdays my occupation is chauffeur because every Saturday I drive my son to his football match* » — d’autres (voire la plupart) se rapportent clairement à des activités rémunérées. En réponse à la question en anglais « *What is your occupation* », je présume que la réponse des quatre membres du Comité d’examen serait « *Judge* » — une activité rémunérée.

[82] Troisièmement, le Comité d’examen analyse uniquement le mot anglais « *occupation* », sans analyser le mot anglais « *business* », à l’article 55. À mon avis, lorsque l’on dit qu’une personne « *is engaging in business* », cela signifie purement et simplement qu’elle est rémunérée.

[83] Le point de vue du Comité d’examen selon lequel il faut interpréter l’article 55 comme interdisant toute activité (rémunérée ou non) autre que les fonctions judiciaires, n’est pas un point de vue qui fait l’unanimité. D’ailleurs, comme le juge en chef associé Pidgeon l’a lui-même signalé dans sa lettre renvoyant l’affaire au Comité d’examen, en 2015, le juge en chef de la Cour d’appel de l’Ontario, l’honorable George Strathy, en réponse à une demande du comité sur la conduite des juges concernant l’interprétation des articles 55 et 56 de la *Loi sur les juges*, a affirmé ce qui suit [motifs du renvoi, à la page 7] :

[TRADUCTION] Les mots « *occupation and business* » ne peuvent être interprétés comme englobant toute activité. Autrement, ils interdiraient des choses telles que des passe-temps ou des activités personnelles. Les mots « *occupation or business* » interdisent certainement aux juges d’occuper un emploi ou de se livrer à des activités rémunérées, mais ils ne peuvent pas être interprétés comme interdisant toute activité non rémunérée. [Non souligné dans l’original.]

[84] Le Comité d’examen prend en considération les travaux préparatoires relatifs à l’article 55, et, faisant référence au point de vue de Murray Segal, note : « [c]ertaines remarques formulées au cours des premiers débats qui se sont déroulés à la Chambre des communes

to restrict the commercial activities of judges.” In those debates, the Prime Minister, responding to a question of whether the provision would prevent judges from acting as arbitrators in a reference involving Canada and the Provinces, responded:

But what parliament intends and what we are all agreed to is that judges should not be allowed to participate in any kind of business which is of a commercial character; they should not be directors of insurance companies or banks or such. But as regards anything of a judicial character, I do not think any one has the intention of preventing the judges from acting. [Emphasis added.]

[85] A statement made by the Prime Minister at the time as to the intent of Parliament and its members ought to be accorded significant weight, if not considered conclusive on the issue of parliamentary intent. However, in response to the Prime Minister’s statement, the Review Panel writes [at paragraph 42]:

... other members took a broader view. The Minister of Justice, Charles Fitzpatrick (later Chief Justice of Canada) commented that “The less a judge has to do with matters which are not clearly within the scope of his duties, the better for himself and the dignity of the bench.”

[86] I agree with the submission of the Attorney General of Canada, that the Review Panel ignores the context in which that statement was made. In extracting a single sentence from its context, the Review Panel gives it a meaning it does not have.

[87] The Minister of Justice had been asked by Mr. Foster whether the provision being debated would prevent judges from “going on commissions.” The context discloses that the Minister of Justice was not, as the Review Panel says, stating his preference that judges do nothing outside their judicial duties, rather his comment focuses on judges sitting on minor commissions, as the full report shows:

en 1905 — y compris par le premier ministre Laurier — témoignent d’un souci de restreindre les activités commerciales des juges. » Lors de ces débats, le premier ministre, en réponse à une question visant à déterminer si la disposition législative en cause interdisait aux juges d’intervenir en tant qu’arbitre dans un renvoi impliquant le Canada et les provinces, a répondu :

[TRADUCTION] Mais l’intention du législateur — que nous approuvons tous — est que les juges ne doivent pas avoir le droit de participer à tout type d’activité de nature commerciale; ils ne doivent pas, par exemple, occuper des postes de directeur de compagnie d’assurances ou de directeur de banque. Cependant, en ce qui concerne toute activité de nature judiciaire, je ne crois pas que qui que ce soit ait l’intention d’interdire aux juges d’intervenir. [Non souligné dans l’original.]

[85] Il convient d’accorder beaucoup de poids à une déclaration faite par le premier ministre à l’époque concernant l’intention du Parlement et de ses députés, celle-ci pouvant même être considérée comme déterminante quant à l’intention du législateur. Cependant, en réaction à la déclaration du premier ministre, le Comité d’examen a observé [au paragraphe 42] :

[...] d’autres députés avaient adopté une perspective plus vaste. Le ministre de la Justice de l’époque, Charles Fitzpatrick (plus tard le juge en chef du Canada) a ainsi déclaré que [TRADUCTION] « [m]oins un juge se mêle de questions qui ne relèvent pas manifestement de ses attributions judiciaires, mieux cela vaut pour lui-même et pour la dignité de la magistrature ».

[86] Je souscris à l’argument du procureur général du Canada selon lequel le Comité d’examen fait abstraction du contexte dans lequel cette observation a été faite. En isolant une seule phrase de son contexte, le Comité d’examen lui confère une signification qu’elle n’a pas.

[87] M. Foster avait demandé au ministre de la Justice si la disposition débattue interdirait aux juges de [TRADUCTION] « siéger sur des commissions ». Il ressort du contexte que le ministre de la Justice ne déclarait pas, comme l’affirme le Comité d’examen, qu’il était préférable que les juges n’exercent rien d’autre que leurs fonctions judiciaires; son observation se rapportait plutôt aux juges qui siégeaient sur de petites commissions, tel qu’il est indiqué dans la version intégrale du rapport :

Mr. FOSTER. Will that [clause] prevent judges from going on commissions? We know that a good deal of discussion has arisen of late about judges being appointed to commissions at various times. Sometimes these are high matters of interest in which it might be desirable to appoint judges; but in other cases they are minor matters, and the judges are left open to a great deal of criticism and cross currents of opinion, which do not seem to add very much to the dignity of the bench or to the respect in which judges should be held throughout the country. In fact, when you take a judge from the bench and make him commissioner in a matter involving other than legal points, you rather take his robe of dignity from him. He becomes then more like an ordinary individual and becomes subject to criticism to which a judge ought not to be subject. He comes down, so to speak, into the general arena, and stands to get a good deal of dust upon his clothes. I would like to know how far this goes towards preventing judges taking up commissions of the smaller kind and which are outside their judicial functions, or international affairs. I quite agree that on an international commission it may be quite necessary to have judges; but the Minister of Justice will understand what I allude when I say that there are commissions and employments which, when participated in by judges, detract from the general respect to which the bench ought to be held.

Mr. FITZPATRICK. This amendment to the Act respecting judges will operate as a clear notice that judges are not to be employed in connection with commissions, except where it is important in the public interest that they should be so employed. I think the less a judge has to do with matters which are not clearly within the scope of his judicial duties, the better for himself and the dignity of the bench. Of that I am absolutely convinced. I would even go so far as to say that I entertain grave doubts as to the constitutionality of such appointments. That question arose in Parliament when it was decided by the British Parliament to refer matters arising out of contested elections to the courts. When the courts were first charged with the duties investigating such matters, Chief Justice Cockburn wrote a strong letter of protest from the constitutional standpoint. That protest was of no avail, but nevertheless it showed that there was considerable doubt as to the right of the judges to sit in such matters. There are cases, however, where it is in the public interest that we should utilize the service of the judges outside the bench, but only in matters of urgent public necessity.

[TRANSLATION]

M. FOSTER. Est-ce que cette [clause] interdira aux juges de siéger sur des commissions? Nous savons que la désignation de juges pour faire partie de commissions à différents moments a suscité bien des discussions ces derniers temps. Il s'agit parfois d'importants sujets d'intérêt pour lesquels la nomination de juges pourrait être souhaitable; toutefois, dans d'autres cas, il s'agit d'affaires mineures, et les juges sont alors exposés à de nombreuses critiques et à des opinions divergentes, ce qui ne semble guère contribuer à la dignité de la magistrature ou au respect étant dû aux juges à l'échelle du pays. En fait, si vous sortez un juge de son tribunal et vous lui demandez d'intervenir à titre de commissaire dans une affaire impliquant autre chose que des questions de droit, vous le dépouillez de sa dignité. Il s'apparente alors davantage à un citoyen ordinaire, et s'attire des critiques dont un juge ne devrait pas faire l'objet. Il descend pour ainsi dire dans l'arène, et risque fort de se retrouver couvert de poussière. J'aimerais bien connaître la mesure dans laquelle cela peut dissuader les juges de siéger sur des commissions de plus petite envergure qui ne correspondent pas à leurs fonctions judiciaires, ou encore des commissions qui traitent des affaires internationales. J'admets volontiers que, dans le cas d'une commission internationale, il peut s'avérer tout à fait nécessaire de faire appel à des juges; le ministère de la Justice comprendra cependant ce à quoi je fais référence lorsque j'affirme qu'il y a des commissions et des emplois qui portent atteinte au respect général qui est dû à la magistrature lorsque des juges y participent.

M. FITZPATRICK. La modification proposée de la loi concernant les juges fera office d'avis indiquant clairement que les juges ne doivent pas occuper de fonctions en lien avec des commissions, sauf s'il est dans l'intérêt public de le faire. Je suis d'avis que moins un juge s'occupe de questions qui ne s'inscrivent pas clairement dans la portée de ses missions, mieux s'en porteront sa personne et la magistrature. J'en suis absolument persuadé. J'irais même jusqu'à dire que je nourris de sérieux doutes quant au caractère constitutionnel de telles nominations. Cette question a été soulevée au Parlement, lorsque le Parlement britannique a décidé de renvoyer aux tribunaux les affaires découlant d'élections contestées. Lorsqu'on a initialement confié aux tribunaux la mission d'enquêter sur des affaires de cette nature, le juge en chef Cockburn a rédigé une lettre assez ferme d'un point de vue constitutionnel. Bien que cette protestation ne fut d'aucune utilité, elle a néanmoins démontré l'existence d'un sérieux doute quant au droit des juges de siéger pour des affaires de cette nature. Cependant, il y a des cas où il sera dans l'intérêt public d'avoir recours aux services de juges hors tribunal, mais seulement pour des affaires concernant un besoin public urgent.

[88] The Attorney General of Canada also references Bill 13 in 1906, which proposed further amendments to the section. It was introduced, but failed to receive Royal Assent. Importantly, and not referenced by the Review Panel, there was further discussion “providing additional insight into the intention of Parliament.” Specifically, there was reference to the ability of a judge to teach in a law school, notwithstanding the restrictions set out in the *Judges Act*. The same Minister of Justice, Mr. Fitzpatrick, was asked whether “the law of last year excludes also the teaching in universities.” The Minister responded that it did not prohibit teaching:

No. I would be disposed, myself, to think, and I was acting upon that supposition, that those who are engaged in the teaching of the law in connection with our universities would not come within the law of last session. I think that must fairly be considered as in line with the performance of their professional work and I expressed that opinion, I think, last session when the Act was passed. [Emphasis added.]

I will add that it is my experience that judges are not remunerated when asked to teach in law schools.

[89] When considering the legislative history of section 55, the Review Panel does not address or consider the original wording of the provision. The English language version reads, “No judge ... shall, either directly or indirectly as director or manager of any corporation, company, or firm, or in any other manner whatever ... engage in any occupation or business other than his judicial duties”. The French language version reads, “*Aucun juge ... ne peut se livrer ni directement ni indirectement, en qualité de directeur ou gérant de corporation, de compagnie ou de maison d'affaires, non plus qu'en aucune autre manière ... à une occupation ou affaire autre que ses fonctions judiciaires.*”

[88] Le procureur général du Canada fait également référence au projet de loi 13 en 1906, qui proposait des modifications supplémentaires de l'article. Ce projet de loi a été déposé, mais n'a pas reçu la sanction royale. Fait important – qui n'a pas été mentionné par le Comité d'examen – d'autres discussions ont eu lieu dans le but de [TRADUCTION] « mieux comprendre l'intention du législateur ». Plus précisément, il a été fait référence à la possibilité pour un juge d'enseigner dans une faculté de droit, en dépit des restrictions prévues par la *Loi sur les juges*. Il a été demandé au même ministre de la Justice, M. Fitzpatrick, si [TRADUCTION] « la législation de l'année précédente excluait aussi l'enseignement dans les universités ». Le ministre a répondu qu'elle n'interdisait pas l'enseignement :

[TRADUCTION] Non. Je serais moi-même porté à croire — d'ailleurs, je m'appuyais sur cette supposition — que ceux qui enseignent le droit en lien avec nos universités n'étaient pas visés par la législation de la dernière session. Je crois qu'il faut raisonnablement considérer l'enseignement du droit dans les universités comme s'inscrivant dans l'exercice de leur profession. D'ailleurs, je crois avoir exprimé cette opinion lors de la dernière session, lorsque la loi a été adoptée. [Non souligné dans l'original.]

J'ajouterai que, selon mon expérience, les juges ne sont pas rémunérés lorsqu'il leur est demandé d'enseigner dans les facultés de droit.

[89] Au moment d'analyser les travaux préparatoires relatifs à l'article 55, le Comité d'examen n'a ni examiné ni pris en compte le libellé original de ce texte. La version anglaise est rédigée comme suit : « *No judge [...] shall, either directly or indirectly as director or manager of any corporation, company, or firm, or in any other manner whatever [...] engage in any occupation or business other than his judicial duties* ». La version française est rédigée comme suit : « *Aucun juge [...] ne peut se livrer ni directement ni indirectement, en qualité de directeur ou gérant de corporation, de compagnie ou de maison d'affaires, non plus qu'en aucune autre manière [...] à une occupation ou affaire autre que ses fonctions judiciaires.* »

[90] In neither language do these words support the conclusion of the Review Panel that the intent of Parliament was to restrict judges from performing non-remunerative engagements. To the contrary, they are focused on remunerative commercial engagements.

[91] At paragraph 43 of its decision, the Review Panel asserts that the legislated exceptions to the general prohibition in section 55 reinforces the broader interpretation it has given to section 55:

Furthermore, the broader interpretation of the word “occupation” to include non-remunerative pursuits and activities is reinforced by the narrow and specific exceptions to the general prohibition in section 55.

[92] It states that the narrow and specific exceptions are those set out in sections 56 and 56.1 of the *Judges Act*; namely, (1) a judge acting in a specific dispute resolution capacity when expressly authorized by an Act of Parliament or a Provincial Legislature, or the Governor in Council or lieutenant governor in council of a province, (2) a judge acting as an arbitrator or assessor of compensation or damages under a public Act of Canada or a province, and (3) Madam Justice Arbour serving as Prosecutor of the United Nations International Tribunal.

[93] The Review Panel [at paragraph 41] provides no reason or explanation why these exceptions provide support for its “broader interpretation of the word ‘occupation’ to include ‘non-remunerative’ pursuits and activities”. Indeed, it is not obvious or evident how these exceptions support the view of the Review Panel. Its reasoning is unintelligible.

[94] It is to be noted that none of these exceptions is stated to be on a non-remunerated basis. When a judge is appointed by Parliament or a Legislature to head a commission or act as an arbitrator, his or her judicial

[90] Le libellé des versions anglaise et française ne va pas dans le sens la conclusion du Comité d’examen selon laquelle l’intention du Parlement était d’interdire aux juges de prendre des engagements non rémunérés. Au contraire, ils sont axés sur les engagements commerciaux rémunérés.

[91] Au paragraphe 43 de sa décision, le Comité d’examen fait valoir que les exceptions législatives à l’interdiction générale prévue par l’article 55 vont dans le sens d’“une interprétation plus générale qu’il a faite de l’article 55 :

Qui plus est, une telle interprétation élargie du terme anglais « *occupation* » de manière à englober les occupations et activités non rémunérées se trouve renforcée par les exceptions bien précises qui s’appliquent à l’égard de l’interdiction générale de l’article 55.

[92] Il observe que ces exceptions restreintes et précises sont celles qui figurent dans les articles 56 et 56.1 de la *Loi sur les juges*, à savoir : 1) l’exercice, par les juges, de certaines fonctions de règlement des différends dans les cas où cet exercice est expressément autorisé par le pouvoir législatif ou exécutif de l’ordre fédéral ou provincial, ou encore par le gouverneur en conseil ou le lieutenant-gouverneur en conseil d’une province; 2) la possibilité de recourir à une mesure fédérale ou provinciale pour autoriser un juge à agir à titre d’arbitre ou d’évaluateur expert en matière d’indemnité ou de dommages-intérêts; et 3) l’autorisation accordée à madame la juge Louise Arbour d’exercer les fonctions de procureur des tribunaux internationaux des Nations Unies.

[93] Le Comité d’examen [au paragraphe 41] ne fait état d’aucune raison ni explication indiquant pourquoi ces exceptions étayent son « interprétation large du terme anglais “*occupation*” qui englobe des occupations et activités non rémunérées ». En effet, il n’est pas manifeste ni évident en quoi ces exceptions étayent le point de vue du Comité d’examen. Son raisonnement est inintelligible.

[94] Il convient de noter qu’aucune de ces exceptions n’est indiquée comme étant non rémunérée. Lorsqu’un juge est nommé par le Parlement ou par l’Assemblée législative pour diriger une commission ou agir à titre

compensation under the *Judges Act* continues and pursuant to section 57, there is no additional remuneration. However, in my view, that does not mean that these exceptional duties are done on a non-remunerative basis. Rather, they are done for the judge's regular remuneration. The remuneration received when performing these exceptional duties cannot be said to be remuneration for judicial duties, as the judge is not performing his judicial duties when acting as a commissioner or arbitrator. Even if it were otherwise, the exception regarding Justice Louise Arbour in section 56.1 expressly provides that she may elect to receive a leave of absence to accept the position offered by the United Nations without receiving her judge's pay if she receives remuneration from the United Nations. In fact, the record shows that the United Nations insisted that she not be remunerated as a judge but that it pay her. In her circumstance, one of the exceptions the Review Panel relies on to support its interpretation, it is without doubt that the exception to judicial duties is remunerated. Accordingly, it cannot be said to support the interpretation given by the Review Panel.

[95] For these reasons, I find that the analysis of the Review Panel, the manner in which it reaches its interpretation of section 55, is not in keeping with the modern principle of interpretation. The Review Panel, in its analysis, fails to read the words of the section "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament." Specifically, it ignores some words; it fails to properly consider the legislative history of the provision; it fails to properly consider the context in which the provision is found; and it fails to properly consider all of the evidence of Parliamentary intention. As such, the reasoning is flawed and leads to an unreasonable conclusion on interpretation.

[96] The Review Panel concludes its interpretation of section 55 at paragraphs 46 to 48 of its decision, as follows:

d'arbitre, la rémunération qu'il reçoit aux termes de la *Loi sur les juges* est maintenue, et, conformément à l'article 57, aucune rémunération supplémentaire ne lui est versée. Cependant, à mon avis, cela ne signifie pas que ces fonctions exceptionnelles sont exécutées sans rémunération. Plutôt, elles sont remplies dans le cadre de la rémunération habituelle du juge. La rémunération reçue dans le cadre de ces fonctions exceptionnelles ne peut pas être assimilée à une rémunération versée pour des fonctions judiciaires, étant donné que le juge ne s'acquitte pas de ses fonctions judiciaires lorsqu'il intervient à titre de commissaire ou d'arbitre. Même s'il en était autrement, l'exception concernant madame la juge Louise Arbour consacrée par l'article 56.1 prévoit expressément qu'elle peut choisir de prendre un congé pour accepter le poste offert par les Nations Unies sans recevoir sa rémunération de juge si elle reçoit une rémunération de l'Organisation des Nations Unies. En fait, il ressort du dossier qu'elle a insisté pour qu'elle ne soit pas rémunérée en sa qualité de juge, mais que ce soit elle qui la rémunère. Dans sa situation, l'une des exceptions sur lesquelles se fonde le Comité d'examen pour appuyer son interprétation, il ne fait aucun doute que l'exception aux fonctions judiciaires est rémunérée. Par conséquent, on ne peut affirmer qu'elle appuie l'interprétation qui été donnée par le Comité d'examen.

[95] Pour ces motifs, je conclus que l'analyse du Comité d'examen, le raisonnement qu'il a retenu pour interpréter l'article 55, n'est pas conforme au principe d'interprétation moderne. Dans son analyse, le Comité d'examen n'a pas lu le texte de cette disposition au regard du « contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ». Plus précisément, il fait abstraction de certains mots; ne tient pas compte comme il le devrait des travaux préparatoires relatifs à cette disposition; analyse incorrectement le contexte de cette disposition; et ne tient pas dûment compte de tous les éléments de preuve relatifs à l'intention du législateur. Par conséquent, son raisonnement est fautif et aboutit à une conclusion déraisonnable sur le plan interprétatif.

[96] Aux paragraphes 46 à 48 de sa décision, le Comité d'examen termine son interprétation de l'article 55 comme suit :

In summary, section 55 of the *Judges Act* contains a prohibition on judges carrying on extra-judicial activities and a requirement that judges devote themselves exclusively to their judicial functions. In circumstances in which Parliament is of the view that there is a sufficiently important public goal to justify judges engaging in other activities, it has legislated specific, narrowly defined exceptions.

Accordingly, the Review Panel has concluded that:

(a) Section 55 requires judges, subject to a limited number of narrow exceptions, to confine themselves to their judicial role, and

(b) Subject to those exceptions, judges are prohibited from engaging in any other occupation, whether paid or unpaid.

The above-noted conclusions are consistent with the objectives of maintaining judicial independence and the preservation of the dignity and respect associated with the judicial office. Section 55 of the *Judges Act* is also intended to promote the efficient administration of justice and to uphold the dignity and integrity of the judiciary by restricting judges, except in very limited circumstances, to performing judicial functions. [Emphasis added.]

[97] The Review Panel [at paragraph 47] does not explain what it means by “any other occupation, whether paid or unpaid” but at paragraph 43 it describes its “broader” interpretation of the word “occupation” to include “non-remunerative pursuits and activities” (emphasis added).

[98] Counsel for the CJC, in its memorandum, says that the interpretation the Review Panel gives to section 55 is that it is “to prohibit judges from devoting their ‘productive time’ to vocations other than judging, such that they will work as judges” (emphasis added). In my view, counsel’s characterization does not reflect the interpretation given the section by the Review Panel. Nowhere in its decision does the Review Panel use the phrase “productive time” or the word “vocation.”

[99] It is unclear what legal counsel means by “productive time.” Other than time when sleeping, it is arguable

En somme, l’article 55 de la *Loi sur les juges* interdit aux juges de se livrer à des activités extrajudiciaires, en plus d’exiger d’eux qu’ils se consacrent exclusivement à leurs fonctions judiciaires. Mais, pour les cas où il est d’avis qu’un objectif public important justifie que les juges exercent d’autres activités, le Parlement a prévu dans la loi certaines exceptions bien définies.

En conséquence, le comité d’examen a conclu :

a) que l’article 55 exige que les juges, sous réserve d’un nombre limité d’exceptions restreintes, s’en tiennent à leur fonction judiciaire;

b) que, sous réserve de ces exceptions, il est interdit aux juges de se livrer à toute autre activité, rémunérée ou non.

Les précédentes conclusions sont en adéquation avec les objectifs du maintien de l’indépendance judiciaire et de la préservation de la dignité et du respect associés à la charge judiciaire. L’article 55 de la *Loi sur les juges* vise également à favoriser une administration efficace de la justice et à préserver l’intégrité et l’indépendance de la magistrature en faisant en sorte que les juges, sauf dans des circonstances très restreintes, se limitent à leurs fonctions judiciaires. [Non souligné dans l’original.]

[97] Le Comité d’examen [au paragraphe 47] n’explique pas ce qu’il veut dire par « toute autre activité, rémunérée ou non »; cependant, au paragraphe 43, il décrit son interprétation « élargie » du mot anglais « *occupation* » de façon à englober] « les occupations et activités non rémunérées » (non souligné dans l’original).

[98] Dans le mémoire du CCM, il est affirmé que, selon l’interprétation du Comité d’examen, l’article 55 [TRADUCTION] « interdit aux juges de consacrer leurs “heures productives” à une vocation autre que celle de juge, de façon à ce qu’ils assument les fonctions de juge » (non souligné dans l’original). À mon avis, cette observation ne correspond pas à l’interprétation de l’article par le Comité d’examen. Nulle part dans sa décision le Comité d’examen n’a-t-il employé l’expression [TRADUCTION] « heures productives » ou le mot [TRADUCTION] « vocation ».

[99] On ne sait pas avec certitude ce qu’entendent les avocats du CCM par [TRADUCTION] « heures productives ».

that all of one's time is productive time. As I pointed out at the hearing, my experience is that judging is not a 9 am to 5 pm, five days a week job. Judges, like lawyers and many others, work days, nights, and weekends.

[100] The Review Panel's interpretation [at paragraph 41] of "occupation" as including "non-remunerative pursuits and activities" [emphasis added] gives it a much broader definition than the word "vocation." "[P]ursuits and activities" includes most of what one does in daily life, including taking children and grandchildren to soccer and ballet classes, attending choir practice, going to the gym, quilting and knitting, etc. Again, as was pointed out to counsel at the hearing, the phrase "pursuits and activities" includes writing a mystery novel. Even if written at night and on weekends, as our former Chief Justice did, is that a non-judicial activity done in a judge's productive time? If so, did the former Chief Justice of Canada breach section 55 of the *Judges Act* in doing this prior to her retirement? Her activity certainly conflicts with the interpretation of section 55 given by the Review Panel.

[101] This question and these examples illustrate the unreasonableness of the outcome of the Review Panel's interpretation. Its interpretation restricts judges from all non-judicial activities or pursuits, other than the narrow exceptions in sections 56 and 56.1 of the Act.

[102] For these reasons, I find the interpretation given by the Review Panel to section 55 of the *Judges Act* to be unreasonable.

Il est raisonnable de dire que l'ensemble du temps dont dispose une personne, autre que pendant son sommeil, constitue des heures productives. Comme je l'ai souligné à l'audience, selon mon expérience, le métier de juge n'est pas exercé de 9 h à 17 h, cinq jours semaine. Les juges, à l'instar des avocats et de nombreuses autres personnes, travaillent le jour, la nuit et la fin de semaine.

[100] L'interprétation du Comité d'examen [au paragraphe 41] du mot anglais « *occupation* » comme englobant les « occupations et activités non rémunérées » [non souligné dans l'original] lui confère une définition beaucoup générale que le mot [TRADUCTION] « vocation ». L'expression « occupations et activités » comprend la plupart des choses qu'une personne fait dans sa vie quotidienne, y compris accompagner ses enfants ou ses petits-enfants à une pratique de soccer ou à un cours de ballet, assister à une pratique de chorale, s'entraîner dans un centre de conditionnement physique, piquer des courtpointes, faire du tricot, etc. Encore une fois, comme on l'a fait remarquer aux avocats lors de l'audience, l'expression « occupations et activités » comprend l'écriture d'un roman policier. Même si ce roman est écrit le soir et les fins de semaine, comme ce fût le cas pour notre ancienne juge en chef, s'agit-il d'une activité extrajudiciaire à laquelle s'est livré un juge pendant ses heures productives? Dans l'affirmative, l'ancienne juge en chef du Canada a-t-elle inobservé l'article 55 de la *Loi sur les juges* en écrivant son roman avant sa retraite? Chose certaine, cette activité est incompatible avec l'interprétation par le Comité d'examen de l'article 55.

[101] Cette question et ces exemples illustrent le caractère déraisonnable de l'issue de l'interprétation du Comité d'examen. Son interprétation interdit aux juges de s'adonner à toute occupation ou activité autres que les exceptions bien précises prévues par les articles 56 et 56.1 de la Loi.

[102] Pour ces motifs, je conclus que l'interprétation par le Comité d'examen de l'article 55 de la *Loi sur les juges* est déraisonnable.

(2) *The Impact of a Section 54 Leave of Absence on Section 55*

[103] After interpreting section 55, the Review Panel turns to section 54 of the *Judges Act* and the impact a leave of absence granted thereunder may have on a judge's obligations under section 55.

[104] The Review Panel sees a leave of absence granted under section 54 as relieving a judge from the obligation in section 55 to “devote himself or herself exclusively to those judicial duties” but finds that it does not affect the prohibition in that section on carrying out extra-judicial duties. It finds that section 54 does not permit a judge, while on a leave of absence, taking up extra-judicial activities. In support of that interpretation, the Review Panel relies on (1) its interpretation of section 55 (which I have found to be unreasonable), and (2) the language of section 54. It writes at paragraph 51 of its decision:

There is nothing in the language of section 54 of the *Judges Act*, to suggest that leaves of absence properly granted and with proper notices issued, may be granted to enable judges to take on responsibilities outside of the judicial sphere.

[105] I begin by noting that there is nothing in the language of section 54 of the *Judges Act*, suggesting that such leaves of absence may not be granted to enable judges to take on responsibilities outside of their judicial duties. Indeed, as noted by Justice Smith, that has previously happened and with the approval of the CJC:

In Canada, the Council's Study Leave Program has permitted judges to take academic leaves longer than six months to engage in teaching, talks with faculty, curriculum development, organizing conferences, guest lectures, and both formal; and informal discussions with students.

[106] The Review Panel provides no review of the legislative history of section 54, nor does any analysis of

2) *Incidence sur l'article 55 d'un congé aux termes de l'article 54*

[103] Après avoir interprété l'article 55, le Comité d'examen s'est ensuite penché sur l'article 54 de la *Loi sur les juges* et sur l'incidence qu'un congé accordé en application de cet article peut avoir sur les obligations du juge aux termes de l'article 55.

[104] Le Comité d'examen considère que l'octroi d'un congé aux termes de l'article 54 libère le juge de son obligation, aux termes de l'article 55, de « se consacrer[r] à [ses] fonctions judiciaires à l'exclusion de toute autre activité », mais soutient que cela n'a pas d'incidence sur l'interdiction de se livrer à des tâches extrajudiciaires prévue par cette disposition. Il soutient que l'article 54 ne permet pas au juge d'entreprendre des activités extrajudiciaires pendant qu'il est en congé. Pour étayer cette interprétation, le Comité d'examen se fonde sur : 1) son interprétation de l'article 55 (qui est, comme je l'ai conclu, déraisonnable); et 2) le libellé de l'article 54. Il a observé au paragraphe 51 de sa décision :

Rien, dans la formulation de l'article 54 de la *Loi sur les juges*, n'indique que les congés dûment autorisés, de même que les avis transmis comme il se doit, peuvent être accordés de manière à permettre aux juges d'assumer des responsabilités qui se situent en dehors de la sphère judiciaire.

[105] Je commence par noter qu'il ne ressort nullement du libellé de l'article 54 de la *Loi sur les juges* que de tels congés ne puissent pas être accordés pour permettre aux juges d'assumer des responsabilités qui ne s'inscrivent pas dans leurs fonctions judiciaires. En effet, tel que l'a noté le juge Smith, cela s'est déjà produit par le passé, et avec l'approbation du CCM :

[TRADUCTION] Au Canada, le Programme de congés d'études du Conseil a permis aux juges de prendre des congés de plus de six mois pour enseigner, s'entretenir avec des membres de la faculté, préparer des curriculums, organiser des conférences, donner des exposés en tant que conférencier et tenir des discussions officielles et officieuses avec les étudiants.

[106] Le Comité d'examen ne fait aucun examen des travaux préparatoires relatifs à l'article 54, ni aucune

parliamentary intent. The Attorney General of Canada provides a very informative history of section 54 that supports an interpretation different from that provided by the Review Panel of both sections 54 and 55.

[107] The leave of absence provisions in section 54 were introduced in 1946, in a slightly different wording than at present. Section 34 of *The Judges Act, 1946*, [S.C. 1946] 10 George VI, c. 56 provides that no judge is to be granted a leave of absence from judicial duties for a period in excess of 30 days without the approval of the Governor in Council. If a judge were absent for a period in excess of 30 days without that approval, the judge and the Chief Justice are to inform the Minister of Justice.

[108] A reading of the Parliamentary debates confirms the submission of the Attorney General of Canada at paragraphs 42 and 43 of his memorandum, reproduced below, that this leave provision was not enacted to be used exclusively for absences “such as an illness, a period of recovery from accident or parental leave” as the Review Panel suggests at paragraph 49 of its decision:

In enacting this provision, a concern was raised during the debates that some judges had been absent from the bench for several months without having obtained any sort of permission for a leave of absence. The Minister of Justice stated, “I think the clause does indicate, if it is passed by parliament, that parliament wants the Minister of Justice to see to it that gentlemen who are absent without leave are not paid.”

There is no indication here that this provision was enacted to be used exclusively for circumstances of disability or parental leave. Rather, the rationale for the provision was to ensure that judges were not being paid when they were absent from the bench, for any reason.

[109] In 1996, the section was amended to create the current system. Leaves of six months or less can be

analyse de l’intention du législateur. Le procureur général du Canada produit un historique très intéressant de l’article 54 qui appuie une interprétation différente de celle avancée par le Comité d’examen en ce qui concerne les articles 54 et 55.

[107] Les dispositions relatives aux congés de l’article 54 ont été introduites en 1946, et leur libellé est très légèrement différent de celui d’aujourd’hui. L’article 34 de la *Loi de 1946 sur les juges (The Judges Act, 1946)*, S.C. 1946, 10 George VI, ch. 56, dispose qu’un juge ne peut se voir accorder un congé de ses fonctions judiciaires pour une période de plus de 30 jours sans l’approbation du gouverneur en conseil. Si un juge est absent pour une période de plus de 30 jours sans avoir obtenu une approbation en ce sens, le juge et le juge en chef doivent en informer le ministre de la Justice.

[108] Une lecture des débats parlementaires étaye l’argument du procureur général du Canada aux paragraphes 42 et 43 de son mémoire, reproduit ci-dessous, selon lequel cette disposition relative aux congés n’a pas été introduite dans le but de servir exclusivement aux absences, « par exemple dans le cas d’une maladie, ou pour une convalescence ou un congé parental », comme le soutient le Comité d’examen au paragraphe 49 de sa décision :

[TRADUCTION] En lien avec l’adoption de cette disposition, une préoccupation a été soulevée lors des débats selon laquelle certains juges se soient abstenus d’exercer leurs fonctions judiciaires pendant plusieurs mois sans avoir obtenu une quelconque autorisation pour prendre un congé. Le ministre de la Justice a affirmé : [TRADUCTION] « Je crois que la clause indique que, si elle est adoptée par le Parlement, que ce dernier souhaite que le ministre de la Justice veille à ce que ceux qui s’absentent sans congé ne soient pas rémunérés ».

Rien n’indique que cette disposition a été adoptée dans le but d’être utilisée exclusivement dans des circonstances impliquant une incapacité ou un congé parental. Cette disposition avait plutôt pour but de veiller à ce que les juges ne soient pas rémunérés lorsqu’ils n’exerçaient pas leurs fonctions judiciaires pour une raison donnée.

[109] En 1996, cet article a été modifié de façon à créer le système actuel. Les congés de moins de six mois

granted by a chief justice but a longer leave requires approval from the Governor in Council. The debates indicate that the revision was recommended:

... by the 1992 Triennial Commission on Judges' Salaries and Benefits and endorsed by the Canadian Judicial Council. It allows a judge to request maternity or parental leave without having to seek cabinet approval.

[110] I agree with the Attorney General of Canada that leaves under section 54 are not restricted to maternity or parental leaves. The reference above to those purposes was to illustrate and support the expansion of the leave period from 30 days to 6 months. Evidence of that is the statement then Justice Minister Rock gave to the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs when it was considering the amendment to the *Judges Act* relating to Justice Louise Arbour [*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, 35th Parl., 2nd Sess., Issue No. 29 (October 3, 1996)]. He stated, "It might be noted that the *Judges Act* already provides for judges to be granted leaves of absence in order to perform non-judicial duties, such as serving as commissioners of inquiry ... or to assist foreign countries developing codes of human rights" (emphasis added). While the first exception is provided for in section 56, the second exception is not. Later, the Minister of Justice describes the parameters of leaves other than for personal reasons:

[Mr. Rock:] Second, while [judges] are there they should only be doing the work of judges and not working on the side for businesses or in some other fashion. While that is an important principle, the *Judges Act* itself already contemplates exceptions. As I mentioned in my opening remarks, a judge might be appointed to chair a commission of inquiry or to arbitrate a dispute. That goes on all the time. It is a necessary adjunct to a judge's life.

Senator Beaudoin: We agree entirely.

Mr. Rock: What I am suggesting, senator, is that it is consistent with section 56. It grows out of the same notion

peuvent être accordés par un juge en chef, mais les congés de plus de six mois doivent être approuvés par le gouverneur en conseil. Il ressort des débats que cette révision avait été recommandée :

[...] par la Commission triennale sur le traitement et les avantages des juges en 1992 et a été appuyée par le Conseil canadien de la magistrature. Le projet de loi permet à un juge de demander un congé de maternité ou un congé parental sans avoir à passer par le Cabinet.

[110] Je retiens la thèse du procureur général du Canada portant que les congés aux termes de l'article 54 ne sont pas limités aux congés de maternité ou aux congés parentaux. Le renvoi ci-dessus à ces fins prévues avait pour but d'illustrer et d'appuyer la prolongation de la période de congé de 30 jours à six mois. Un élément de preuve en ce sens est la déclaration que M. Rock, ministre de la Justice à l'époque, a faite au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles lorsque ce dernier envisageait une modification de la *Loi sur les juges* relative à la juge Louise Arbour [*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 35^e lég., 2^e sess., n^o 29 (3 octobre 1996)]. Il a déclaré : « Il est à noter que la *Loi sur les juges* prévoit déjà l'octroi de congé pour que les juges puissent se consacrer à des fonctions non judiciaires, comme par exemple, remplir des fonctions de commissaire d'enquête [...] ou aider d'autres pays à élaborer des codes des droits de la personne » (non souligné dans l'original). Bien que la première exception soit prévue par l'article 56, la seconde ne l'est pas. Plus tard, le ministre de la Justice expose les critères relatifs aux congés autres que des congés pour raisons personnelles :

[M. Rock :] Deuxièmement, lorsqu'ils sont juges, ils devraient se consacrer uniquement au travail de juges et non travailler pour des entreprises ou ailleurs. Même s'il s'agit d'un principe important, la *Loi sur les juges* prévoit déjà des exceptions. Comme je le disais dans mon introduction, un juge peut être nommé pour présider une commission d'enquête ou arbitrer un différend. Cela se passe constamment. C'est une fonction accessoire nécessaire.

Le sénateur Beaudoin : Nous sommes entièrement d'accord.

M. Rock : Ce que je veux dire, sénateur, c'est que cela est compatible avec l'article 56. Cela découle de la même

that we would permit a sitting judge to leave her duties for a stated period to go on an international organization and fulfil a worthy endeavour. That is not inconsistent with her judicial role. [Emphasis added.]

[111] The Attorney General concludes with his submission as to the proper interpretation of section 55:

This legislative history demonstrates that Parliament did not intend for section 55 of the Act to act as a complete ban on judges taking on non-judicial roles. Section 55 instead functions to prohibit judges from taking on employment in a commercial, private, or political capacity that could call into question their judicial independence or otherwise threaten public confidence in their integrity or impartiality. The record consistently reiterates that judges should remain able to assume non-judicial roles in certain circumstances, particularly when that role serves an important public purpose. Additionally, the legislative record demonstrates that section 54 of the Act is to be read together with sections 55-57 and allows for a leave from judicial duties for a variety of reasons, including to assume a non-judicial role, as long as that role would not otherwise conflict with his or her eventual return to the bench.

[112] I agree (1) that section 55 of the Act is not a complete ban on judges taking on non-judicial roles; (2) that Parliament's intention was that judges are able to assume non-judicial roles in certain circumstances; and (3) that section 54 of the Act allows for a leave from judicial duties for a variety of reasons that are not inconsistent with the judge's judicial duties.

[113] I further agree that section 55, interpreted using the modern principle of interpretation, provides that a judge cannot assume employment in a commercial, private, or political capacity as that could call into question their judicial independence or threaten public confidence in the integrity and impartiality of the judge and the judiciary. These are inconsistent with his or her judicial duties. It is a matter for the chief justice or Minister of Justice to determine whether a leave request under section 54 warrants being granted. It is expected that they

notion qui veut que nous autorisions un juge en place à quitter ses fonctions pour une période déterminée afin d'accomplir un travail des plus louable[s] au sein d'une organisation internationale. Cela n'est pas incompatible avec ses fonctions judiciaires. [Non souligné dans l'original.]

[111] Le procureur général conclut avec son argument quant à l'interprétation correcte de l'article 55 :

[TRADUCTION] Il ressort de ces travaux préparatoires que le législateur ne concevait pas l'article 55 de la Loi comme une interdiction complète imposée aux juges d'assumer des rôles de nature non judiciaire. L'article 55 vise à interdire aux juges d'occuper des fonctions à titre commercial, privé ou politique qui pourraient remettre en cause leur indépendance judiciaire ou par ailleurs menacer la confiance du public dans leur intégrité ou leur impartialité. Il est régulièrement réitéré dans les annales que les juges devraient toujours pouvoir assumer des rôles dans certaines circonstances, plus précisément lorsque ce rôle a un intérêt public important. En outre, d'après le dossier législatif, l'article 54 de la Loi doit être interprété de concert avec les articles 55 à 57 et permet de prendre un congé de fonctions judiciaires pour plusieurs raisons, y compris un rôle non judiciaire, à condition que ce rôle ne soit pas incompatible avec l'éventuelle reprise de ses fonctions judiciaires par le juge.

[112] En effet, je conclus que 1) l'article 55 de la Loi n'impose pas une interdiction totale aux juges d'occuper des rôles non judiciaires; 2) l'intention du législateur était de faire en sorte que les juges puissent assumer des rôles non judiciaires dans certaines circonstances et 3) l'article 54 de la Loi permet aux juges de prendre congé de fonctions judiciaires pour plusieurs raisons qui ne sont pas incompatibles avec les fonctions judiciaires d'un juge.

[113] Je conclus aussi que l'article 55, interprété selon le principe moderne d'interprétation, prévoit qu'un juge ne peut pas occuper des fonctions à titre commercial, privé ou politique, puisque cela pourrait remettre en cause son indépendance judiciaire ou miner la confiance du public dans l'intégrité et l'impartialité des juges et de la magistrature. Ces fonctions ne sont pas compatibles avec les fonctions judiciaires d'un juge. Il incombe au juge en chef et au ministre de la Justice de décider s'il est justifié de faire droit à une demande en congé au titre

will consider whether the purpose of the leave serves an important public purpose and whether it could call into question their judicial independence or otherwise threaten public confidence in their integrity or impartiality. However, these requirements cannot be read into section 55.

[114] Collectively, the three findings set out above at paragraph 112 result in the conclusion that Justice Smith did not breach section 55 of the *Judges Act* when, on a leave of absence granted by his Chief Justice and approved by the Minister of Justice, he accepted the appointment of Interim Dean (Academic) of the Law School.

(3) *Ethical Obligations*

[115] I turn next to the Review Panel finding that Justice Smith breached his ethical duties. It writes [at paragraph 76]:

(d) Regardless of the interpretation ascribed to sections 54 to 56.1 of the *Judges Act*, Justice Smith has an ethical obligation as a judge to avoid involvement in public debate that may unnecessarily expose him to political attack or be inconsistent with the dignity of judicial office. There were also reputational risks to Justice Smith and to the Ontario Court of Justice associated with lending their support to the Faculty of Law at Lakehead during a time of crisis.

(e) In the circumstances facing Justice Smith in 2018, notwithstanding his genuine desire to help the Faculty of Law at Lakehead, his decision to accept an appointment as Interim Dean (Academic) at the Faculty of Law was ill-advised.

[116] In so concluding, the Review Panel considered the Ethical Principles and the past circumstances of Justice Fauteux serving as Dean of two separate law schools, and Justice Gillese occupying the position of university Chancellor.

[117] With respect to Justice Fauteux, the Review Panel [at paragraph 61] says only “that societal norms are

de l’article 54. On s’attend à ce qu’ils recherchent si l’objet du congé répond à un intérêt public important et s’il pourrait remettre en cause l’indépendance judiciaire des juges ou par ailleurs menacer la confiance du public dans leur intégrité et leur impartialité. Toutefois, ces exigences ne découlent pas de l’article 55.

[114] Prises de concert, les trois conclusions énoncées ci-dessus au paragraphe 112 permettent de conclure que le juge Smith n’a pas manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges* quand, par suite d’un congé accordé par sa juge en chef et approuvé par la ministre de la Justice, il a accepté la nomination de doyen par intérim (universitaire) de la Faculté de droit.

3) *Obligations déontologiques*

[115] J’examinerai maintenant la conclusion du Comité d’examen, selon laquelle le juge Smith a manqué à ses devoirs déontologiques. Il observe [au paragraphe 76] :

d) Quelle que soit l’interprétation donnée aux articles 54 à 56.1 de la *Loi sur les juges*, le juge Smith a une obligation éthique en tant que juge d’éviter de prendre part à des débats publics qui peuvent l’exposer inutilement à des attaques politiques ou qui sont incompatibles avec la dignité de la fonction judiciaire. Il y avait également des risques pour la réputation du juge Smith et de la Cour supérieure de justice de l’Ontario associés au fait de donner leur appui à la Faculté de droit de l’Université Lakehead en temps de crise.

e) Compte tenu des circonstances auxquelles le juge Smith était confronté en 2018, et malgré son désir véritable d’aider la Faculté de droit de l’Université Lakehead, sa décision d’accepter une nomination en tant que doyen par intérimaire (universitaire) à la Faculté de droit était mal avisée.

[116] En tirant une telle conclusion, le Comité d’examen a pris en compte les Principes de déontologie et le cas antérieur du juge Fauteux, qui a occupé la fonction de doyen de deux facultés de droit distinctes, et de la juge Gillese qui avait occupé le poste de chancelière d’Université.

[117] Concernant le juge Fauteux, le Comité d’examen [au paragraphe 61] s’est borné à dire que « les normes

shifting, and that it is much more likely in the present day that individuals assuming leadership roles within universities will be required to deal with controversial and highly public topical issues, than was formerly the case.” Even if the Review Panel had any evidence that universities in the 1960s dealt with fewer controversial and highly public topical issues than today (and none is in the record), the Review Panel fails to note that unlike Justice Fauteux, Justice Smith’s deanship was limited to academic matters — an area that can hardly be said to be a wellspring of “controversial and highly public topical issues”.

[118] With respect to Justice Gillese, the Review Panel notes [at paragraph 62] that the CJC agreed to her appointment as Chancellor because “of the strict limitations” agreed to by the university and the judge, and because “of the ceremonial nature of the post.” This fails to reference the view of Pidgeon A.C.J. that the limitations agreed to by Justice Smith and the Law School limited his role to a ceremonial one. As to the conditions, it writes [at paragraph 74], “the use of such conditions may be an imperfect attempt to address unknowable contingencies arising in a dynamic environment”. Nonetheless, significant conditions were agreed upon that removed Justice Smith from the administration of the Law School and the university. Most importantly, he had undertaken to inform and seek guidance from his Chief Justice if circumstances changed or “any issues arise which may raise new ethical implications, or [possibly] lead to public controversy” [at paragraph 72]. A condition not mentioned by the Review Panel.

[119] Moreover, and critically, his acceptance of the Interim Dean (Academic) role with these conditions was approved by his Chief Justice. If his decision was ill-advised, what does that say of the decisions of his Chief Justice and the Minister of Justice?

sociétales évoluent et que, de nos jours, des personnes qui assument des fonctions de dirigeants au sein d’établissements universitaires sont bien plus susceptibles de devoir composer avec des questions d’actualité, controversées et hautement médiatisées, que par le passé ». Même si le Comité d’examen disposait d’éléments de preuve selon lesquels dans les années 1960, les universités ont dû faire face à moins de questions d’actualité, controversées et hautement médiatisées qu’aujourd’hui (et il n’y en a aucune au dossier), le Comité d’examen omet de signaler que, contrairement au juge Fauteux, le décanat du juge Smith était limité à des questions scolaires — un domaine qu’il est difficile de qualifier de source de « questions d’actualité, controversées et hautement médiatisées ».

[118] Concernant la juge Gillese, le Comité d’examen note [au paragraphe 62] que le CCM a accepté sa nomination à titre de chancelière en raison « des restrictions rigoureuses » acceptées par l’Université et la juge, et compte tenu « de la nature cérémoniale du poste ». Le Comité omet ainsi de faire référence à l’opinion du juge en chef associé Pidgeon qui affirmait que les limites dont le juge Smith et la faculté de droit avaient convenu limiteraient le rôle du juge Smith à des fonctions protocolaires. En ce qui concerne les conditions, le Comité d’examen [au paragraphe 74] indique qu’elles « montrent que le recours à de telles conditions peut représenter une façon imparfaite de tenter de faire face à des imprévus difficiles à cerner dans un environnement dynamique ». Néanmoins, des conditions importantes ont été adoptées selon lesquelles le juge Smith ne participerait pas à l’administration de la faculté de droit et de l’université. Mais surtout, le juge Smith avait entrepris d’informer sa juge en chef et de lui demander conseil si la situation évoluait ou « en cas de questions pouvant soulever des considérations éthiques ou [éventuellement] mener à une controverse publique » [au paragraphe 72]. Le Comité d’examen n’a pas fait mention de cette condition.

[119] Il est en outre crucial de noter que la juge en chef du juge Smith consentait à ce qu’il accepte le rôle de doyen par intérim (universitaire) assorti de ces conditions. Si sa décision d’accepter le poste était injuste, que dire alors des décisions de sa juge en chef et de la ministre de la Justice?

[120] The role of his Chief Justice both in terms of consenting to the appointment and her subsequent role should any public controversy arise was worthy of consideration and weight. In *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, at paragraph 59, Justice Gonthier for the majority, notes the important role a chief justice plays in ethical decisions:

We must recognize that the chief judge, as *primus inter pares* in the court, the efficient operation of which he or she oversees in all other respects, is in a preferred position to ensure compliance with judicial ethics. First, because of the chief judge's role as co-ordinator, events that may raise ethical issues are more readily brought to his or her attention. As well, because of the chief judge's status, he or she is often the best situated to deal with such delicate matters, thereby relieving the other judges of the court of the difficult task of laying a complaint against one of their colleagues where necessary. In short, the power to lay a complaint is an intrinsic part of the chief judge's responsibility in this area and it would not be fitting for the chief judge to act through someone else, whether a judge or a person outside the judiciary, to fulfil his or her obligations in this regard.

[121] The underpinning for the conclusion the Review Panel reaches on its consideration of the judicial ethics question is: (1) media reports that the former Dean had threatened litigation; (2) the possibility of litigation should the Law Society of Ontario remove the Law School's accreditation; (3) "extensive" media reports "which included allegations of a failure on the part of Lakehead to fulfill the Faculty of Law's Indigenous mandate and some criticism of Justice Smith's appointment from Indigenous leaders" [at paragraph 27]; and (4) that prior to accepting the appointment, the CJC Executive Director informed Justice Smith that it could be a matter for the CJC's consideration.

[122] As to the first two of these, although any litigation by the former Dean would come before the Superior Court, Justice Smith had already and appropriately indicated that he would recuse himself from any litigation

[120] Le rôle joué par sa juge en chef méritait d'être pris en compte et avait du poids, qu'il s'agisse de son consentement à la nomination ou de son rôle éventuel par la suite en cas de controverse publique. Dans l'arrêt *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, au paragraphe 59, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité, note le rôle important qu'un juge en chef joue dans la prise de décisions conformes à la déontologie :

Il nous faut reconnaître, en effet, que le juge en chef, en tant que *primus inter pares* au sein de la cour dont il voit au bon fonctionnement à tous autres égards, occupe une position privilégiée pour veiller au respect de la déontologie judiciaire. D'une part, en raison même du rôle de coordonnateur qui est le sien, il se trouve que les événements susceptibles de soulever des questions d'ordre déontologique sont plus facilement amenés à son attention. D'autre part, du fait même de son statut, le juge en chef s'avère fréquemment le mieux placé pour traiter de ces questions délicates, soulageant par le fait même les autres juges de la cour de la difficile tâche de porter plainte à l'endroit de l'un de leurs collègues, le cas échéant. En somme, le pouvoir de porter plainte relève intrinsèquement de la responsabilité du juge en chef en ce domaine et il ne s'agirait pas que ce dernier, pour s'assurer de ses obligations à cet égard, agisse sous le couvert d'une autre personne, que celle-ci soit juge ou encore issue d'un milieu étranger à la magistrature.

[121] Voici ce sur quoi le Comité d'examen fonde sa conclusion quant à sa prise en compte de la question de la déontologie judiciaire : 1) selon les médias, l'ancienne doyenne avait menacé d'intenter des poursuites; 2) il était possible qu'un contentieux survienne si le Barreau de l'Ontario retirait son accréditation à la faculté de droit; 3) l'affaire était « largement » médiatisée et « certaines personnes alléguaient que Lakehead avait manqué à son devoir de remplir le mandat autochtone de la Faculté de droit et certains chefs autochtones ont critiqué la nomination du juge Smith » [au paragraphe 27]; et enfin 4) avant d'accepter la nomination, le directeur administratif du CCM a informé le juge Smith que le CCM pourrait devoir se pencher sur l'affaire.

[122] En ce qui concerne les deux premiers éléments, même en sachant qu'une action en justice intentée par l'ancienne doyenne aurait été engagée devant la Cour supérieure, le juge Smith avait déjà, judicieusement, fait

in his Court relating to the University. This removes all possibility that he would be in a conflict of interest, or even appear to be in one, should litigation arise. This is equally true if a decision on accreditation were challenged before the Divisional Court. Justice Abella in *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282 (*Yukon*), at paragraph 59 noted the absence of restrictions on judges' associations when there is little likelihood of potential conflict:

While I fully acknowledge the importance of judges avoiding affiliations with certain organizations, such as advocacy or political groups, judges should not be required to immunize themselves from participation in community service where there is little likelihood of potential conflicts of interest.

[123] Should the former Dean sue the Law School, it is extremely unlikely that she or any reasonably informed person would think her suit could be influenced by Justice Smith's involvement with the Law School. She is a lawyer and knows otherwise. Moreover, her taking legal action was not a certainty when the Review Panel report issued.

[124] The Review Panel's consideration of litigation regarding the accreditation of the Law School is entirely speculative and unworthy of its consideration. Again, both the Law School and the Law Society of Ontario being well informed of judicial matters would be extremely unlikely to have any concern if Justice Smith accepted the appointment and recused himself from such litigation.

[125] At paragraph 60 of *Yukon*, Justice Abella considers the Ethical Principles and observes that they "advise that while judges should clearly exercise common sense about joining organizations, they are not prohibited from continuing to serve their communities outside their judicial role" (emphasis added). Moreover, she wisely observes at paragraph 61, "We expect a degree of mature judgment on the part of an informed public which

savoir qu'il se récuserait de tout contentieux engagé devant sa Cour relatif à l'université. Il n'y a ainsi, advenant des poursuites, aucune possibilité de conflit d'intérêt ou même d'apparence de conflit d'intérêts. Cela est également vrai si une décision relative à l'accréditation était contestée devant la Cour divisionnaire. La juge Abella, dans l'arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282 (*Yukon*), au paragraphe 59, a noté qu'en matière d'association, aucune restriction n'est imposée aux juges lorsqu'il y a peu de risque de conflit :

Bien que je reconnaisse sans réserve l'importance que les juges évitent d'adhérer à certains organismes, comme des groupes de revendication ou des groupes politiques, ils ne devraient pas avoir à s'abstenir de participer au service de la communauté lorsqu'il y a peu de risque de conflit d'intérêts.

[123] Si l'ancienne doyenne poursuit la faculté de droit, il est très peu probable qu'elle, ou toute personne raisonnablement informée, pense que l'engagement du juge Smith au sein de la faculté de droit puisse avoir une incidence sur son action. Étant avocate, elle est bien placée pour le savoir. En outre, au moment de la publication du rapport du Comité d'examen, il n'était pas certain que l'ancienne doyenne entamerait des poursuites judiciaires.

[124] La possibilité de poursuites quant à l'accréditation de la faculté de droit n'était que pure conjecture et ne méritait pas d'être envisagée par le Comité d'examen. Je le répète : si le juge Smith acceptait le poste en se refusant de ce type d'affaires, il était fort peu probable que la faculté de droit et le Barreau de l'Ontario, étant bien informés des questions judiciaires, aient des craintes.

[125] Au paragraphe 60 de l'arrêt *Yukon*, la juge Abella se penche sur les *Principes de déontologie judiciaire* et fait remarquer que « bien que les juges doivent manifestement faire preuve de bon sens pour ce qui est de leur adhésion à un organisme, il ne leur est pas interdit de continuer de servir leur communauté à l'extérieur de leur fonction judiciaire » (non souligné dans l'original). De plus, elle fait ce commentaire judiciaire au

recognizes that not everything a judge does or joins predetermines how he or she will judge a case.” The decision of the Review Panel, in my assessment, in examining whether Justice Smith’s conduct unnecessarily exposed him to criticism or attack, fails to do so on the basis of an informed public exercising mature judgment.

[126] The Review Panel [at paragraph 27] exaggerates when it writes of the “extensive” media coverage generated by Justice Smith’s appointment. There was some coverage; however, most of the media coverage was directed to the University and the resignation of the Dean. There was very little directed to Justice Smith’s interim appointment and even the Review Panel describes it as “arguably unfounded” [at paragraph 64]. Moreover, as is noted by Pidgeon A.C.J. in his referral decision, following a meeting between a First Nations advisory committee and the university on May 10, 2018, “no public comments were made subsequently.”

[127] I agree entirely with the submission of the Canadian Superior Courts Judges Association at paragraph 49 of its memorandum of argument that “CJC’s response to Justice Smith’s acceptance of the appointment resulted in a torrent of public criticism, not of Justice Smith or his conduct, but of the CJC itself.” This criticism from judges, lawyers, and the public directed to the CJC’s conduct far outweighs and is more damning than the sparse coverage directed to Justice Smith.

[128] As to the Review Panel relying on Justice Smith having received the letter from the Executive Director of the CJC as a fact underpinning its decision, I concur with the submission of The Canadian Superior Courts Judges Association that the letter “raised particularized concerns” and must be considered against the backdrop of the consent of the Chief Justice and the Minister of Justice. As it submits “the CJC’s Executive Director has no status or authority to advise judges on ethical matters

paragraphe 61 : « Nous nous attendons à ce qu’un public renseigné fasse preuve d’un jugement mature en reconnaissant que les actes et les adhésions du juge ne pré-déterminent pas toujours comment il jugera une affaire. » À mon avis, la décision du Comité d’examen, lorsqu’il s’est penché sur la conduite du juge Smith pour déterminer si ce dernier s’était exposé inutilement à des critiques ou à des attaques, n’est pas celle d’un public renseigné faisant preuve d’un jugement mature.

[126] Le Comité d’examen [au paragraphe 27] va trop loin en affirmant que la nomination du juge Smith a été « largement » médiatisée. Il en a été question dans les médias; toutefois, ils se sont surtout concentrés sur l’Université et sur la démission de la doyenne. Peu d’attention a été portée à la nomination intérimaire du juge Smith, et même le comité d’examen a qualifié les critiques de celle-ci de « sans doute non fondées » [au paragraphe 64]. En outre, comme l’a souligné le juge en chef associé Pidgeon dans sa décision de renvoi, par suite d’une rencontre entre un comité consultatif des Premières Nations et l’Université le 10 mai 2018, [TRADUCTION] « [il] n’y a eu aucune déclaration publique par la suite ».

[127] Je souscris entièrement aux observations de l’Association canadienne des juges des cours supérieures au paragraphe 49 de son mémoire selon lesquelles [TRADUCTION] « la réaction du CCM à l’acceptation de la nomination du juge Smith a donné lieu à un torrent de critiques publiques, et ne visant pas le juge Smith ou sa conduite, mais plutôt le CCM même ». Ces critiques des juges, des avocats et du public à l’encontre de la conduite du CCM sont de loin plus importantes et plus accablantes que la couverture médiatique éparse à l’encontre du juge Smith.

[128] Concernant le fait que le Comité d’examen a fondé sa décision sur la réception par le juge Smith d’une lettre du directeur administratif du CCM, je souscris à l’argument de l’Association canadienne des juges des cours supérieures voulant que cette lettre [TRADUCTION] « ait soulevé des préoccupations particulières » et doive être examinée au regard du consentement du juge en chef et du ministre de la Justice. Comme il l’affirme, [TRADUCTION] « le directeur administratif du CCM

and it would raise significant constitutional issues if he did.”

[129] The CJC submits, “Judicial ethics prohibit the prestige of judicial office from being used to bolster the reputation, status or public confidence in extra-judicial organizations.” The Ethical Principles do not make that broad statement. Section C.1 under Statement 6 dealing with impartiality provides that while judges are free to participate in “civic, charitable and religious activities” they “should not solicit funds ... or lend the prestige of judicial office to such solicitations.” The commentary to that section repeats the same in C.6. C.10 speaks of using the prestige of judicial office to advance a person’s private interests.

[130] The association of a judge with any extra-judicial organization will, to some degree, bolster its reputation, status and public confidence. It is for precisely that reason that law schools seek to have judges teach. I daresay it was also for such reason that McGill and Ottawa Law School sought out Justice Fauteux as their Dean, and Brescia University College sought out Justice Gillese as its Chancellor. If that were the test, then no judge could ever join or participate in any extra-judicial civic, religious, or charitable organization.

[131] For these reasons, I find the decision of the Review Panel as to the ethical breach of Justice Smith in accepting this appointment to be unreasonable and it cannot stand.

B. Were the Proceedings Procedurally Unfair Amounting to an Abuse of Process?

[132] Counsel for Justice Smith submits that the CJC’s “treatment of Justice Smith’s case from its inception has

n’est pas en position et n’a pas l’autorité de conseiller les juges sur des questions de déontologie et cela soulèverait d’importantes questions constitutionnelles s’il le faisait ».

[129] Le CCM soutient que [TRADUCTION] « la déontologie judiciaire interdit l’utilisation du prestige de la fonction judiciaire pour renforcer la réputation, le statut ou la confiance du public dans les organisations extrajudiciaires ». Cette observation ne figure pas dans les Principes de déontologie. Selon le commentaire C.1 sous l’énoncé 6 portant sur l’impartialité du juge, tandis que les juges sont libres de participer à « des activités civiques, charitables et religieuses », ils « ne recueillent pas de dons [...] ni n’engagent le prestige de leur fonction dans de telles collectes ». Les commentaires de cette section sont les mêmes que ceux du commentaire C.6. Le commentaire C.10 porte sur l’utilisation du prestige des fonctions judiciaires du juge pour promouvoir les intérêts privés d’un tiers.

[130] L’association d’un juge à toute organisation extrajudiciaire renforcera, dans une certaine mesure, sa réputation, son statut ou la confiance du public. C’est précisément pour cette raison que les facultés de droit recherchent des juges disposés à enseigner. C’est sans doute aussi pour cette raison que les facultés de droit de l’Université McGill et de l’Université d’Ottawa ont demandé au juge Fauteux d’être leur doyen et que le Collège universitaire Brescia a demandé à la juge Gillese d’être sa chancelière. S’il s’agissait du bon critère, alors aucun juge n’apporterait son concours à un organisme extrajudiciaire civique, religieux ou caritatif.

[131] Pour ces motifs, je conclus que la décision du Comité d’examen quant au manquement à la déontologie du juge Smith, en acceptant cette nomination, était déraisonnable et ne peut pas être retenue.

B. La procédure était-elle inéquitable sur le plan procédural et constituait-elle ainsi un abus de procédure?

[132] Les avocats du juge Smith soutiennent que depuis le début, le [TRADUCTION] « traitement de l’affaire du

been unfair and oppressive, such that it is an abuse of the Council's process.”

[133] The Supreme Court of Canada in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 120, held that it is an abuse of process where an administrative proceeding has been conducted so unfairly that it is contrary to the interests of justice:

In order to find an abuse of process, the court must be satisfied that, “the damage to the public interest in the fairness of the administrative process should the proceeding go ahead would exceed the harm to the public interest in the enforcement of the legislation if the proceedings were halted” (Brown and Evans, *supra*, at p. 9-68). According to L’Heureux-Dubé J. in *Power, supra*, at p. 616, “abuse of process” has been characterized in the jurisprudence as a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases. In my opinion, this would apply equally to abuse of process in administrative proceedings. For there to be abuse of process, the proceedings must, in the words of L’Heureux-Dubé J., be “unfair to the point that they are contrary to the interests of justice” (p. 616). “Cases of this nature will be extremely rare” (*Power, supra*, at p. 616). In the administrative context, there may be abuse of process where conduct is equally oppressive.

[134] The judicial conduct review process established by the CJC is ultimately directed to the possible removal of a judge because of conduct. In *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at paragraph 147, the Supreme Court describes the severity of conduct that warrants removal:

.... before making a recommendation that a judge be removed, the question to be asked is whether the conduct for which he or she is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of his office. [Emphasis added.]

juge Smith [par le CCM] a été inéquitable et oppressive, au point qu’il constitue un abus de la procédure du Conseil ».

[133] Dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 120, la Cour suprême du Canada a décidé qu’il y a un abus de procédure lorsqu’une procédure administrative a été menée d’une manière tellement inéquitable qu’elle va à l’encontre de l’intérêt de la justice :

Pour conclure qu’il y a eu abus de procédure, la cour doit être convaincue que [TRADUCTION] « le préjudice qui serait causé à l’intérêt du public dans l’équité du processus administratif, si les procédures suivaient leur cours, excéderait celui qui serait causé à l’intérêt du public dans l’application de la loi, s’il était mis fin à ces procédures » (Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 9-68). Le juge L’Heureux-Dubé affirme dans *Power*, précité, à la p. 616, que, d’après la jurisprudence, il y a « abus de procédure » lorsque la situation est à ce point viciée qu’elle constitue l’un des cas les plus manifestes. À mon sens, cela s’appliquerait autant à l’abus de procédure en matière administrative. Pour reprendre les termes employés par le juge L’Heureux-Dubé, il y a abus de procédure lorsque les procédures sont « injustes au point qu’elles sont contraires à l’intérêt de la justice » (p. 616). « Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares » (*Power*, précité, à la p. 616). Dans le contexte administratif, il peut y avoir abus de procédure lorsque la conduite est tout aussi oppressive.

[134] Le processus d’examen de la conduite judiciaire établi par le CCM vise en définitive la révocation d’un juge en raison de sa conduite. Dans l’arrêt *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 147, la Cour suprême du Canada définit la gravité de la conduite qui appelle la destitution :

[...] avant de formuler une recommandation de destitution à l’endroit d’un juge, doit-on se demander si la conduite qui lui est reprochée porte si manifestement et si totalement atteinte à l’impartialité, à l’intégrité et à l’indépendance de la magistrature qu’elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s’acquitter des fonctions de sa charge. [Non souligné dans l’original.]

[135] When analyzing whether the process of the CJC regarding the conduct of Justice Smith was so unfair as to constitute an abuse of process, this high standard should be kept in mind because, as is discussed below, the referral to the Review Panel can only be done if it is determined that the conduct may be serious enough to warrant removal from office.

[136] The submission of Justice Smith is that on the facts of this matter, the CJC misused its disciplinary procedure in a manner that is excessive and unreasonable, putting Justice Smith's livelihood and reputation at risk, causing him prejudice, and eroding public confidence in the judiciary and the fairness of the CJC's process. This is a serious allegation; however, on the record before me, I find that the CJC did misuse its disciplinary procedure in a manner that is excessive and unreasonable.

[137] I find that the CJC disciplinary procedure was misused from the beginning —when the Executive Director determined that Justice Smith accepting the appointment to the Law School was a matter that “warrants consideration.”

[138] Subject to my comments below at paragraphs 171 to 175, I take no issue with the Executive Director, on May 9, 2018, writing to Justice Smith, informing him that this appointment has come to his attention and that under section 4.2 of the Review Procedures, it appears to him to be a matter that may warrant consideration. Although he references “Media reports”, he attaches only one, a CBC web post that reports that Justice Smith has accepted the appointment.

[139] The Court notes that there is nothing in that attached report that criticises Justice Smith's conduct in accepting the position, nor is anything reported that is critical of the Law School appointing him on an interim basis. One part of the report sets out the position of some indigenous leaders about the conduct of the Law School, but this report does not show any objection by it to this appointment or to Justice Smith:

[135] Au moment d'analyser la question de savoir si le processus du CCM relativement à la conduite du juge Smith était tellement inéquitable qu'elle constitue un abus de procédure, il faut garder à l'esprit cette norme stricte, car, comme nous le verrons ci-dessous, le renvoi au Comité d'examen ne peut avoir lieu que s'il est conclu que la conduite du juge est possiblement assez grave pour justifier la révocation.

[136] Le juge Smith fait valoir que, vu les faits de l'espèce, le CCM a utilisé abusivement sa procédure disciplinaire de manière excessive et déraisonnable, compromettant le moyen de subsistance et la réputation du juge Smith, lui portant préjudice et minant la confiance du public dans le système judiciaire et l'équité de la procédure du CCM. Cette allégation est grave; toutefois, au vu du dossier dont je suis saisi, je conclus que le CCM a bel et bien utilisé abusivement sa procédure disciplinaire de manière excessive et déraisonnable.

[137] Je conclus que la procédure disciplinaire du CCM a été utilisée de manière abusive dès le début, lorsque le directeur administratif a conclu que l'acceptation par le juge Smith de sa nomination à la Faculté de droit était une question qui [TRADUCTION] « appelle un examen ».

[138] Concernant mes observations ci-dessous, aux paragraphes 171 à 175, je ne nie pas que le directeur administratif a écrit au juge Smith le 9 mai 2018 pour l'informer que sa nomination avait été portée à son attention et qu'aux termes de l'article 4.2 des Procédures d'examen, il lui semblait que la question pourrait appeler un examen. Bien qu'il fasse référence à des [TRADUCTION] « articles de presse », il n'en a joint qu'un seul, une publication Web de la CBC dans lequel il est rapporté que le juge Smith a accepté sa nomination.

[139] La Cour note que rien dans l'article joint ne constitue une critique de la conduite du juge Smith pour avoir accepté le poste ni de la Faculté de droit pour l'avoir nommé à un poste par intérim. La position de certains dirigeants autochtones relativement à la conduite de la Faculté de droit est mentionnée dans une partie de l'article, mais son auteur ne rapporte pas que la Faculté se soit opposée à sa nomination ou au juge Smith :

Since then indigenous leaders representing dozens of First Nations communities across northwestern Ontario called for “immediate change” at Lakehead University. They made several recommendations, including that Lakehead commit to appointing an Indigenous person as EagleWoman’s successor, that an independent review examine “all issues and allegations” raised by her and that appropriate measures are subsequently taken.

[140] In his letter to Justice Smith, the Executive Director writes, “In light of sections 54 and 55 of the Judges Act, and given the general duties and ethical obligations of judges, the information provided in these news reports brings me to the view that the situation may warrant consideration by Council.” Based on the single report attached to the letter, one can only conclude that the “situation” that concerned the Executive Director was that Justice Smith accepted this appointment.

[141] Indeed, that appears to be exactly how the Chief Justice, who was copied on the letter read it. She responds by letter of May 11, 2018, providing the background facts leading to the appointment. She provides the Executive Director with the letter from the Law School requesting Justice Smith to accept the appointment, the letter of the Chief Justice to the Minister of Justice concerning it, and the Minister’s response.

[142] Based on the record, these letters set out the facts on which the Executive Director made his decision that the matter warranted consideration by the CJC and, under section 4.3 of the Review Procedures, referred it to the Judicial Conduct Committee on May 16, 2018.

[143] Prior to making this determination, the Executive Director had to screen the matter as required under the Review Procedures. Indeed, in his affidavit, the Executive Director states that he refers every complaint or matter not falling within the exceptions described in section 5 of the Review Procedures, to the Chairperson of the Judicial Conduct Committee. Section 5 reads as follows:

[TRADUCTION] Depuis, des leaders autochtones représentant des dizaines de communautés autochtones dans le nord-ouest de l’Ontario ont réclamé un « changement immédiat » à l’Université Lakehead. Ils ont formulé plusieurs recommandations, préconisant notamment que Lakehead s’engage à nommer un Autochtone pour succéder à M^{me} EagleWoman, qu’il y ait un examen indépendant de « l’ensemble des problèmes et allégations » soulevés par M^{me} EagleWoman et que des mesures appropriées soient prises par la suite.

[140] Dans sa lettre au juge Smith, le directeur administratif observe : [TRADUCTION] « Compte tenu des articles 54 et 55 de la *Loi sur les juges* et des devoirs et obligations déontologiques généraux des juges, l’information fournie dans ces articles de presse me porte à croire que la situation pourrait appeler un examen du Conseil ». D’après l’unique article joint à la lettre, force est de conclure que la [TRADUCTION] « situation » qui préoccupait le directeur administratif était le fait que le juge Smith ait accepté sa nomination.

[141] En effet, il appert que c’est exactement de cette manière que l’a interprété la juge en chef, qui a reçu la lettre en copie conforme. Elle répond, dans une lettre du 11 mai 2018, en donnant la trame de fond factuelle de la nomination. Elle produit au directeur administratif la lettre de la Faculté de droit demandant au juge Smith d’accepter sa nomination, la lettre de la juge en chef à la ministre à cet égard et la réponse de la ministre.

[142] D’après le dossier, ces lettres font état des faits sur lesquels le directeur administratif s’est fondé pour rendre sa décision selon laquelle l’affaire appelait un examen par le CCM et, aux termes de l’article 4.3 des Procédures d’examen, renvoyer l’affaire au comité sur la conduite des juges le 16 mai 2018.

[143] Avant de prendre cette décision, le directeur administratif a dû examiner l’affaire, tel que cela est exigé dans les Procédures d’examen. En effet, dans son affidavit, le directeur administratif déclare qu’il renvoie chaque plainte ou affaire, qui ne relève pas des exceptions prévues par l’article 5 des Procédures d’examen, au président du comité sur la conduite des juges. L’article 5 est rédigé ainsi :

5. Early Screening Criteria

For the purposes of these Procedures, the following matters do not warrant consideration:

- (a) complaints that are trivial, vexatious, made for an improper purpose, are manifestly without substance or constitute an abuse of the complaint process;
- (b) complaints that do not involve conduct; and
- (c) any other complaints that are not in the public interest and the due administration of justice to consider.

[144] How did the Executive Director fail to conclude that it is “not in the public interest and the due administration of justice” to consider the matter of Justice Smith’s appointment?

[145] That question is asked because the information the Executive Director had leads me to only one conclusion; namely, that the referral to the Judicial Conduct Committee of the matter raised by the Executive Director himself was “not in the public interest and the due administration of justice to consider.” I arrive at that conclusion based on the following facts:

1. The Law School approached Justice Smith to consider the appointment, in part because of his “significant work with Indigenous communities” and his publications focused on Aboriginal Law in Canada;
2. Justice Smith immediately informed his Chief Justice that he had been contacted “out of the blue” with this request and that he would “accept a short term appointment with your approval and that of the Minister of Justice”;
3. The Chief Justice writes to the Minister of Justice setting out the facts, including the role being limited to academic leadership, describing this as a “very exceptional situation” and one which provides “an opportunity for our Court to respond positively to a number of Truth and

5. Critères d’examen préalable

Aux fins de ces procédures, les affaires suivantes ne justifient pas un examen :

- (a) Les plaintes qui sont futiles, vexatoires, faites dans un but inapproprié, sont manifestement sans fondement ou constituent un abus de la procédure des plaintes.
- (b) Les plaintes qui n’impliquent pas la conduite d’un juge; et
- (c) Toutes autres plaintes qu’il n’est pas dans l’intérêt public et la juste administration de la justice de considérer.

[144] Comment le directeur administratif a-t-il pu ne pas conclure qu’il n’était « pas dans l’intérêt public et la juste administration de la justice » de considérer l’affaire de la nomination du juge Smith?

[145] Cette question est posée, car l’information dont disposait le directeur administratif me porte à ne tirer qu’une seule conclusion, à savoir que le renvoi au comité sur la conduite des juges de la question soulevée par le directeur administratif lui-même n’était « pas dans l’intérêt public et la juste administration de la justice de considérer ». J’en arrive à cette conclusion compte tenu des faits suivants :

1. La Faculté de droit a demandé au juge Smith d’envisager la nomination en question, en partie en raison de son [TRADUCTION] « travail considérable auprès des collectivités autochtones » et ses publications sur le droit autochtone au Canada.
2. Le juge Smith a immédiatement informé sa juge en chef qu’on l’avait contacté pour lui faire cette demande [TRADUCTION] « de manière inattendue » et qu’il [TRADUCTION] « accepterait une nomination à court terme avec [son] approbation et celle de la ministre de la Justice ».
3. La juge en chef a écrit à la ministre de la justice pour lui exposer les faits, y compris le rôle limité à un leadership scolaire, parlant d’une [TRADUCTION] « situation tout à fait exceptionnelle » qui donne [TRADUCTION] « l’occasion à notre Cour de répondre positivement à plusieurs

Reconciliation Commission recommendations” and advising, “With your approval, I am anxious to authorize this special leave” (emphasis in original);

4. The Minister of Justice responds, “I have no concerns about your granting Justice Smith a ‘special leave’ ... as outlined in your letter [and] in the event that more than six months is required, I will consider any requests for additional leave”;
5. Justice Smith’s judicial colleagues in the Northwest Region support him being granted a leave to take this appointment; and
6. No complaint was made to the CJC by anyone at any time regarding the conduct of Justice Smith in accepting this appointment.

[146] There is nothing in the record explaining how and on what basis the Executive Director concluded that his referral to the Judicial Conduct Committee was in the public interest and the due administration of justice. The information disclosed to Justice Smith prior to the referral did not indicate any public debate or concern about the appointment, and the approval of his Chief Justice and Minister of Justice belie any suggestion that it affected the due administration of justice.

[147] Again, without evidence from the Executive Director we do not know what weight he placed on the Minister’s approval; however, based on his affidavit, I find that he gave it none. Regarding the Minister’s letter, he swears:

On 11 May 2018, the Applicant sent me an email attaching a letter from Chief Justice Heather Smith which he referred to as Leave of Absence Approval from Chief Justice Smith. On the same date, the Applicant sent another email attaching a letter from the Honourable Judy Wilson-Raybould, Minister of Justice and Attorney General of Canada (as she then was) which he referred to as a Letter of Approval of the Minister of Justice for

recommandations de la Commission de vérité et réconciliation », et avisant : [TRADUCTION] « Avec votre approbation, je souhaite vivement accorder ce congé spécial » (souligné dans l’original).

4. La ministre de la Justice a répondu : [TRADUCTION] « Je ne vois aucun problème à ce que vous accordiez au juge Smith un congé spécial [...] comme vous l’avez exposé dans votre lettre [et] si cela devait durer plus de six mois, j’examinerai toute demande de prorogation du congé ».
5. Les confrères du juge Smith dans la région du nord-ouest lui ont apporté leur soutien concernant l’octroi d’un congé pour qu’il accepte sa nomination.
6. Aucune plainte n’a jamais été déposée auprès du CCM par quiconque concernant la conduite du juge Smith en acceptant sa nomination.

[146] Rien dans le dossier ne permet d’expliquer pourquoi et sur quel fondement le directeur administratif a conclu que son renvoi au comité sur la conduite des juges servait l’intérêt public et la bonne administration de la justice. Aucun débat public ni aucun problème concernant cette nomination n’ont été mentionnés dans l’information communiquée par le juge Smith avant le renvoi et l’approbation de sa juge en chef et de la ministre de la Justice dément toute indication qu’elle ait eu une incidence sur la bonne administration de la justice.

[147] Une fois encore, sans preuve du directeur administratif, nous ne savons pas le poids qu’il a accordé à l’autorisation de la ministre. Toutefois, d’après son affidavit, je conclus qu’il n’y a accordé aucun poids. Concernant la lettre de la ministre, il a déclaré sous serment :

[TRADUCTION] Le 11 mai 2018, le demandeur m’a envoyé un courriel auquel était jointe une lettre de la juge en chef Heather Smith qu’il a intitulée [TRADUCTION] Congé accordé par la juge en chef Smith. Le même jour, le demandeur a envoyé un autre courriel auquel était jointe une lettre de l’honorable Judy Wilson-Raybould, ministre de la Justice et procureur général du Canada (tel était alors son titre) qu’il a intitulé [TRADUCTION] Lettre d’autorisation

Secondment as (Interim) Dean. The Minister’s letter did not indicate that the Minister has made any decision in respect of the matter, but that the Minister recognized that the authority to grant leave for less than six months rested with Chief Justice Smith. The Minister concluded her letter thus: “I would encourage the university to move quickly in appointing a permanent Dean, both to ensure long-term leadership for the Faculty of Law, and to minimize Justice Smith’s time away from his regular duties as a supernumerary judge.” [Emphasis added.]

[148] The following underlined passages of the Minister’s letter are not referred to by Mr. Sabourin, and in my view, clearly show that the Minister made a decision, namely, that she has no concerns about the appointment and will consider an extension if asked:

As Chief Justice, you have the authority to grant Justice Smith a “special leave” under the *Judges Act*, for a period up to six months. I also understand that Justice Smith’s judicial colleagues in the Northwest Region are supportive of his taking a “special leave” in order to accept this position.

I have no concerns about your granting Justice Smith a “special leave” from June 2018 to November 2018, as outlined in your letter. In the event that more than six months is required, I will consider any requests for additional leave at the appropriate time. I would encourage the university to move quickly in appointing a permanent Dean, both to ensure long-term leadership for the Faculty of Law, and to minimize Justice Smith’s time away from his regular duties as a supernumerary judge. [Emphasis added.]

[149] The CJC and the Attorney General, echoing Mr. Sabourin, both submit that the response by the Minister was not an “approval” of the leave being granted. I disagree. The Chief Justice explicitly asked for the Minister’s “approval” of her granting the leave. The Minister responded that she had no concerns with the leave being granted. The leave was granted by the Chief Justice who obviously considered the Minister’s response to indicate approval. Further, Justice Smith indicated that he would accept the assignment with the approval of his Chief Justice and the Minister of Justice, and so he too viewed this as ministerial approval as he accepted the appointment.

de la ministre de la Justice pour un détachement de doyen (par intérim). Dans la lettre de la ministre, il n’était pas précisé que la ministre avait pris une décision concernant l’affaire, mais il était mentionné que la ministre reconnaissait que la juge en chef Smith avait le pouvoir d’accorder un congé de moins de six mois. La ministre a conclu sa lettre ainsi : [TRADUCTION] « J’encouragerais l’Université à nommer rapidement un doyen permanent, à la fois pour assurer la direction à long terme de la Faculté de droit et pour réduire le temps que le juge Smith ne consacrerait à ses fonctions de juge surnuméraire. » [Non souligné dans l’original.]

[148] Les passages soulignés qui suivent, tirés de la lettre de la ministre, ne sont pas invoqués par M. Sabourin, et à mon avis, il en ressort clairement que la ministre a pris une décision, à savoir qu’elle ne voyait aucun problème à la nomination en question et qu’elle envisagerait une prorogation, le cas échéant :

[TRADUCTION] En tant que juge en chef, la *Loi sur les juges* vous confère le pouvoir d’accorder au juge Smith un « congé spécial » d’une durée maximale de six mois. Je comprends aussi que les confrères du juge Smith, dans la région du nord-ouest, le soutiennent dans sa décision de prendre un « congé spécial » afin d’accepter ce poste.

Je ne vois aucun problème à ce que vous accordiez au juge Smith un « congé spécial » de juin à novembre 2018, comme vous l’indiquez dans votre lettre. Advenant que plus de six mois soient nécessaires, j’examinerai toute demande de congé supplémentaire en temps utile. J’encouragerai l’Université à nommer rapidement un doyen permanent, à la fois pour assurer la direction à long terme de la Faculté de droit et pour réduire le temps que le juge Smith ne consacrerait pas à ses fonctions de juge surnuméraire. [Non souligné dans l’original.]

[149] Le CCM et le procureur général, comme M. Sabourin, ont soutenu tous deux que la réponse de la ministre ne constituait pas une [TRADUCTION] « approbation » du congé accordé. Je ne suis pas de cet avis. La juge en chef a explicitement demandé à la ministre son [TRADUCTION] « approbation » concernant son octroi du congé. La ministre a répondu qu’elle ne voyait aucun problème à ce que le congé en question soit accordé. Ce congé a été accordé par le juge en chef qui a évidemment inférée de la réponse de la ministre une approbation. En outre, le juge Smith a indiqué qu’il accepterait son affectation avec l’approbation de sa juge en chef et de la ministre de la Justice; il a donc considéré lui aussi qu’il

[150] The position that there was no ministerial approval on these facts is absurd. If the Minister was not approving, then it was simple enough for her to say so. She did not. Moreover, she expressed a willingness to consider an extension which is not what one would expect from someone opposed to the initial leave. Apprised of all the facts, the Minister had no concerns.

[151] I find that the Minister's letter indicated her approval.

[152] Consider an analogy. A teenager who has a 10 p.m. curfew approaches father seeking a later curfew as the child and friends are going to a movie that runs longer than usual. Father says he is inclined to approve, but that they need to speak to mother. They go to mother to discuss the request and she responds that father can grant the request and she has no concerns. She adds that if the child is going to be later than an hour to seek her approval for an extension. On this basis, the child goes to the movie and arrives home 30 minutes past her 10 p.m. curfew. Is there anyone who would think it fair if the mother were to ground the child for having been 30 minutes late because she did not grant her approval? Can anyone seriously suggest that the mother had not made a decision on the request and had not approved it?

[153] The Court is equally troubled by the treatment Pidgeon A.C.J. gives to the approval of the Minister. In his decision to refer the matter to the Review Panel, he writes of the Minister's letter that she had "unofficially" approved the leave to allow Justice Smith to serve as Interim Dean. He writes [at page 5 of the reasons for referral]:

.... In my view, Chief Justice Heather Smith's consent and support for Justice P. Smith's leave of absence, and the Minister of Justice's apparent lack of concern, are simply factors to be weighed in assessing the nature and gravity of Justice Patrick Smith's conduct, and whether this conduct is appropriate. [Emphasis added.]

s'agissait d'une approbation ministérielle lorsqu'il a accepté la nomination.

[150] La thèse selon laquelle ces faits n'ont pas fait l'objet d'une approbation ministérielle est absurde. Si la ministre ne les approuvait pas, elle aurait alors facilement pu le dire. Elle ne l'a pas fait. En outre, elle a exprimé la volonté d'examiner une demande de prorogation, ce à quoi on ne s'attendrait pas de la part de quelqu'un qui s'est opposé au congé initial. Au courant de tous les faits, la ministre n'y a vu aucun problème.

[151] Je conclus que la ministre a donné son approbation dans sa lettre.

[152] Examinons une analogie. Une adolescente dont le couvre-feu est établi à 22h demande à son père un couvre-feu plus tardif, comme l'enfant et ses amis vont voir un film qui dure plus longtemps que d'habitude. Le père dit qu'il veut bien l'autoriser, mais qu'ils doivent en parler à la mère. Ils vont trouver la mère pour discuter de la demande et elle répond que le père peut donner son autorisation et qu'elle n'y voit aucun problème. Elle ajoute que si l'enfant prévoit rentrer plus d'une heure plus tard que prévu, elle doit demander l'autorisation de prolonger le couvre-feu. Ainsi, l'enfant va voir le film et rentre chez elle 30 minutes après son couvre-feu de 22 h. Quelqu'un penserait-il qu'il serait juste que la mère punisse l'enfant pour être rentrée 30 minutes en retard, car elle n'avait pas donné son accord? Peut-on sérieusement affirmer que la mère n'avait pas pris de décision quant à la demande et ne l'avait pas approuvée?

[153] Notre Cour est également troublée par le traitement réservé par le juge en chef associé Pidgeon à l'approbation de la ministre. Dans sa décision de renvoyer l'affaire au Comité d'examen, il dit que dans sa lettre, la ministre avait [TRADUCTION] « officieusement » approuvé le congé afin de permettre au juge Smith d'intervenir à titre de doyen par intérim. Voici ce qu'il écrit [à la page 5 des motifs du renvoi] :

[...] À mon avis, le consentement et le support de la juge en chef Smith sont simplement des facteurs à soulever dans l'évaluation de la nature et la gravité de la conduite du juge Patrick Smith, et si cette conduite est appropriée. [Non souligné dans l'original.]

[154] My view, as earlier stated, is that the Minister's approval cannot be reasonably said to be "unofficial" simply because she did not expressly use the word "approved." Second, it is not an honest description of the Minister's actions to describe them as an "apparent lack of concern" when she expressly writes, "I have no concerns." She is to be taken at her word.

[155] It is unclear to me what Pidgeon A.C.J. means when he writes that these approvals are factors to be weighed in assessing whether Justice Smith's "conduct is appropriate." Pidgeon A.C.J. referred the matter to the Review Panel. Under section 8.2(d) of the Review Procedures, he could do that only if he "determines that the matter may be serious enough to warrant the removal of the judge."

[156] Counsel for Justice Smith submits that the CJC "pursued Justice Smith knowing that the Minister of Justice had already approved of his actions." She says that "it is inconceivable that the Minister of Justice would make an address to both Houses of Parliament asking ... for Justice Smith's removal on the basis of actions that he took with her express approval."

[157] I agree.

[158] Under section 8.2(d) of the Review Procedures, the Chairman of the Judicial Conduct Committee may "refer the matter to a Panel, in accordance with subsection 2(1) of the By-laws, if the Chairperson determines that the matter may be serious enough to warrant the removal of the judge." How, one must ask, could Pidgeon A.C.J. determine that the matter may be serious enough to warrant the removal of Justice Smith when removal will never occur?

[159] As in the case of the Executive Director, he could only have made this decision based on his improper characterization of the Minister's approval.

[154] À mon avis, comme je l'ai signalé plus tôt, on ne peut pas raisonnablement dire que l'approbation de la ministre a été donnée [TRADUCTION] « officieusement » simplement parce qu'elle n'a pas expressément utilisé le mot [TRADUCTION] « approuvé ». Ensuite, il n'est pas honnête de qualifier les actions de la ministre dans la version anglaise des motifs d'[TRADUCTION] « apparente indifférence », alors qu'elle déclare expressément [TRADUCTION] « [j]e ne vois aucun problème ». Il faut la prendre au mot.

[155] Je comprends difficilement ce que le juge en chef associé Pidgeon a voulu dire quand il a écrit que ces approbations constituent des facteurs à soulever dans l'appréciation visant à déterminer si cette [TRADUCTION] « conduite est appropriée ». Le juge en chef associé Pidgeon a renvoyé l'affaire au Comité d'examen. Aux termes du paragraphe 8.2d) des Procédures d'examen, il ne pouvait le faire que s'il « décide que l'affaire peut être suffisamment sérieuse pour justifier la révocation du juge ».

[156] L'avocate du juge Smith soutient que le CCM [TRADUCTION] « a poursuivi le juge Smith en sachant que la ministre de la Justice avait déjà approuvé ses actions ». Elle dit qu'[TRADUCTION] « il est inconcevable que la ministre de la Justice s'adresse aux deux chambres du Parlement pour leur demander [...] la révocation du juge Smith en raison d'actions qu'il a entreprises avec son approbation expresse ».

[157] J'abonde dans le même sens.

[158] Aux termes du paragraphe 8.2d) des Procédures d'examen, le président du comité sur la conduite des juges peut « déférer le dossier à un comité d'examen, conformément au sous-paragraphe 2(1) du règlement, s'il décide que l'affaire peut être suffisamment sérieuse pour justifier la révocation du juge ». Il convient de rechercher comment le juge en chef associé Pidgeon a pu conclure que l'affaire pouvait être suffisamment sérieuse pour justifier la révocation du juge Smith alors que cette révocation n'aura jamais lieu?

[159] Comme dans le cas du directeur administratif, il n'a pu prendre cette décision que sur le fondement de sa mauvaise interprétation de l'approbation de la ministre.

[160] In addition to the improper decision of the Executive Director that the matter “warrants consideration” there is evidence in the record that Justice Smith was also denied procedural fairness by the Executive Director.

[161] As noted above, the only information Justice Smith had as to the substance of the matter was the initial letter of the Executive Director attaching one web page reporting that he had accepted the appointment, and his reference to sections 54 and 55 of the *Judges Act* and “the general duties and obligations of judges.” However, Pidgeon A.C.J., in his reasons for referring the matter to the Review Panel, indicates that other material was before the Executive Director which guided his actions and decisions. He writes [at page 2]:

Following Justice Smith’s appointment as Interim Dean, First Nations leaders were upset and criticized the lack of prior consultation and failure to follow the recommendations of the national advisory committee on aboriginal issues. They called on the university to rescind the appointment.

On 9 May 2018, given the public comments made in response to the statements made by First Nations chiefs, the Executive Director of the Canadian Judicial Council wrote to Justice Patrick Smith and his Chief Justice to obtain more information. [Emphasis added.]

[162] None of this information was provided to Justice Smith. Specifically, he was not informed of the Executive Director’s concerns about the call for him to resign, nor was he provided with any of the “public comments” made in response to statements made by First Nations chiefs, nor those statements.

[163] Procedural fairness dictates that one is entitled to know the case to be met. This is a fundamental procedural right that the Executive Director failed to give to Justice Smith.

[164] A finding of judicial misconduct may result in the removal of the judge from office. In *Baker v. Canada*

[160] Outre la mauvaise décision du directeur administratif selon laquelle l’affaire [TRADUCTION] « justifie un examen », il ressort de certains éléments de preuve au dossier que le juge Smith a aussi été privé d’équité procédurale de la part du directeur administratif.

[161] Comme je l’ai signalé ci-dessus, le seul renseignement dont disposait le juge Smith quant au fond de l’affaire était la première lettre du directeur administratif à laquelle était jointe une page Web où il était rapporté qu’il avait accepté sa nomination, son invocation des articles 54 et 55 de la *Loi sur les juges* et des [TRADUCTION] « devoirs et obligations généraux des juges ». Toutefois, le juge Pidgeon, dans ses motifs de renvoi de l’affaire au Comité d’examen, indique que le directeur administratif disposait d’autres documents sur lesquels il a fondé ses actions et ses décisions. Voici ce qu’il observe [à la page 1] :

À la suite de la nomination du juge Smith comme doyen par intérim, des leaders autochtones, mécontents, ont dénoncé l’absence de consultation préalable et le non-respect des recommandations du Comité national consultatif sur les questions autochtones et ont demandé à la direction de l’université d’annuler cette nomination.

Le 9 mai 2018, suite au tollé médiatique soulevé, à la suite des déclarations des chefs des bandes autochtones, le directeur exécutif du Conseil canadien de la magistrature a écrit au juge Smith ainsi qu’à son juge en chef afin d’obtenir plus de renseignements. [Non souligné dans l’original.]

[162] Aucun de ces renseignements n’a pas été communiqué au juge Smith. Plus précisément, il n’a pas été informé des préoccupations du directeur administratif concernant son appel à la démission et n’a non plus rien reçu au sujet des [TRADUCTION] « commentaires publics » aillant accueilli les déclarations des chefs des premières nations ni ces déclarations.

[163] L’équité procédurale commande que l’intéressé a le droit d’avoir connaissance des moyens qui lui sont opposés. Il s’agit d’un droit procédural fondamental que le directeur administratif n’a pas respecté en ce qui concerne le juge Smith.

[164] Un constat d’inconduite judiciaire peut donner lieu à la révocation d’un juge. Dans l’arrêt *Baker c. Canada*

(Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, 1999 CanLII 699, the Supreme Court observed that the duty of procedural fairness is flexible and variable and depends on an appreciation of many matters. These were said to include: (1) the nature of the decision being made and process followed in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates; (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) the choices of procedure made by the agency itself.

[165] Specifically, at paragraph 25, it was observed, “The importance of a decision to the individuals affected ... constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.” That factor alone, in the context of a complaint regarding judicial conduct, points to the CJC being required to accord a judge significant procedural fairness.

[166] If the real concern of the Executive Director was the adverse reaction of some First Nations chiefs to his appointment, then Justice Smith was entitled to know that and respond to it. In an affidavit filed in this application, Justice Smith describes the response he would have provided if this were the concern.

[167] Justice Smith submits that the decision(s) to refer his acceptance of the appointment in the face of the approvals received and the lack of public complaint was done for an improper purpose. He points to statements made by the CJC in three publications:

1. The CJC Press Release [“Canadian Judicial Council review of a matter involving the Honourable Patrick Smith”] of October 3, 2018, announcing that the matter had been referred to the Review Panel, which says:

Council believes that all judges, and the public alike, will benefit from greater clarity regarding the permissible scope of activities for judges outside their normal judicial duties.

(Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699, la Cour suprême a observé que l’obligation d’équité procédurale est souple et variable et repose sur l’appréciation de plusieurs questions. Elles comprennent notamment : 1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; 2) la nature du régime législatif et les textes législatifs en cadrant l’organisme; 3) l’importance de la décision pour les personnes visées; 4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; 5) les choix de procédure que l’organisme fait lui-même.

[165] Plus précisément, la Cour a observé au paragraphe 25 : « L’importance d’une décision pour les personnes visées a [...] une incidence significative sur la nature de l’obligation d’équité procédurale. » Selon ce seul facteur, dans le cadre d’une plainte concernant la conduite d’un juge, que le CCM doit accorder au juge une équité procédurale stricte.

[166] Si la véritable inquiétude du directeur administratif était la réaction défavorable de certains chefs de Premières Nations à l’égard de cette nomination, le juge Smith avait alors le droit de le savoir et d’y répondre. Dans un affidavit produit dans le cadre de la présente procédure, le juge Smith fait état de la réponse qu’il aurait donnée si telle avait été l’inquiétude.

[167] Le juge Smith soutient que la décision de déférer son acceptation de la nomination en dépit des approbations reçues et de l’absence de plaintes publiques a été prise dans un but illégitime. Il attire notre attention sur des déclarations faites par le CCM dans trois publications :

1. Le communiqué de presse du CCM [« Examen par le Conseil canadien de la magistrature concernant l’honorable Patrick Smith »] du 3 octobre 2018 annonçant que l’affaire a été renvoyée au Comité d’examen, rédigé ainsi :

Le Conseil estime que tous les juges, ainsi que le public, bénéficieront d’une plus grande clarté quant aux activités acceptables des juges en dehors de leurs fonctions judiciaires normales.

2. The report [“Judge fights against disciplinary body’s ruling that said he engaged in misconduct” by Michelle McQuigge] in *The Star* [*Toronto Star*] of September 27, 2018, in which the Executive Director is quoted as saying: “We believe that all judges would benefit from clarity in this regard;” and
2. L’article paru dans le [*Toronto Star*] du 27 septembre 2018 [« Judge fights against disciplinary body’s ruling that said he engaged in misconduct » par Michelle McQuigge], dans lequel le directeur administratif est cité pour avoir déclaré : [TRADUCTION] « [n]ous pensons que tous les juges tireront profit de précisions à cet égard ».
3. An article in *The Lawyer’s Daily* of October 4, 2018 [“Canadian judges rally around judge facing discipline for accepting interim law dean post at Lakehead University” by Cristin Schmitz], in which the Executive Director is quoted as saying with respect to the referral to the Review Panel, “This will greatly assist [the judicial] council, and its Independence Committee, in its ongoing work of revising *Ethical Principles for Judges*, a project that is expected to be completed in the fall of 2019.”
3. Un article paru dans *The Lawyer’s Daily* du 4 octobre 2018 [« Canadian judges rally around judge facing discipline for accepting interim law dean post at Lakehead University » par Cristin Schmitz], dans lequel le directeur administratif est cité pour avoir déclaré, relativement au renvoi au Comité d’expert [TRADUCTION] : « [c]e sera d’une grande aide au Conseil [de la magistrature] et à son Comité sur l’indépendance, dans son travail de révision continu des *Principes de déontologie judiciaire*, un projet qui doit être achevé à l’automne 2019 ».

[168] Counsel for Justice Smith makes the following submission, with which I entirely agree:

The purpose of judicial conduct proceedings is not to provide “clarity” to judges and the public. By improperly wielding its authority over Justice Smith in this way, including unreasonably and unnecessarily finding that he contravened s. 55 of the *Judges Act*, the Council abused its process. To the extent the Council wanted to provide such guidance, it should have done so through means other than launching frivolous and unfounded misconduct proceedings against Justice Smith.

[169] Accordingly, I conclude that the initial referral to the Judicial Conduct Committee by the Executive Director failed to accord with the procedures established by the CJC. It was not a matter that warranted consideration, and the referral was done in a procedurally unfair manner as Justice Smith was not informed of the Executive Director’s real concerns. I further find that the referral to the Review Panel failed to accord with the procedures established by the CJC in finding, based on an improper characterization of the Minister’s consent, that “the matter may be serious enough to warrant removal of the judge.” I further find that the review

[168] Les avocats du juge Smith ont fait l’observation suivante à laquelle je souscris entièrement :

[TRADUCTION] Le but des procédures relatives à la conduite des juges n’est pas d’apporter des « précisions » aux juges et au public. En exerçant indûment son autorité sur le juge Smith de cette manière, y compris en concluant de manière déraisonnable et non nécessaire qu’il a manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges*, le Conseil a abusé de sa procédure. Dans la mesure où le Conseil souhaitait offrir un encadrement, il aurait dû le faire autrement qu’en intentant une procédure frivole et infondée alléguant l’inconduite du juge Smith.

[169] Par conséquent, je conclus que le renvoi au comité sur la conduite des juges par le directeur administratif n’était pas conforme aux procédures établies par le CCM. L’affaire n’appelait aucun examen et le renvoi a été fait de manière inéquitable sur le plan de la procédure puisque le juge Smith n’a pas été informé des véritables préoccupations du directeur administratif. Je conclus en outre que le renvoi au Comité d’examen n’était pas conforme aux procédures établies par le CCM concernant la conclusion, fondée sur une mauvaise interprétation du consentement de la ministre, portant que l’affaire peut être suffisamment sérieuse pour justifier

of Justice Smith's acceptance of the appointment was made, at least in part, for an improper purpose.

[170] I find that the CJC process involving Justice Smith was unfair to the point that it is contrary to the interests of justice. It was an abuse of process.

[171] Before concluding, I wish to address the submission made by The Canadian Superior Courts Judges Association that it was not proper for the Executive Director "to initiate a complaint." It points out that as the Executive Director has responsibility to conduct an initial screening that cannot occur in any meaningful fashion if he is also the person initiating the complaint. It submits that this circumstance results in the judge being denied "this essential procedural safeguard and, as in this case, be called to account for conduct that could not reasonably have led to removal."

[172] In *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714, the Federal Court of Appeal, at paragraph 77 commented on the advantages of the screening procedure:

In practical terms, the screening procedure followed for an ordinary complaint under subsection 63(2) of the *Judges Act* is advantageous from the point of view of the judge for three reasons. First, it permits the resolution of a complaint without publicity. Second, it permits the summary dismissal of an unmeritorious complaint. Third, it permits the early resolution of a complaint by remedial measures, without the establishment of an Inquiry Committee.

[173] Provided the Executive Director assiduously applies the same review procedure to a matter he raises on his own as he does to complaints made by others, this concern does not seem to arise.

[174] Nonetheless, the Court finds that in raising matters on his own in the absence of any complaint from the public, the Executive Director would be well advised seriously to consider whether to do so.

la révocation du juge ». Je conclus, en outre, que l'examen de l'acceptation de la nomination du juge a été effectué, au moins en partie, à des fins illégitimes.

[170] Je conclus que le processus du CCM concernant le juge Smith était inéquitable au point d'être contraire à l'intérêt de la justice. Il y a eu abus de procédure.

[171] Avant de conclure, je souhaite discuter l'observation faite par l'Association canadienne des juges des cours supérieures selon laquelle il n'était pas opportun pour le directeur administratif [TRADUCTION] « de présenter une plainte ». Elle souligne qu'il incombait au directeur administratif d'effectuer un premier examen préalable qui ne peut pas être fait efficacement s'il est aussi celui qui présente la plainte. Elle soutient qu'en raison de cette situation, le juge a été privé de [TRADUCTION] « cette garantie procédurale essentielle et, comme en l'espèce, appelé à rendre compte d'une conduite qui n'aurait pu raisonnablement donner lieu à une révocation ».

[172] Dans l'arrêt *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714, au paragraphe 77, la Cour d'appel fédérale s'est exprimée sur les avantages d'une procédure d'examen préalable :

En pratique, la procédure d'examen préalable qui est suivie pour une plainte ordinaire relevant du paragraphe 63(2) de la *Loi sur les juges* est avantageuse du point de vue du juge, et cela pour trois raisons. D'abord, elle permet la résolution d'une plainte sans publicité. Deuxièmement, elle permet le rejet sommaire d'une plainte qui est sans fondement. Troisièmement, elle permet la résolution rapide d'une plainte à l'aide de mesures correctives, sans que soit créé un comité d'enquête.

[173] Si le directeur administratif applique scrupuleusement la même procédure d'examen à une affaire qu'il soulève de sa propre initiative, comme il le fait pour les plaintes déposées par d'autres personnes, cette préoccupation n'a pas d'importance.

[174] Néanmoins, notre Cour conclut qu'en soulevant des affaires de sa propre initiative en l'absence de plainte du public, il serait judicieux, de la part du directeur administratif, de réfléchir sérieusement s'il doit, ou non, agir en ce sens.

[175] It is not as if the public never complains about judicial conduct. Evidence in the record shows that prior to 2005–2006 more than 150 complaints were filed annually. This suggests that if the Executive Director is raising a matter that is not the subject of a complaint, it ought to be of sufficient gravity to warrant that action. In that regard the Executive Director ought to weigh the conduct against the test set by the Supreme Court of Canada for conduct worthy of removal from the bench. Although that ultimate decision is not his to make, he ought to be convinced that it could result in such a finding. Here, in light of the approval of the Minister of Justice, removal action by the Minister of Justice was inconceivable.

C. What is the Appropriate Remedy?

[176] Justice Smith seeks the following by way of remedy:

- (a) A declaration that Justice Smith did not contravene section 55 of the *Judges Act*;
- (b) An order quashing the Letter of Concern; and
- (c) An order that the entry about the Council’s actions in this matter on its website be changed to conform to this Court’s decision and order.

[177] Typically, on a successful judicial review application, the decision under review is quashed and the matter referred back for a new decision. The remedy sought cannot be granted unless the Court finds that there is only one reasonable interpretation of the *Judges Act* and Justice Smith’s actions do not breach it.

[178] The Supreme Court of Canada at paragraph 124 of *Vavilov*, recognized that a court might make a finding of statutory interpretation in a judicial review application, such as that here:

[175] Ce n’est pas comme si le public ne se plaignait jamais de la conduite des juges. Selon les éléments de preuve au dossier, avant 2005–2006, plus de 150 plaintes étaient déposées chaque année. On peut donc conclure que si le directeur administratif soulève une affaire qui ne fait pas l’objet d’une plainte, il faut qu’elle soit suffisamment grave pour justifier cette démarche. À cet égard, le directeur administratif doit apprécier la conduite de l’intéressé selon le critère consacré par la Cour suprême du Canada relativement à une conduite justifiant une révocation. Bien qu’il ne lui revient pas de prendre cette décision, il doit être convaincu que cette conclusion pourrait être tirée. En l’espèce, compte tenu de l’approbation de la ministre de la Justice, la mesure de révocation à l’initiative de la ministre de la Justice était inconcevable.

C. Quel est la mesure appropriée?

[176] Le juge Smith sollicite les mesures suivantes :

- a) une déclaration portant que le juge Smith n’a pas manqué à l’article 55 de la *Loi sur les juges*;
- b) une ordonnance annulant la lettre de préoccupation;
- c) une ordonnance portant que la mention des actions du Conseil dans cette affaire sur son site Web soit modifiée pour être conforme à la décision et à l’ordonnance de notre Cour.

[177] En principe, lorsqu’est accueillie une demande de contrôle judiciaire, la décision attaquée est annulée et l’affaire est renvoyée pour nouvelle décision. La mesure demandée ne peut pas être accordée à moins que la Cour conclue qu’il n’y a qu’une seule interprétation raisonnable de la *Loi sur les juges* et que les actions du juge Smith n’y étaient pas contraires.

[178] Au paragraphe 124 de l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême du Canada a reconnu que le juge peut se prononcer sur l’interprétation d’une loi dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire, comme en l’espèce :

Finally, even though the task of a court conducting a reasonableness review is *not* to perform a *de novo* analysis or to determine the “correct” interpretation of a disputed provision, it may sometimes become clear in the course of reviewing a decision that the interplay of text, context and purpose leaves room for a single reasonable interpretation of the statutory provision, or aspect of the statutory provision, that is at issue: *Dunsmuir*, at paras. 72-76. One case in which this conclusion was reached was *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. v. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 FCA 52, in which Laskin J.A., after analyzing the reasoning of the administrative decision maker (at paras. 26-61 (CanLII)), held that the decision maker’s interpretation had been unreasonable, and, furthermore, that the factors he had considered in his analysis weighed so overwhelmingly in favour of the opposite interpretation that that was the only reasonable interpretation of the provision: para. 61. As discussed below, it would serve no useful purpose in such a case to remit the interpretative question to the original decision maker. Even so, a court should generally pause before definitively pronouncing upon the interpretation of a provision entrusted to an administrative decision maker. [Emphasis in original.]

[179] In this case, taking into account all of the factors in reviewing the reasonableness of the interpretation the Review Panel gave to section 55 of the *Judges Act*, I see this to be one of those situations where the analysis weighs overwhelmingly in favour of a different interpretation. Moreover, using the modern principle of interpretation, it is the only reasonable interpretation of section 55 of the *Judges Act*.

[180] It was never the intention of Parliament in enacting section 55, to prohibit judges from all non-judicial activities, and a reasonable interpretation must accord with that intention. Moreover, it has always been the intention of Parliament that section 55 prohibits judges from taking on employment in a commercial, private or political capacity, i.e. in businesses or occupations, and that is so whether the judge is sitting or on leave. A sitting judge is permitted to engage in non-commercial activities that do not impair his or her ability to perform judicial duties. Where the non-commercial activities duties cannot be performed without impairing the judge’s ability to sit, the judge must obtain a leave of absence from his chief justice or Minister of Justice under section 54.

Enfin, même si la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable *ne* doit *pas* procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l’interprétation « correcte » d’une disposition contestée, il devient parfois évident, lors du contrôle de la décision, que l’interaction du texte, du contexte et de l’objet ouvrent la porte à une seule interprétation raisonnable de la disposition législative en cause ou de l’aspect contesté de celle-ci : *Dunsmuir*, par. 72-76. Cette conclusion a été tirée notamment dans l’arrêt *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. c. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 CAF 52, où, après avoir analysé le raisonnement du décideur administratif (par. 26-61 (CanLII)), le juge Laskin a statué que l’interprétation de ce décideur était déraisonnable et, en outre, que les facteurs dont il a tenu compte militaient si fortement en faveur de l’interprétation contraire qu’elle constituait la seule interprétation raisonnable de la disposition en cause : par. 61. Comme nous l’expliquerons plus loin, il ne servirait à rien de renvoyer la question de l’interprétation au décideur initial en pareil cas. Par contre, les cours de justice devraient généralement hésiter à se prononcer de manière définitive sur l’interprétation d’une disposition qui relève de la compétence d’un décideur administratif. [Italiques dans l’original.]

[179] En l’espèce, en tenant compte de tous les facteurs lors de l’examen du caractère raisonnable de l’interprétation du Comité d’examen relativement à l’article 55 de la *Loi sur les juges*, je suis d’avis qu’il s’agit de l’une de ces cas où l’analyse penche lourdement en faveur d’une interprétation différente. En outre, selon le principe d’interprétation moderne, telle est la seule interprétation raisonnable de l’article 55 de la *Loi sur les juges*.

[180] En adoptant l’article 55, le législateur n’a jamais eu l’intention d’interdire aux juges toute activité non judiciaire, et une interprétation raisonnable du texte doit être conforme à cette intention. Par ailleurs, le législateur a toujours voulu que l’article 55 interdise aux juges d’occuper des fonctions de nature commerciale, privée ou politique, c’est-à-dire une activité, et il en est ainsi que le juge siège ou qu’il soit en congé. Un juge en exercice est autorisé à entreprendre des activités non commerciales qui ne l’empêchent pas d’exercer ses fonctions judiciaires. Lorsque ces activités non commerciales ne peuvent être menées sans que soit entravée la capacité du juge d’exercer ses fonctions, il doit obtenir un congé auprès de son juge en chef ou du ministre de la Justice au titre de l’article 54.

[181] In my view, that is the only reasonable interpretation of sections 54 and 55, based on the text of those sections, their statutory context, and their legislative history. That does not mean that a judge can be authorized to engage in any non-judicial activity that falls outside the scope of section 55 with impunity. There may be circumstances where an otherwise permissible activity the judge wishes to do may raise ethical concerns. As an example, a judge accepting a teaching assignment or writing a legal text may run afoul of his or her ethical obligations if he or she expresses a legal opinion on matters or issues that may later come before the judge. For this reason, judges wishing to engage in such acceptable activities ought to have a full and frank discussion of the role with their chief justice, and be prepared to step out of the role should any conflict with ethical duties present themselves.

[182] In light of this interpretation, the declarations Justice Smith seeks are appropriate, as nothing will be gained by sending this matter back to the CJC for consideration.

[183] All parties agreed that there should be no order made as to costs.

[184] Before concluding, I wish to thank all counsel for their precise and thoughtful written and oral submissions. They have greatly assisted me in my deliberations. This has been a challenging application; it has occupied a very significant portion of my time. The conclusions reached and findings made are the only ones available to me based on the evidence and the law.

JUDGMENT IN T-1713-18 (T-2055-18)

THIS COURT ORDERS that:

1. These applications for judicial review are allowed;
2. The decision of the Judicial Conduct Review Panel dated November 5, 2018, is quashed;

[181] À mon avis, telle est la seule interprétation raisonnable des articles 54 et 55, compte tenu de leur libellé, leur contexte législatif et les travaux préparatoires. Cela ne veut pas dire qu'un juge peut être autorisé à prendre part à toute activité non judiciaire qui n'est pas visée par l'article 55 en toute impunité. Il peut y avoir certaines circonstances dans lesquelles une activité par ailleurs permise, qu'un juge souhaite entreprendre, peut donner lieu à des problèmes déontologiques. Par exemple, le juge qui accepte qu'on lui confie une tâche d'enseignement ou la rédaction d'un traité juridique peut manquer à ses obligations de déontologie s'il exprime un avis juridique sur des affaires ou des questions qui peuvent ultérieurement être soulevées devant lui. Pour cette raison, les juges qui souhaitent entreprendre des activités acceptables doivent discuter ouvertement et loyalement de leur rôle avec leur juge en chef et être prêts à renoncer à ce rôle en cas de conflit avec leurs obligations déontologiques.

[182] Compte tenu de cette interprétation, les déclarations que demande le juge Smith sont appropriées, vu que le renvoi de la présente affaire au CCM aux fins de réexamen ne sera d'aucune utilité.

[183] Il n'est pas controversé entre les parties qu'aucuns dépens ne sont adjugés.

[184] Avant de conclure, je souhaite remercier tous les avocats de leurs observations écrites et verbales réfléchies et précises. Elles m'ont beaucoup aidé dans mes délibérations. La présente procédure s'est avérée complexe et m'a pris beaucoup de temps. Les conclusions que je tire sont les seules possibles, compte tenu des éléments de preuve et du droit.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER T-1713-18 (T-2055-18)

LA COUR ORDONNE :

1. Les présentes demandes de contrôle judiciaire sont accueillies.
2. La décision du Comité d'examen de la conduite judiciaire du 5 novembre 2018 est annulée.

- | | |
|---|--|
| <p>3. The letter dated November 6, 2018, from Associate Chief Justice Pidgeon in his capacity as Vice-Chairperson of the Judicial Conduct Committee of the Canadian Judicial Council which relies on the decision of the Judicial Conduct Review Panel, is quashed;</p> | <p>3. La lettre datée du 6 novembre 2018 du juge en chef associé Pidgeon, en sa qualité de vice-président du comité sur la conduite des juges du Conseil canadien de la magistrature fondée sur la décision du Comité d'examen de la conduite judiciaire, est annulée.</p> |
| <p>4. Justice Patrick Smith was denied procedural fairness in the Canadian Judicial Council process considering his conduct in accepting the appointment as Interim Dean (Academic) at Bora Laskin Faculty of Law at Lakehead University, and it was an abuse of process;</p> | <p>4. Le juge Patrick Smith a été privé d'équité procédurale dans le processus du Conseil canadien de la magistrature visant à examiner sa conduite, en acceptant la nomination de doyen par intérim (universitaire) à la Faculté de droit Bora Laskin de l'Université Lakehead, et cela constitue un abus de procédure.</p> |
| <p>5. The Court declares that Justice Patrick Smith in accepting the appointment of Interim Dean (Academic) at Bora Laskin Faculty of Law at Lakehead University did not breach section 55 of the <i>Judges Act</i>, R.S.C., 1985, c. J-1, nor did he breach his judicial ethics;</p> | <p>5. La Cour déclare que le juge Patrick Smith, en acceptant la nomination de doyen par intérim (universitaire) à la Faculté de droit Bora Laskin de l'Université Lakehead, n'a pas manqué à l'article 55 de la <i>Loi sur les juges</i>, L.R.C. (1985), ch. J-1 et qu'il n'a pas non plus manqué à la déontologie judiciaire.</p> |
| <p>6. The Canadian Judicial Council, within 10 days of this decision, shall post a copy of this judgment and reasons on its website, and shall provide a reference to it on all of its descriptions, references, reports, and decisions relating to its review of the conduct of Justice Patrick Smith; and</p> | <p>6. Le Conseil canadien de la magistrature, dans un délai de 10 jours à compter de la présente décision, devra afficher la copie du présent jugement et ses motifs sur son site Web, et en fournira la référence dans l'ensemble de ses exposés, renvois, rapports et décisions portant sur son examen de la conduite du juge Patrick Smith.</p> |
| <p>7. There is no order as to costs.</p> | <p>7. Aucuns dépens ne sont adjugés.</p> |

APPENDIX A

Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1

Leave of absence

54 (1) No judge of a superior court shall be granted leave of absence from his or her judicial duties for a period

(a) of six months or less, except with the approval of the chief justice of the superior court; or

(b) of more than six months, except with the approval of the Governor in Council.

ANNEXE A

Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1

Congés

54 (1) Les congés demandés par des juges des juridictions supérieures sont subordonnés :

a) s'ils sont de six mois ou moins, à l'autorisation du juge en chef de la juridiction supérieure en cause;

b) s'ils sont de plus de six mois, à l'autorisation du gouverneur en conseil.

...

[...]

EXTRA-JUDICIAL EMPLOYMENT

Judicial duties exclusively

55 No judge shall, either directly or indirectly, for himself or herself or others, engage in any occupation or business other than his or her judicial duties, but every judge shall devote himself or herself exclusively to those judicial duties.

Acting as commissioner, etc.

56 (1) No judge shall act as commissioner, arbitrator, adjudicator, referee, conciliator or mediator on any commission or on any inquiry or other proceeding unless

(a) in the case of any matter within the legislative authority of Parliament, the judge is by an Act of Parliament expressly authorized so to act or the judge is thereunto appointed or so authorized by the Governor in Council; or

(b) in the case of any matter within the legislative authority of the legislature of a province, the judge is by an Act of the legislature of the province expressly authorized so to act or the judge is thereunto appointed or so authorized by the lieutenant governor in council of the province.

...

Authorization

56.1 (1) Notwithstanding section 55, Madam Justice Louise Arbour of the Ontario Court of Appeal is authorized to take a leave from her judicial duties to serve as Prosecutor of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia and of the International Tribunal for Rwanda.

...

PART II

Canadian Judicial Council

...

FONCTIONS EXTRAJUDICIAIRES

Incompatibilités

55 Les juges se consacrent à leurs fonctions judiciaires à l'exclusion de toute autre activité, qu'elle soit exercée directement ou indirectement, pour leur compte ou celui d'autrui.

Qualité de commissaire

56 (1) Les juges ne peuvent faire fonction de commissaire, d'arbitre, de conciliateur ou de médiateur au sein d'une commission ou à l'occasion d'une enquête ou autre procédure que sur désignation expresse :

a) par une loi fédérale ou par une nomination ou autorisation à cet effet du gouverneur en conseil, s'il s'agit d'une question relevant de la compétence législative du Parlement;

b) par une loi provinciale ou par une nomination ou autorisation à cet effet du lieutenant-gouverneur en conseil de la province, s'il s'agit d'une question relevant de la compétence législative de la législature d'une province.

[...]

Autorisation

56.1 (1) Par dérogation à l'article 55, madame la juge Louise Arbour, de la Cour d'appel de l'Ontario, est autorisée à exercer les fonctions de procureur du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda.

[...]

PARTIE II

Conseil canadien de la magistrature

[...]

Objects of Council

60 (1) The objects of the Council are to promote efficiency and uniformity, and to improve the quality of judicial service, in superior courts.

Powers of Council

(2) In furtherance of its objects, the Council may

...

(c) make the inquiries and the investigation of complaints or allegations described in section 63; and

...

Inquiries concerning Judges**Inquiries**

63 (1) The Council shall, at the request of the Minister or the attorney general of a province, commence an inquiry as to whether a judge of a superior court should be removed from office for any of the reasons set out in paragraphs 65(2)(a) to (d).

Investigations

(2) The Council may investigate any complaint or allegation made in respect of a judge of a superior court.

Mission du Conseil

60 (1) Le Conseil a pour mission d'améliorer le fonctionnement des juridictions supérieures, ainsi que la qualité de leurs services judiciaires, et de favoriser l'uniformité dans l'administration de la justice devant ces tribunaux.

Pouvoirs

(2) Dans le cadre de sa mission, le Conseil a le pouvoir :

[...]

c) de procéder aux enquêtes visées à l'article 63;

[...]

Enquêtes sur les juges**Enquêtes obligatoires**

63 (1) Le Conseil mène les enquêtes que lui confie le ministre ou le procureur général d'une province sur les cas de révocation au sein d'une juridiction supérieure pour tout motif énoncé aux alinéas 65(2)a) à d).

Enquêtes facultatives

(2) Le Conseil peut en outre enquêter sur toute plainte ou accusation relative à un juge d'une juridiction supérieure.

A-348-18
2020 FCA 90

A-348-18
2020 CAF 90

Lawyers' Professional Indemnity Company
(Appellant)

v.

Her Majesty the Queen (Respondent)

**INDEXED AS: LAWYERS' PROFESSIONAL INDEMNITY
COMPANY v. CANADA**

Federal Court of Appeal, Stratas, Laskin and
Mactavish J.J.A.—Toronto, October 17, 2019; Ottawa,
May 19, 2020.

Income Tax — Exemptions — Appeal from Tax Court of Canada decision finding that while Law Society of Ontario “public body”, not performing “function of government in Canada” — Consequently, income earned by appellant, subsidiary of Law Society of Ontario, not exempt from taxation for its 2013, 2014 taxation years — Income Tax Act (ITA), s. 149(1)(d.5) exempting from taxation income earned by certain corporations owned by “public bod[ies] performing a function of government in Canada” — Appellant asserting that Tax Court erred in law in concluding that Law Society of Ontario not “public body performing a function of government in Canada” — Whether Tax Court erring in its interpretation of ITA, s. 149(1)(d.5) — Consideration of text, context, purpose of s. 149(1)(d.5) leading to conclusion that Law Society not “public body performing a function of government in Canada” — As subsidiary of Law Society, appellant thus not entitled to benefit of ITA, s. 149(1)(d.5) — This conclusion strengthened when regard had to purpose of that provision — Clear from legislative history that 2013 amendment to ITA, s. 149(1)(d.5) adding reference to “a municipal or public body performing a function of government in Canada” made to resolve conflicting case law — Moreover, 2013 amendment not meant to be so broad as creating new tax exemption for corporations owned by professional regulators — Amendment simply recognizing there may be other bodies of local nature that perform type of function typically performed by municipalities, provide type of services usually provided by municipalities — Law Society's primary focus on regulation of legal profession in Ontario, not providing type of services typically provided by municipalities or municipal bodies in localized geographical area — Allowing income earned by appellant to be subject to federal income tax not offending principle of tax immunity extended to provincial governments, municipalities, municipal bodies, public bodies that perform similar functions through collection, use of public funds — Appeal dismissed.

Lawyers' Professional Indemnity Company
(appelante)

c.

Sa Majesté la Reine (intimée)

**RÉPERTORIÉ : LAWYERS' PROFESSIONAL INDEMNITY
COMPANY c. CANADA**

Cour d'appel fédérale, les juges Stratas, Laskin et
Mactavish, J.C.A.—Toronto, 17 octobre 2019; Ottawa,
19 mai 2020.

Impôt sur le revenu — Exemptions — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a estimé que, même si le Barreau de l'Ontario était un « organisme public », il n'exerçait pas « une fonction gouvernementale au Canada » — Par conséquent, les revenus gagnés par l'appelante, une filiale du Barreau de l'Ontario, n'étaient pas exonérés de l'impôt pour ses années d'imposition 2013 et 2014 — Aux termes de l'art. 149(1)d.5) de la Loi de l'impôt sur le revenu (la LIR), les revenus gagnés par certaines sociétés appartenant à des « organisme[s] [...] public[s] remplissant une fonction gouvernementale au Canada » sont exonérés d'impôt — L'appelante a fait valoir que la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit en concluant que le Barreau de l'Ontario n'était pas un « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » — Il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de l'art. 149(1)d.5) de la LIR — L'examen du texte, du contexte et de l'objet de l'art. 149(1)d.5) a permis de conclure que le Barreau n'est pas « un organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » — En tant que filiale du Barreau, l'appelante n'avait donc pas le droit d'invoquer à son profit l'art. 149(1)d.5) de la LIR — Cette conclusion est renforcée lorsque l'on tient compte de l'objet de la disposition — Il ressort clairement du contexte législatif que la modification de 2013 de l'art. 149(1)d.5) ayant permis le renvoi à « un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » a été apportée pour résoudre un conflit entre certaines décisions — De plus, la modification de 2013 n'était pas censée être si large qu'elle créerait une toute nouvelle exonération fiscale pour les sociétés appartenant à des organismes de réglementation professionnelle — La modification reconnaît simplement qu'il peut y avoir d'autres organismes de nature locale qui remplissent le type de fonctions habituellement exercées par les municipalités et fournissent le type de services qui sont

Constitutional Law — Intergovernmental immunity from taxation — Tax Court of Canada concluding that income earned by appellant, subsidiary of Law Society of Ontario, not exempt from taxation for its 2013, 2014 taxation years given that parent, Law Society of Ontario, not performing “function of government in Canada” pursuant to Income Tax Act (ITA), s. 149(1)(d.5) — Whether Tax Court erring in its interpretation of ITA, s. 149(1)(d.5) — Rationale underlying original enactment of ITA, s. 149(1)(d.5) being to give effect to constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation found in Constitution Act, 1867, s. 125 — S. 125 existing to prevent one level of government from appropriating to own use property of other or fruits of that property — How Parliament chose to implement purpose in ITA significant in present case — Overall structure of ITA pointing to specific, carefully drawn pockets of exemptions rather than to broad, open-ended categories exempting all kinds of entities from taxation — While enactment of ITA, s. 149(1)(d.5) was to give effect to constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation, just one of several provisions in ITA that serve such purpose — Moreover, when read in particular legislative context, meaning of phrase as appearing in s. 149(1)(d.5) not extending to include self-regulating professional bodies such as Law Society of Ontario.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision finding that while the Law Society of Ontario was a “public body”, it did not perform “a function of government in Canada”. Consequently, the Court concluded that income earned by the appellant, a subsidiary of the Law Society of Ontario, was not exempt from taxation for its 2013 and 2014 taxation years. Paragraph 149(1)(d.5) of the *Income Tax Act* (ITA) exempts from taxation income earned by certain corporations owned by “public bod[ies] performing a function of government in Canada”. The appellant appealed that judgment asserting that the Tax Court erred in law in concluding that the

habituellement fournis par les municipalités — Le Barreau se concentre principalement sur la réglementation de la profession juridique en Ontario, et ne fournit pas le type de services qui sont généralement fournis par les municipalités ou les organismes municipaux dans une zone géographique localisée — Le fait de permettre que les revenus gagnés par l’appelante soient assujettis à l’impôt fédéral sur le revenu n’enfreint pas le principe de l’immunité fiscale accordée aux gouvernements provinciaux, aux municipalités, aux organismes municipaux et aux organismes publics qui exercent des fonctions similaires en percevant et en utilisant des fonds publics — Appel rejeté.

Droit constitutionnel — Immunité intergouvernementale contre la taxation — La Cour canadienne de l’impôt a conclu que les revenus gagnés par l’appelante, une filiale du Barreau de l’Ontario, n’étaient pas exonérés de l’impôt pour ses années d’imposition 2013 et 2014 étant donné que la société mère de l’appelante, le Barreau de l’Ontario, ne remplissait pas « une fonction gouvernementale au Canada » aux termes de l’art. 149(1)d.5 de la Loi de l’impôt sur le revenu (LIR) — Il s’agissait de savoir si la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation de l’art. 149(1)d.5 de la LIR — La raison d’être de la promulgation initiale de l’art. 149(1)d.5 de la LIR était de permettre la mise en application du principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale, énoncé à l’art. 125 de la Loi constitutionnelle de 1867 — L’art. 125 vise à empêcher un palier de gouvernement de s’approprier, pour son propre usage, les biens de l’autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens — La manière dont le législateur a choisi de mettre en œuvre cet objectif dans la LIR était importante en l’espèce — La structure globale de la LIR fait ressortir des dispositions d’exemptions ponctuelles précises et soigneusement rédigées plutôt que des catégories larges et ouvertes qui exonèrent de l’impôt tous les types d’entités — Si l’adoption de l’art. 149(1)d.5 de la LIR devait donner effet au principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale, ce n’est qu’une des nombreuses dispositions de la LIR qui atteint cet objectif — En outre, lorsque l’expression, telle qu’elle figure à l’art. 149(1)d.5, est lue dans son contexte législatif particulier, son sens ne vise pas les organismes professionnels d’autoréglementation, tels que le Barreau de l’Ontario.

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour canadienne de l’impôt a estimé que, même si le Barreau de l’Ontario était un « organisme public », il n’exerçait pas « une fonction gouvernementale au Canada ». Par conséquent, la Cour a conclu que les revenus gagnés par l’appelante, une filiale du Barreau de l’Ontario, n’étaient pas exonérés de l’impôt pour ses années d’imposition 2013 et 2014. Aux termes de l’alinéa 149(1)d.5 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la LIR), les revenus gagnés par certaines sociétés appartenant à des « organisme[s] [...] public[s] remplissant une fonction gouvernementale au Canada » sont exonérés

Law Society of Ontario was not a “public body performing a function of government in Canada”. The respondent submitted that when read textually, contextually and purposively, the provision of the ITA at issue in this appeal limits the tax exemption to entities owned by municipalities, municipal bodies and other public bodies analogous to municipalities and municipal bodies and that self-regulating professional bodies such as the Law Society of Ontario and their for-profit subsidiaries did not fall within that provision.

Lawyers and paralegals practicing in the Province of Ontario are regulated by the Law Society of Ontario. The Law Society was founded by an Act of the Legislative Assembly to serve the people of Ontario and to defend and maintain constitutional principles. The appellant is a Canadian-controlled private corporation for the purposes of the ITA. It is an insurance company, licensed to operate in Ontario, carrying on under the trade name “LawPRO” (appellant). The appellant was incorporated by the Law Society in 1990, and the Society owns at least 90 percent of the appellant’s capital. The appellant provides mandatory professional liability insurance for lawyers and paralegals licensed by the Law Society who engage in the practice of law in Ontario. It realized revenues of approximately \$124 million in 2013 and \$143 million in 2014. The Law Society has in the past claimed an exemption from income tax as a qualifying non-profit organization, which exemption the Tax Court assumed was pursuant to paragraph 149(1)(l) of the ITA. The appellant filed tax returns for its 2013 and 2014 taxation years asserting that it qualified for the exemption provided for in paragraph 149(1)(d.5) of the ITA, on the basis that its parent—the Law Society—was a “public body performing a function of government in Canada”. The appellant was initially assessed as filed for its 2013 and 2014 taxation years. However, in October of 2015, the Minister of National Revenue reassessed the appellant for these taxation years, denying it the paragraph 149(1)(d.5) exemption. The Minister confirmed the reassessments in January of 2016 and the appellant then appealed from these reassessments.

On appeal, the Tax Court had to determine whether during the 2013 and 2014 taxation years, the appellant was exempt from taxation pursuant to paragraph 149(1)(d.5) of the ITA. This required it to determine whether the Law Society, as the appellant’s parent, was a “public body performing a function of government in Canada”. While the Tax Court was satisfied that the Law Society was indeed a “public body”, it was not

d’impôt. L’appelante a interjeté appel à l’encontre de ce jugement, faisant valoir que la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en concluant que le Barreau de l’Ontario n’était pas un « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». L’intimée a soutenu que, lorsqu’elle est interprétée de manière textuelle, contextuelle et téléologique, la disposition de la LIR en cause dans le présent appel limite l’exonération fiscale aux entités appartenant aux municipalités, aux organismes municipaux et aux autres organismes publics analogues aux municipalités et aux organismes municipaux et que les organismes professionnels d’autoréglementation, tels que le Barreau de l’Ontario, et leurs filiales à but lucratif ne relèvent pas de cette disposition.

Les avocats et les parajuristes exerçant dans la province de l’Ontario sont encadrés par le Barreau de l’Ontario. Le Barreau a été créé par une loi de l’Assemblée législative pour servir la population de l’Ontario et défendre et maintenir des principes constitutionnels. L’appelante est une société privée sous contrôle canadien aux fins de la LIR. Il s’agit d’une société d’assurance, autorisée à exercer ses activités en Ontario, et qui exerce ses activités sous le nom commercial « LawPRO » (appelante). L’appelante a été constituée en société par le Barreau en 1990, et le Barreau détient au moins 90 p. 100 du capital de l’appelante. L’appelante offre une assurance-responsabilité professionnelle obligatoire aux avocats et aux parajuristes autorisés par le Barreau à pratiquer le droit en Ontario. Elle a réalisé des revenus d’environ 124 millions de dollars en 2013 et 143 millions de dollars en 2014. Le Barreau a par le passé demandé une exonération de l’impôt sur le revenu en tant qu’organisme à but non lucratif admissible, exonération que la Cour de l’impôt a supposé être conforme à l’alinéa 149(1)l) de la LIR. L’appelante a produit des déclarations de revenus pour ses années d’imposition 2013 et 2014 en faisant valoir qu’elle était admissible à l’exonération prévue à l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR, au motif que sa société mère, le Barreau, était un « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». Les cotisations de l’appelante ont été initialement établies selon ses déclarations de revenus produites pour les années d’imposition 2013 et 2014. Cependant, en octobre 2015, le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations à l’égard de l’appelante pour ces années d’imposition en lui refusant l’exonération d’impôt prévue aux termes de l’alinéa 149(1)d.5). Le ministre a ratifié les nouvelles cotisations en janvier 2016 et l’appelante a porté ces nouvelles cotisations en appel.

En appel, la question dont a été saisie la Cour de l’impôt était de savoir si, au cours des années d’imposition 2013 et 2014, l’appelante était exonérée de l’impôt aux termes de l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR. La Cour de l’impôt devait donc décider si le Barreau, en tant que société mère de l’appelante, était « un organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». La Cour de l’impôt a conclu que

persuaded that the Law Society performed “a function of government in Canada”. The Tax Court concluded that a public body only performs a function of government in its specific geographical area if it performs the function in question as part of the governance of the public located in that specific area. It further found that the Law Society of Ontario does not govern the public in Ontario and that the functions that it performs do not constitute “functions of government”. As a result, the Tax Court concluded that the appellant was not entitled to the paragraph 149(1)(d.5) exemption.

The issue was whether the Tax Court erred in its interpretation of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA.

Held, the appeal should be dismissed.

While provincial law societies unquestionably fulfill an important role in Canadian society, it did not necessarily follow that the Law Society is a “public body performing a function of government in Canada” for the purposes of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA. A consideration of the text, context and purpose of paragraph 149(1)(d.5) led to the conclusion that the Law Society is not a “public body performing a function of government in Canada”. As a subsidiary of the Law Society, the appellant was thus not entitled to the benefit of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA.

The terms “municipality”, “municipal body ... performing a function of government” or “public body performing a function of government” are not defined in the ITA. The meaning of these expressions was not clear and unequivocal. In particular, the phrase “public body performing a function of government in Canada” could support more than one reasonable meaning. However, if the scope of the phrase “public body performing a function of government in Canada” in paragraph 149(1)(d.5) were as broad as the appellant stated it was, it would not have been necessary for Parliament to have included the words “a municipal or” in the phrase “a municipal or public body performing a function of government in Canada”.

The rationale underlying the original enactment of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA was to give effect to the constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation, which is found in section 125 of the *Constitution Act, 1867*. Section 125 exists to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property (*Canada (Attorney General) v. British Columbia Investment Management Corp.*). How Parliament chose to implement this purpose in the ITA was significant in this case. The overall structure of the ITA points to specific,

le Barreau était bien un « organisme public », mais elle n'était pas convaincue que le Barreau remplissait « une fonction gouvernementale au Canada ». La Cour de l'impôt a conclu qu'un organisme public remplit une fonction gouvernementale dans sa zone géographique précise seulement s'il remplit la fonction en question dans le cadre de la gouvernance du public qui se trouve dans cette zone géographique précise. Elle a également conclu que le Barreau de l'Ontario ne gouverne pas le public en Ontario et que les fonctions qu'elle exerce ne constituent pas des « fonctions gouvernementales ». En conséquence, la Cour de l'impôt a conclu que l'appelante n'avait pas droit à l'exemption prévue à l'alinéa 149(1)(d.5).

Il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa 149(1)(d.5) de la LIR.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Les barreaux provinciaux jouent incontestablement un rôle important dans la société canadienne, mais il ne s'ensuit pas nécessairement que le Barreau est un « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » aux fins de l'alinéa 149(1)(d.5) de la LIR. L'examen du texte, du contexte et de l'objet de l'alinéa 149(1)(d.5) a permis de conclure que le Barreau n'est pas « un organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». En tant que filiale du Barreau, l'appelante n'avait donc pas le droit d'invoquer à son profit l'alinéa 149(1)(d.5) de la LIR.

Les mots et expressions « municipalité », « organisme municipal [...] remplissant une fonction gouvernementale » ou « organisme public remplissant une fonction gouvernementale » ne sont pas définis dans la LIR. La signification de ces expressions n'était pas claire et sans équivoque. Plus précisément, l'expression « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » peut avoir plus d'un sens raisonnable. Toutefois, si la portée de l'expression « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » à l'alinéa 149(1)(d.5) était aussi large que le dit l'appelante, il n'aurait pas été nécessaire que le législateur inclue les mots « municipal ou » dans l'expression « un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

La raison d'être de la promulgation initiale de l'alinéa 149(1)(d.5) de la LIR était de permettre la mise en application du principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale, énoncé à l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 125 vise à empêcher un palier de gouvernement de s'approprier, pour son propre usage, les biens de l'autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens (*Canada (Procureur général) c. British Columbia Investment Management Corp.*). La manière dont le législateur a choisi de mettre en œuvre cet objectif dans la LIR était importante

carefully drawn pockets of exemptions rather than to broad, open-ended categories that exempt all kinds of entities from taxation, as the appellant argued. While the enactment of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA was to give effect to the constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation, it is just one of several provisions in the ITA that serve this purpose. To be consistent with the architecture of the ITA, paragraph 149(1)(d.5) should not be interpreted in the broad manner urged on by the appellant. Moreover, when read in its particular legislative context, the meaning of the phrase as it appears in paragraph 149(1)(d.5) does not extend to include self-regulating professional bodies such as the Law Society of Ontario.

This conclusion as to the proper interpretation of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA is strengthened when regard is had to the purpose of the provision. This is especially so given the circumstances that led up to the 2013 amendment to paragraph 149(1)(d.5) that added the phrase “municipal or public body performing a function of government in Canada”. It was clear from the legislative history that the 2013 amendment to paragraph 149(1)(d.5) adding the reference to “a municipal or public body performing a function of government in Canada” was made to resolve conflicting case law. Moreover, there was no suggestion in the legislative history relating to paragraph 149(1)(d.5) of the ITA that the 2013 amendment was meant to be so broad as to create an entirely new tax exemption for corporations owned by professional regulators. The 2013 amendment to paragraph 149(1)(d.5) of the ITA simply recognized that there may be other bodies of a local nature that perform the type of function typically performed by municipalities and provide the type of services that are usually provided by municipalities. The primary focus of the Law Society is on the regulation of the legal profession in Ontario, and it does not provide the type of services that are typically provided by municipalities or municipal bodies in a localized geographical area. Therefore, it is not a “public body performing a function of government in Canada” for the purposes of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA. Allowing income earned by the appellant to be subject to federal income tax did not offend the principle of tax immunity extended to provincial governments, municipalities, municipal bodies and public bodies that perform similar functions through the collection and use of public funds.

en l'espèce. La structure globale de la LIR fait ressortir des dispositions d'exemptions ponctuelles précises et soigneusement rédigées plutôt que des catégories larges et ouvertes qui exonèrent de l'impôt tous les types d'entités, comme l'appelante l'a prétendu. Si l'adoption de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR devait donner effet au principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale, ce n'est qu'une des nombreuses dispositions de la LIR qui atteint cet objectif. Pour être conforme à l'architecture de la LIR, l'alinéa 149(1)d.5) ne devrait pas recevoir l'interprétation large que l'appelante exhortait à adopter. En outre, lorsque l'expression, telle qu'elle figure à l'alinéa 149(1)d.5), est lue dans son contexte législatif particulier, son sens ne vise pas les organismes professionnels d'autoréglementation, tels que le Barreau de l'Ontario.

Cette conclusion quant à la bonne interprétation de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR est renforcée lorsque l'on tient compte de l'objet de la disposition. C'est particulièrement le cas, compte tenu des circonstances qui ont mené à la modification de l'alinéa 149(1)d.5) en 2013 par l'ajout de la phrase « organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». Il ressort clairement du contexte législatif que la modification de 2013 de l'alinéa 149(1)d.5) ayant permis le renvoi à « un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » a été apportée pour résoudre un conflit entre certaines décisions. De plus, rien dans le contexte législatif relatif à l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR n'indique que la modification de 2013 était censée être si large qu'elle créerait une toute nouvelle exonération fiscale pour les sociétés appartenant à des organismes de réglementation professionnelle. La modification de 2013 apportée à l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR reconnaît simplement qu'il peut y avoir d'autres organismes de nature locale qui remplissent le type de fonctions habituellement exercées par les municipalités et fournissent le type de services qui sont habituellement fournis par les municipalités. Le Barreau se concentre principalement sur la réglementation de la profession juridique en Ontario, et ne fournit pas le type de services qui sont généralement fournis par les municipalités ou les organismes municipaux dans une zone géographique localisée. Il n'est donc pas un « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » aux fins de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR. Le fait de permettre que les revenus gagnés par l'appelante soient assujettis à l'impôt fédéral sur le revenu n'enfreint pas le principe de l'immunité fiscale accordée aux gouvernements provinciaux, aux municipalités, aux organismes municipaux et aux organismes publics qui exercent des fonctions similaires en percevant et en utilisant des fonds publics.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An act for the better regulating of the practice of law,
S.U.C. 1797 (37 George III), c. 13.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

An act for the better regulating of the practice of law,
S.U.C. 1797 (37 George III), ch. 13.

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].
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. 125.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 27, 67.6, 149.
Income Tax Act (The), S.C. 1948, c. 52, s. 57(1)(c).
Income Tax Amendments Act, 1997, S.C. 1998, c. 19.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 14, 17.
Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, ss. 4.1, 4.2, 5(4), 61.
Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 984, 985.
Trade Marks Act, R.S.C. 1970, c. T-10, s. 9(1)(n)(iii).

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 125.
Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu, L.C. 1998, ch. 19.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 27, 67.6, 149.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1948, ch. 52, art. 57(1)c).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 14, 17.
Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 4.1, 4.2, 5(4), 61.
Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 984, 985.
Loi sur les marques de commerce, S.R.C. 1970, ch. T-10, art. 9(1)n)(iii).

CASES CITED

APPLIED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

CONSIDERED:

Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Assn., [1983] 1 F.C. 692, (1982), 139 D.L.R. (3d) 190 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. British Columbia Investment Management Corp.*, 2019 SCC 63, 441 D.L.R. (4th) 197; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Otineka Development Corporation Ltd. v. Canada* (1994), 94 D.T.C. 1234, [1994] 1 C.T.C. 2424 (T.C.C.); *Tawich Development Corporation v. Quebec (Deputy Minister of Revenue)* (2000), 98 A.C.W.S. (3d) 1134, [2000] 3 C.N.L.R. 383, 2000 CanLII 9283 (Que. C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted [2001] 1 S.C.R. xviii.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, (1999), 179 D.L.R. (4th) 577; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118, 16 D.L.R. (4th) 489 (Div. Ct.); *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772; *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 2)* (2000), 48 O.R. (3d) 329, 188 D.L.R. (4th) 613 (C.A.), affd 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2018

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Reg. des marques de comm. c. Association olympique canadienne, [1983] 1 C.F. 692 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. British Columbia Investment Management Corp.*, 2019 CSC 63; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Otineka Development Corporation Ltd. c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 23 (QL) (C.C.I.); *Corp. de développement Tawich c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2000 CanLII 9283, [2000] J.Q. n° 1552 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2001] 1 R.C.S. xviii.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118, 16 D.L.R. (4th) 489 (C. div.); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772; *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 2)* (2000), 48 O.R. (3d) 329, 188 D.L.R. (4th) 613 (C.A.), conf. par 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 33, [2018] 2 R.C.S. 453; *Bell ExpressVu Limited*

SCC 33, [2018] 2 S.C.R. 453; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182, [1966] 1 All E.R. 114 (H.L.); *Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530, [1949] 2 All E.R. 452 (H.L.); *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386 (C.A.), *sub nom. Brill v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2, 1996 CarswellNat 1856 (WL Can); *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 61 D.L.R. (4th) 725; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, (1982), 136 D.L.R. (3d) 385.

AUTHORS CITED

Canada. Department of Finance. *Explanatory Notes Relating to the Income Tax Act, the Excise Tax Act and Related Acts and Regulations*. Ottawa, October 2012.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2018 TCC 194, [2019] 4 C.T.C. 2038) finding that while the Law Society of Ontario was a “public body”, it did not perform “a function of government in Canada” and that consequently, income earned by the appellant, a subsidiary of the Law Society of Ontario, was not exempt from taxation under the *Income Tax Act* for its 2013 and 2014 taxation years. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Mark Gelowitz, Hemant Tilak and Pooja Mihailovich for appellant.
Justine Malone and Kaylee Silver for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MACTAVISH J.A.: The *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, (5th Supp.), c. 1, paragraph 149(1)(d.5) (ITA [or the Act]) exempts from taxation income earned by certain corporations owned by “public bod[ies] performing a

Partnership c. Rex, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182, [1966] 1 All E.R. 114 (H.L.); *Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530, [1949] 2 All E.R. 452 (H.L.); *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386 (C.A.); *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère des Finances. *Notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur la taxe d'accise et des textes connexes*. Ottawa, octobre 2012.

APPEL interjeté contre une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (2018 CCI 194) a estimé que, même si le Barreau de l'Ontario était un « organisme public », il n'exerçait pas « une fonction gouvernementale au Canada » et que, par conséquent, les revenus gagnés par l'appelante, une filiale du Barreau de l'Ontario, n'étaient pas exonérés de l'impôt aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour ses années d'imposition 2013 et 2014. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Mark Gelowitz, Hemant Tilak et Pooja Mihailovich pour l'appelante.
Justine Malone et Kaylee Silver pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour l'appelante.
La sous-procureure-générale du Canada pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Aux termes de l'alinéa 149(1)d.5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la LIR [ou la Loi]), les revenus gagnés par certaines sociétés appartenant à des

function of government in Canada”. In a decision reported as 2018 TCC 194, [2019] 4 C.T.C. 2038, the Tax Court of Canada found that while the Law Society of Ontario was a “public body”, it did not perform “a function of government in Canada”. Consequently, the Court concluded that income earned by the Lawyers’ Professional Indemnity Company, a subsidiary of the Law Society of Ontario, was not exempt from taxation for its 2013 and 2014 taxation years.

[2] The Lawyers’ Professional Indemnity Company appeals from the Tax Court’s judgment, asserting that the Court erred in law in concluding that the Law Society of Ontario was not a “public body performing a function of government in Canada”.

[3] The Crown submits that, when read textually, contextually and purposively, the provision of the *Income Tax Act* at issue in this appeal limits the tax exemption to entities owned by municipalities, municipal bodies and other public bodies analogous to municipalities and municipal bodies, such as entities charged with governance over a localized geographical area, that govern the public. According to the Crown, self-regulating professional bodies such as the Law Society of Ontario and their for-profit subsidiaries do not fall within that provision.

[4] For the reasons that follow, I conclude that the statutory provision at issue in this case should be interpreted in the manner suggested by the Crown. Consequently, I would dismiss the appeal.

I. Background

[5] Lawyers and paralegals practicing in the Province of Ontario are regulated by the Law Society of Ontario (formerly the Law Society of Upper Canada). The Law Society was founded by an Act of the Legislative Assembly to serve the people of Ontario and to defend and maintain constitutional principles such as the cause of justice and the rule of law: *An act for the*

« organisme[s] [...] public[s] remplissant une fonction gouvernementale au Canada » sont exonérés d’impôt. Dans une décision publiée sous la référence 2018 CCI 194, la Cour canadienne de l’impôt a estimé que, même si le Barreau de l’Ontario était un « organisme public », il n’exerçait pas « une fonction gouvernementale au Canada ». Par conséquent, la Cour a conclu que les revenus gagnés par la Lawyers’ Professional Indemnity Company, une filiale du Barreau de l’Ontario, n’étaient pas exonérés de l’impôt pour ses années d’imposition 2013 et 2014.

[2] La Lawyers’ Professional Indemnity Company interjette appel à l’encontre du jugement de la Cour de l’impôt, faisant valoir que la Cour a commis une erreur de droit en concluant que le Barreau de l’Ontario n’était pas un « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

[3] La Couronne soutient que, lorsqu’elle est interprétée de manière textuelle, contextuelle et téléologique, la disposition de la *Loi sur l’impôt sur le revenu* en cause dans le présent appel limite l’exonération fiscale aux entités appartenant aux municipalités, aux organismes municipaux et aux autres organismes publics analogues aux municipalités et aux organismes municipaux, tels que les entités responsables de la gouvernance d’une zone géographique localisée, qui gouvernent le public. Selon la Couronne, les organismes professionnels d’autoréglementation, tels que le Barreau de l’Ontario, et leurs filiales à but lucratif ne relèvent pas de cette disposition.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la disposition législative en cause en l’espèce doit être interprétée de la manière proposée par la Couronne. Par conséquent, je rejetterais l’appel.

I. Résumé des faits

[5] Les avocats et les parajuristes exerçant dans la province de l’Ontario sont encadrés par le Barreau de l’Ontario (anciennement le Barreau du Haut-Canada). Le Barreau a été créé par une loi de l’Assemblée législative pour servir la population de l’Ontario, défendre et maintenir des principes constitutionnels, tels que la cause de la justice et la primauté du droit : *An act for*

better regulating of the practice of law, S.U.C. 1797 (37 George III), c. 13.

[6] In its current incarnation, the Law Society of Ontario is a corporation without share capital created by statute, whose functions, powers and duties are set out in the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, in the regulations made thereunder, and in the by-laws of the Society itself.

[7] Section 4.1 of the *Law Society Act* grants the Law Society the authority to ensure that all persons who practise law or provide legal services in Ontario meet standards of learning, professional competence and professional conduct that are appropriate for the legal services provided.

[8] Section 4.2 of the [Law Society] Act further provides that in carrying out its functions, duties and powers, the Law Society is to have regard to certain principles. These include the “duty to maintain and advance the cause of justice and the rule of law”, as well as the duty to act “so as to facilitate access to justice for the people of Ontario”. In addition, the Law Society is required to “protect the public interest” and to “act in a timely, open and efficient manner”.

[9] The Law Society is governed by a board of directors, whose members are referred to as “Benchers”, with the president and chair of the board being known as the “Treasurer”. Lawyer licensees elect 40 of the Benchers and paralegal licensees elect five. The Attorney General for Ontario appoints eight “Lay Benchers”. In addition, certain individuals are Benchers by virtue of their office, if and while they are members of the Law Society. These include the Minister of Justice and the Attorney General for Canada, the Solicitor General for Canada, the Attorney General for Ontario and every person who held the office of Attorney General for Ontario at any time before January 1, 2010.

[10] The Law Society is not funded by taxpayers, but rather by fees paid by its licensee members. Accumulated fund balances have been used to mitigate fee increases for members of the Society.

the better regulating of the practice of law, S.U.C. 1797 (37 George III), ch. 13.

[6] Dans sa version actuelle, le Barreau de l’Ontario est une société sans capital-actions créée par une loi, dont les fonctions, les pouvoirs et les obligations sont énoncés dans la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8, dans les règlements pris en application de cette loi et dans les règlements administratifs du Barreau lui-même.

[7] L’article 4.1 de la *Loi sur le Barreau* accorde au Barreau le pouvoir de s’assurer que toutes les personnes qui exercent le droit ou fournissent des services juridiques en Ontario respectent les normes de formation, de compétence professionnelle et de déontologie qui sont appropriées dans le cas des services juridiques qu’elles fournissent.

[8] L’article 4.2 de la *Loi sur le Barreau* prévoit également que le Barreau a l’obligation de tenir compte de certains principes dans l’exercice de ses fonctions, obligations et pouvoirs, notamment « l’obligation de maintenir et de faire avancer la cause de la justice et la primauté du droit » et d’agir « de façon à faciliter l’accès à la justice pour la population ontarienne ». En outre, le Barreau est tenu de « protéger l’intérêt public » et d’« agir de façon opportune, ouverte et efficiente ».

[9] Le Barreau est régi par un conseil d’administration, dont les membres sont qualifiés de « conseillers » et le président et directeur général du Barreau est qualifié de « trésorier ». Les avocats titulaires de permis élisent 40 des conseillers, alors que les parajuristes titulaires de permis en élisent cinq. Le procureur général de l’Ontario nomme huit « conseillers non juristes ». De plus, certaines personnes sont des conseillers d’office, pendant qu’elles sont membres du Barreau, le cas échéant. Il s’agit notamment du ministre de la Justice et du procureur général du Canada, du solliciteur général du Canada, du procureur général de l’Ontario et de toute personne ayant occupé la fonction de procureur général de l’Ontario à un moment donné avant le 1^{er} janvier 2010.

[10] Le Barreau n’est pas financé par les contribuables, mais plutôt par les cotisations payées par ses membres titulaires d’un permis. Les soldes de fonds accumulés sont utilisés pour atténuer les hausses des cotisations des membres du Barreau.

[11] In accordance with its mandate to protect the public interest, the Law Society maintains three statutory funds to protect the public. These include a Compensation Fund, which is used to address financial losses resulting from the actions of dishonest licensees; an Errors and Omissions Insurance Fund, which consists of levies collected from lawyers to fund professional liability insurance; and an Unclaimed Trust Fund, into which unclaimed funds from lawyers' trust accounts are deposited.

[12] Subsection 5(4) of the *Law Society Act* authorizes the Society to “own shares of or hold a membership interest in an insurance corporation incorporated for the purpose of providing professional liability insurance to licensees and to persons qualified to practise law outside Ontario in Canada”. Paragraph 61(a) of the Act further authorizes the Society to make arrangements for licensees for indemnity for professional liability and for the payment and remission of premiums therefor. Paragraph 61(b) of the Act provides that the Law Society may require that licensees pay levies to the Society for such indemnity.

[13] The Lawyers' Professional Indemnity Company is a Canadian-controlled private corporation for the purposes of the ITA. It is an insurance company, licensed to operate in Ontario, carrying on under the trade name “LawPRO”. While LawPRO is licensed to operate in other jurisdictions in Canada, its income from activities carried on outside of Ontario did not exceed 10 percent of its total annual income for the relevant years. LawPRO was incorporated by the Law Society in 1990, and the Society owns at least 90 percent of LawPRO's capital.

[14] LawPRO provides mandatory professional liability insurance for lawyers and paralegals licensed by the Law Society who engage in the practice of law in Ontario. It also insures law firms in Ontario, and provides comprehensive title insurance to real property

[11] Conformément à son mandat de protection de l'intérêt public, le Barreau dispose de trois fonds créés par la loi pour protéger le public. Il s'agit notamment du Fonds d'indemnisation, qui est utilisé pour faire face aux pertes financières découlant de la conduite malhonnête des titulaires de permis; d'un fonds d'assurance erreurs et omissions, qui est composé des redevances perçues auprès des avocats pour financer l'assurance-responsabilité professionnelle; et les Fonds en fiducie non réclamés où sont versés les fonds non réclamés provenant des comptes en fiducie des avocats.

[12] Aux termes du paragraphe 5(4) de la *Loi sur le Barreau*, le Barreau est autorisé à « posséder des actions ou détenir un intérêt à titre de membre d'une compagnie d'assurance constituée en personne morale dans le but de fournir une assurance-responsabilité professionnelle aux titulaires de permis et aux personnes qui sont autorisés à pratiquer le droit hors de l'Ontario, mais au Canada ». Selon l'alinéa 61a) de la *Loi sur le Barreau*, le Barreau est autorisé en outre à prendre, à l'égard des titulaires de permis, des dispositions visant l'assurance-responsabilité professionnelle ainsi que le paiement et la remise des primes liées à celle-ci. L'alinéa 61b) de la *Loi sur le Barreau* porte que le Barreau peut exiger que les titulaires de permis lui paient une cotisation relativement à cette assurance.

[13] La Lawyers' Professional Indemnity Company est une société privée sous contrôle canadien aux fins de la LIR. Il s'agit d'une société d'assurance, autorisée à exercer ses activités en Ontario, et qui exerce ses activités sous le nom commercial « LawPRO ». Bien que LawPRO soit autorisée à exercer ses activités dans d'autres provinces et territoires du Canada, ses revenus provenant d'activités exercées en dehors de l'Ontario n'ont pas dépassé 10 p. 100 de son revenu annuel total pour les années en question. LawPRO a été constituée en société par le Barreau en 1990, et le Barreau détient au moins 90 p. 100 du capital de LawPRO.

[14] LawPRO offre une assurance-responsabilité professionnelle obligatoire aux avocats et aux parajuristes autorisés par le Barreau à pratiquer le droit en Ontario. Elle offre également des produits d'assurance aux cabinets d'avocats en Ontario ainsi qu'une assurance-titres

owners and lenders in all jurisdictions in Canada, including Ontario. LawPRO realized revenues of approximately \$124 million in 2013 and \$143 million in 2014.

[15] The Law Society requires that all lawyers and paralegals engaged in the practice of law in Ontario pay levies for professional liability insurance provided by the Society through LawPRO. The levies are collected by the Law Society, which then pays the monies collected to LawPRO as insurance premiums.

[16] The Law Society has in the past claimed an exemption from income tax as a qualifying non-profit organization, which exemption the Tax Court assumed was pursuant to paragraph 149(1)(l) of the ITA. LawPRO filed tax returns for its 2013 and 2014 taxation years asserting that it qualified for the exemption provided for in paragraph 149(1)(d.5) of the ITA, on the basis that its parent—the Law Society—was a “public body performing a function of government in Canada”.

[17] LawPRO was initially assessed as filed for its 2013 and 2014 taxation years. However, in October of 2015, the Minister of National Revenue reassessed LawPRO for these taxation years, denying it the paragraph 149(1)(d.5) exemption. The Minister confirmed the reassessments in January of 2016. LawPRO appealed from these reassessments.

II. The Legislative Regime

[18] Section 149 of the ITA governs “Miscellaneous Exemptions”, providing that no tax will be payable under Part I [sections 2 to 180] of the Act on certain persons’ taxable income for a period in a taxation year during which the person is a person listed in the section. The relevant portions of subsection 149(1) governing LawPRO’s 2013 and 2014 taxation years state that.

complète aux propriétaires et aux prêteurs immobiliers dans l’ensemble des provinces et des territoires au Canada, y compris l’Ontario. LawPRO a réalisé des revenus d’environ 124 millions de dollars en 2013 et 143 millions de dollars en 2014.

[15] Le Barreau exige que tous les avocats et parajuristes qui exercent le droit en Ontario versent des cotisations pour souscrire à une assurance-responsabilité professionnelle par l’intermédiaire de LawPRO. Les cotisations sont prélevées par le Barreau, qui verse ensuite les sommes recueillies à LawPRO sous forme de primes d’assurance.

[16] Le Barreau a par le passé demandé une exonération de l’impôt sur le revenu en tant qu’organisme à but non lucratif admissible, exonération que la Cour de l’impôt a supposé être conforme à l’alinéa 149(1)l) de la LIR. LawPRO a produit des déclarations de revenus pour ses années d’imposition 2013 et 2014 en faisant valoir qu’elle était admissible à l’exonération prévue à l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR, au motif que sa société mère, le Barreau, était un « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

[17] Les cotisations de LawPRO ont été initialement établies selon ses déclarations de revenus produites pour les années d’imposition 2013 et 2014. Cependant, en octobre 2015, le ministre du Revenu national a établi de nouvelles cotisations à l’égard de LawPRO pour ces années d’imposition en lui refusant l’exonération d’impôt prévue aux termes de l’alinéa 149(1)d.5). Le ministre a ratifié les nouvelles cotisations en janvier 2016. LawPRO a porté ces nouvelles cotisations en appel.

II. Le régime législatif

[18] L’article 149 de la LIR régit les « [e]xemptions diverses » et porte qu’aucun impôt n’est payable, en application de la partie I [articles 2 à 180] de la Loi, sur le revenu imposable d’une personne, pour la période où cette personne était l’une de celles énumérées à l’article. C’est ce qu’indiquent les parties pertinentes du paragraphe 149(1) auxquelles sont assujetties les années d’imposition 2013 et 2014 de LawPRO.

Miscellaneous exemptions

149 (1) No tax is payable under this Part on the taxable income of a person for a period when that person was

...

Income within boundaries of entities

(d.5) subject to subsections (1.2) and (1.3), a corporation, commission or association not less than 90% of the capital of which was owned by one or more entities each of which is a municipality in Canada, or a municipal or public body performing a function of government in Canada, if the income for the period of the corporation, commission or association from activities carried on outside the geographical boundaries of the entities does not exceed 10% of its income for the period; [Emphasis added.]

Subsections 149(1.2) and (1.3) do not apply in this case.

III. The Tax Court's Decision

[19] The issue before the Tax Court was whether, during the 2013 and 2014 taxation years, LawPRO was exempt from taxation pursuant to paragraph 149(1)(d.5) of the ITA. This required the Tax Court to determine whether the Law Society, as LawPRO's parent, was a "public body performing a function of government in Canada".

[20] The parties agreed before the Tax Court that LawPRO satisfied all but one of the requirements of paragraph 149(1)(d.5). That is, at least 90 percent of LawPRO's shares were owned by the Law Society, and LawPRO's income from its activities carried on outside Ontario did not exceed 10 percent of its total income for the taxation years in question. The parties disagreed on whether the Law Society was a "public body performing a function of government in Canada".

[21] In coming to the conclusion that the Law Society was indeed a "public body", the Tax Court relied on the decision in *Registrar of Trade Marks v. Canadian*

Exemptions diverses

149 (1) Aucun impôt n'est payable en vertu de la présente partie, sur le revenu imposable d'une personne, pour la période où cette personne était :

[...]

Administrations publiques

d.5) sous réserve des paragraphes (1.2) et (1.3), une société, commission ou association dont au moins 90 % du capital appartenait à une ou plusieurs entités dont chacune est une municipalité du Canada ou un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada, pourvu que le revenu de la société, commission ou association pour la période provenant d'activités exercées en dehors des limites géographiques des entités ne dépasse pas 10 % de son revenu pour la période; [Non souligné dans l'original.]

Les paragraphes 149(1.2) et (1.3) ne s'appliquent pas en l'espèce.

III. La décision de la Cour de l'impôt

[19] La question dont a été saisie la Cour de l'impôt était de savoir si, au cours des années d'imposition 2013 et 2014, LawPRO était exonérée de l'impôt aux termes de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR. La Cour de l'impôt devait donc décider si le Barreau, en tant que société mère de LawPRO, était « un organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

[20] Les parties ont convenu devant la Cour de l'impôt que LawPRO satisfaisait à toutes les exigences de l'alinéa 149(1)d.5), sauf une, soit qu'au moins 90 p. 100 des actions de LawPRO étaient détenues par le Barreau, et que le revenu de LawPRO provenant de ses activités exercées en dehors de l'Ontario ne dépassait pas 10 p. 100 de son revenu total pour les années d'imposition en question. Les parties ne se sont pas entendues sur la question de savoir si le Barreau était « un organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

[21] Pour parvenir à la conclusion que le Barreau était effectivement un « organisme public », la Cour de l'impôt s'est appuyée sur l'arrêt *Reg. des marques*

Olympic Assn., [1983] 1 F.C. 692, (1982), 139 D.L.R. (3d) 190 (C.A.). The issue in that case was whether the Canadian Olympic Association was a “public authority” that was entitled to have its trademarks given public notice in accordance with subparagraph 9(1)(n)(iii) of the *Trade Marks Act*, R.S.C. 1970, c. T-10.

[22] In addressing this question, this Court adopted a three-part test to determine whether the Canadian Olympic Association was a “public authority”. The factors to be considered under this test are the following.

- (a) there must be a duty to the public,
- (b) there must be a significant degree of governmental control; and
- (c) any profit earned must be for the benefit of the public and not for private benefit.

After considering the extent to which the Association benefitted the public and the degree to which it was subject to governmental control, this Court concluded that the Canadian Olympic Association was indeed a “public authority” for the purposes of the *Trade Marks Act*.

[23] In the case at bar, the Tax Court found that the term “public authority” was synonymous with “public body”. The Court further found that, in carrying out its functions, duties and powers in accordance with section 4.2 of the *Law Society Act*, the Society had a duty to protect the public interest. The Court was also satisfied that the Law Society was subject to a significant degree of control by the Government of Ontario. In support of this finding, the Court noted that, amongst other things, the Attorney General for Ontario (who serves as the guardian of the public interest in all matters within the scope of the *Law Society Act*) appoints the eight Lay Benchers, and the government has to approve the appointment of lay members to the Law Society Tribunal.

de comm. c. Association olympique canadienne, [1983] 1 C.F. 692 (C.A.). Il s’agissait dans cette affaire de savoir si l’Association olympique canadienne était une « autorité publique » qui avait le droit de faire en sorte que ses marques de commerce fassent l’objet d’un avis public conformément au sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, S.R.C. 1970, ch. T-10.

[22] Pour aborder cette question, la Cour a adopté un critère à trois volets pour décider si l’Association olympique canadienne était une « autorité publique ». Les facteurs à prendre en considération au titre de ce critère sont les suivants :

- a) [l’organisme] doit avoir une obligation envers le public général;
- b) [l’organisme] doit, dans une mesure importante, être soumis au contrôle gouvernemental;
- c) les bénéfices ne doivent pas servir un intérêt privé, mais doivent profiter à l’ensemble du public.

Après avoir examiné la mesure dans laquelle l’Association profitait au public et le degré de contrôle gouvernemental dont elle faisait l’objet, notre Cour a conclu que l’Association olympique canadienne était bien une « autorité publique » au sens de la *Loi sur les marques de commerce*.

[23] En l’espèce, la Cour de l’impôt a estimé que l’expression « autorité publique » était synonyme d’« organisme public ». En outre, la Cour de l’impôt a conclu que, dans l’exercice de ses fonctions, obligations et pouvoirs conformément à l’article 4.2 de la *Loi sur le Barreau*, le Barreau avait l’obligation de protéger l’intérêt public. La Cour a également conclu que le Barreau était soumis, dans une mesure importante, au contrôle gouvernemental de l’Ontario. À l’appui de cette conclusion, la Cour a noté, entre autres, que le procureur général de l’Ontario (qui fait office de gardien de l’intérêt public dans toutes les affaires relevant de la *Loi sur le Barreau*) nomme les huit conseillers non juristes, et que le gouvernement doit approuver la nomination des membres non juristes du Tribunal du Barreau.

[24] Finally, the Tax Court found that the evidence before it demonstrated that any profit realized by the Law Society was used to fund its operations and that none of it was returned to licensees. Consequently, the Tax Court was satisfied that the Law Society was indeed a “public body”. The Court was not, however, persuaded that the Law Society performed “a function of government in Canada”.

[25] In coming to this conclusion, the Tax Court accepted LawPRO’s contention that determining whether an entity was a “public body performing a function of government in Canada” required the application of a two-part test. That is, the entity in question had to be a “public body” and it had to “perform a function of government in Canada”. The Tax Court concluded, however, that a public body only performs a function of government in its specific geographical area if it performs the function in question as part of the governance of the public located in that specific area.

[26] The Tax Court further found that the Law Society of Ontario does not govern the public in Ontario, and that the functions that it performs do not constitute “functions of government”. As a result, the Court concluded that LawPRO was not entitled to the paragraph 149(1)(d.5) exemption. LawPRO’s appeal of its reassessments for its 2013 and 2014 tax years was allowed, however, to the extent that the Tax Court was satisfied that its taxable income for those years should be reduced by the amounts that LawPRO was entitled to deduct as charitable gifts.

[27] LawPRO now appeals to this Court.

IV. The Standard of Review

[28] I do not understand there to be any material disagreement between the parties as to the facts of this case.

[24] Enfin, la Cour de l’impôt a conclu que les éléments de preuve qui lui ont été présentés permettaient d’établir que les bénéfices réalisés par le Barreau étaient utilisés par ce dernier pour financer ses activités et qu’aucune somme d’argent n’avait été retournée aux titulaires de permis. Par conséquent, la Cour de l’impôt a estimé que le Barreau était bien un « organisme public ». La Cour de l’impôt n’était cependant pas convaincue que le Barreau remplissait « une fonction gouvernementale au Canada ».

[25] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour de l’impôt a admis l’argument de LawPRO selon lequel la détermination de la question de savoir si une entité était un « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » nécessitait l’application d’un critère à deux volets. En d’autres termes, l’entité en question devait être un « organisme public » et elle devait « remplir une fonction gouvernementale au Canada ». La Cour de l’impôt a conclu, cependant, qu’un organisme public remplit une fonction gouvernementale dans sa zone géographique précise seulement s’il remplit la fonction en question dans le cadre de la gouvernance du public qui se trouve dans cette zone géographique précise.

[26] La Cour de l’impôt a également conclu que le Barreau de l’Ontario ne gouverne pas le public en Ontario et que les fonctions qu’elle exerce ne constituent pas des « fonctions gouvernementales ». En conséquence, la Cour a conclu que LawPRO n’avait pas droit à l’exemption prévue à l’alinéa 149(1)d.5). L’appel de LawPRO, concernant ses nouvelles cotisations pour les années d’imposition 2013 et 2014, a toutefois été accueilli puisque la Cour de l’impôt a estimé que LawPRO devait pouvoir déduire de son revenu imposable pour ces années les sommes d’argent qu’elle avait le droit de déduire au titre de dons de bienfaisance.

[27] LawPRO interjette maintenant appel devant notre Cour.

IV. Norme de contrôle applicable

[28] Je crois comprendre que l’interprétation appropriée des faits de l’espèce n’est pas contestée par les

This appeal concerns the proper interpretation of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA. I agree with the parties that this issue is a question of law, with the result that the Tax Court's finding on this issue is reviewable on the standard of correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

V. Principles of Statutory Interpretation

[29] Before considering whether the Tax Court erred in its interpretation of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA, it is first necessary to address the principles of statutory interpretation to be applied in discerning the proper meaning of the statutory provision at issue in this case.

[30] In *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 [*Canada Trustco*], the Supreme Court of Canada identified the approach to be used in interpreting statutory provisions such as the one at issue here. There, the Court stated that the words of a statute "are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": at paragraph 10, citing *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, (1999), 179 D.L.R. (4th) 577, at paragraph 50.

[31] While language in a statutory provision is not to be interpreted independently of its context and legislative purpose, the Court nevertheless went on in *Canada Trustco* to observe that where the words of a statutory provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words will play a dominant role in the interpretive process: above, at paragraph 10. Where, however, the words are capable of supporting more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words will play a lesser role. Although the relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary from case to case, courts must seek to read the provisions as a harmonious whole in every case: *Canada Trustco*, above, at paragraph 10.

parties. Le présent appel porte sur la bonne interprétation de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR. Je suis d'accord avec les parties pour dire que cette question est une question de droit, de sorte que la conclusion de la Cour de l'impôt sur cette question peut être examinée selon la norme de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

V. Principes de l'interprétation des lois

[29] Avant d'examiner si la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR, il convient d'abord de se pencher sur les principes d'interprétation des lois à appliquer pour discerner le sens approprié de la disposition législative en cause en l'espèce.

[30] Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (arrêt *Hypothèques Trustco*), la Cour suprême du Canada a décidé de l'approche à utiliser dans l'interprétation de dispositions législatives, telle que celle en litige en l'espèce. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie générale de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : au paragraphe 10, citant *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, au paragraphe 50.

[31] Bien que le libellé d'une disposition législative ne doive pas être interprété indépendamment de son contexte et de son objet législatif, la Cour a néanmoins poursuivi dans l'arrêt *Hypothèques Trustco* en observant que, lorsque le libellé d'une disposition législative est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation : précité, au paragraphe 10. En revanche, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier d'une cause à l'autre, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux : arrêt *Hypothèques Trustco*, précité, au paragraphe 10.

[32] With these principles in mind, I turn now to consider the submissions of the parties as to how paragraph 149(1)(d.5) of the ITA should be interpreted.

VI. How Should Paragraph 149(1)(d.5) of the ITA be Interpreted?

(a) *LawPRO's Submissions*

[33] LawPRO contends that the phrase “public body performing a function of government in Canada” contains two separate components. First, the entity must be a “public body”, and, second, it must perform “a function of government in Canada”.

[34] According to LawPRO, the Tax Court correctly found that the Law Society is a “public body”. This is because it owes a duty to the public in carrying out its functions, it is subject to a significant degree of control by the Government of Ontario under the *Law Society Act*, and it does not use any of its profit for the personal benefit of its members.

[35] However, LawPRO says that the Tax Court erred insofar as the second component of paragraph 149(1)(d.5) is concerned: that is, whether the Law Society “perform[s] a function of government in Canada”. According to LawPRO, the Court erred in framing the applicable legal test by asking itself the wrong question. In so doing, LawPRO says that the Court created an extra element that is not found in paragraph 149(1)(d.5) by finding that an entity is not “performing a function of government” unless that function applies to the population as a whole. That is, the Court substituted the broader statutory test of “performing a function of government” with its own narrower test of “governing the public”. In the alternative, LawPRO submits that the Law Society does, in any event, “govern the public”.

[36] In support of this latter contention, LawPRO submits that in regulating the legal profession in the public interest, the Law Society performs regulatory functions

[32] En gardant ces principes à l'esprit, je vais maintenant examiner les observations des parties quant à la manière dont l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR devrait être interprété.

VI. Comment l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR devrait-il être interprété?

a) *Observations de LawPRO*

[33] LawPRO soutient que l'expression « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » comporte deux éléments distincts. Premièrement, l'entité doit être un « organisme public », et deuxièmement, elle doit remplir « une fonction gouvernementale au Canada ».

[34] Selon LawPRO, la Cour de l'impôt a conclu à juste titre que le Barreau était bien un « organisme public ». En effet, il a une obligation envers le public général, il est, dans une large mesure, soumis au contrôle du gouvernement de l'Ontario conformément à la *Loi sur le Barreau* et ses profits ne servent pas à l'avantage personnel de ses membres.

[35] Toutefois, LawPRO affirme que la Cour de l'impôt a commis une erreur en ce qui concerne le deuxième élément de l'alinéa 149(1)d.5), à savoir, si le Barreau « rempli[t] une fonction gouvernementale au Canada ». Selon LawPRO, la Cour a commis une erreur dans la formulation du critère juridique applicable en se posant la mauvaise question. Ce faisant, LawPRO affirme que la Cour a créé un élément supplémentaire qui ne se trouve pas dans l'alinéa 149(1)d.5) en concluant qu'une entité ne « rempli[t] pas une fonction gouvernementale » à moins que cette fonction ne s'applique à l'ensemble de la population. En d'autres termes, la Cour a remplacé le critère juridique plus large de « remplir une fonction gouvernementale » par son propre critère plus étroit qui est de [TRADUCTION] « gouverner le public ». À titre subsidiaire, LawPRO soutient que le Barreau « gouverne le public » quoi qu'il en soit.

[36] Pour appuyer cette dernière affirmation, LawPRO soutient qu'en réglementant la profession juridique dans l'intérêt du public, le Barreau exerce des fonctions

that have been delegated to it by the Ontario Legislature: *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118, 16 D.L.R. (4th) 489 (Div. Ct.), at paragraph 82.

[37] LawPRO also points out that the Supreme Court has held that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44 (Charter)], applies to entities that are essentially governmental in nature. In coming to this conclusion, the Court held that the application of the Charter is not restricted to those entities that are formally part of the federal or provincial governments: *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, (1997), 152 D.L.R. (4th) 577, at paragraphs 47–48. The Charter has, moreover, been found to apply to the Law Society in the context of disciplinary matters: *Groia v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 27, [2018] 1 S.C.R. 772, at paragraphs 111–112.

[38] LawPRO further submits that the Law Society performs legislative functions in making regulations and by-laws under powers that have been delegated to it by the Legislature in accordance with the *Law Society Act*.

[39] LawPRO also says that the Law Society performs judicial functions when it adjudicates cases of alleged professional misconduct on the part of lawyers and paralegals: *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 2)* (2000), 48 O.R. (3d) 329, 188 D.L.R. (4th) 613 (C.A.), aff'd 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, at paragraph 20.

[40] In addition, LawPRO argues that the Law Society performs executive or administrative functions of government by engaging in discretionary policy development and implementation, an example of which was the decision of the Benchers to deny accreditation to Trinity Western University's proposed law school.

[41] According to LawPRO, the Law Society also performs ministerial functions of government by

réglementaires qui lui ont été déléguées par l'Assemblée législative de l'Ontario : *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118, 16 D.L.R. (4th) 489 (C. Div.), au paragraphe 82.

[37] LawPRO souligne également que la Cour suprême a conclu que 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 (Charte)], s'applique aux entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour suprême a estimé que l'application de la Charte n'est pas limitée aux entités qui font officiellement partie des gouvernements fédéral ou provinciaux : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, aux paragraphes 47 et 48. La Charte s'est d'ailleurs révélée applicable au Barreau dans le cadre d'instances disciplinaires : *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 27, [2018] 1 R.C.S. 772, aux paragraphes 111 et 112.

[38] LawPRO soutient en outre que le Barreau exerce des fonctions législatives en adoptant des règlements et des règlements administratifs au titre des pouvoirs qui lui ont été délégués par le législateur en conformité avec la *Loi sur le Barreau*.

[39] LawPRO affirme également que le Barreau exerce des fonctions judiciaires lorsqu'il statue sur des allégations d'inconduite professionnelle de la part d'avocats et de parajuristes : *Edwards v. Law Society of Upper Canada (No. 2)* (2000), 48 O.R. (3d) 329, 188 D.L.R. (4th) 613 (C.A.), conf. par 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, au paragraphe 20.

[40] En outre, LawPRO fait valoir que le Barreau exerce des fonctions exécutives ou administratives du gouvernement en contribuant à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques discrétionnaires, dont un exemple est la décision des conseillers de refuser l'accréditation à la faculté de droit proposée par la Trinity Western University.

[41] Selon LawPRO, le Barreau remplit également des fonctions ministérielles du gouvernement dans le cadre

performing mandatory statutory or public duties under the *Law Society Act*, such as the issuance of licences to practice law to those who meet all of the statutory requirements to qualify as licensees.

[42] LawPRO further observes that the Canada Revenue Agency itself treats law societies as “public bodies” for purposes of section 67.6 of the ITA, which provides that a fine or penalty imposed by a “public body” is not tax deductible. According to LawPRO, consistency within the same statute requires that the Law Society should similarly be a “public body” for the purposes of paragraph 149(1)(d.5) of the Act.

[43] Finally, LawPRO argues that the phrase “public body” must relate to bodies other than municipal-type bodies: otherwise, the phrase “public body” in paragraph 149(1)(d.5) of the ITA would be redundant.

(b) *The Crown's Arguments*

[44] The Crown does not take issue with the Tax Court's finding that the Law Society is a “public body”, accepting that the Society has been referred to as a “public body” or “public actor” in decisions relating to other legislation: see, for example, *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 33, [2018] 2 S.C.R. 453 [*Trinity Western*], at paragraph 21. Nor does the Crown dispute the fact that the Society has in some contexts been found to perform functions that have been described as regulatory or governmental in nature.

[45] The Crown submits, however, that the decisions relied on by LawPRO in support of its claim that the Law Society is a “public body” that performs “functions of government” were made in different legislative contexts and are not determinative of this case. Moreover, the fact that the Law Society may operate in the public interest does not equate to it “performing a function of government”.

des obligations d'origine législative ou publiques obligatoires qui lui incombent en application de la *Loi sur le Barreau*, telles que la délivrance de permis d'exercice du droit à ceux qui satisfont à toutes les conditions de la loi pour être titulaires d'un permis.

[42] LawPRO souligne en outre que l'Agence du revenu du Canada elle-même traite les barreaux comme des « organismes publics » aux fins de l'article 67.6 de la LIR, qui ordonne qu'une amende ou une pénalité imposée par un « organisme public » n'est pas déductible aux fins du calcul de l'impôt. Selon LawPRO, la cohérence au sein d'une même loi nécessite que le Barreau soit également un « organisme public » aux fins de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR.

[43] Enfin, LawPRO soutient que l'expression « organisme public » doit viser des organismes autres que les organismes municipaux; autrement, l'expression « organisme public » à l'alinéa 149(1)d.5) serait redondante.

b) *Observations de la Couronne*

[44] La Couronne ne conteste pas la conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle le Barreau est un « organisme public », admettant que le Barreau ait été qualifié d'« organisme public » ou d'« entité publique » dans des décisions relatives à d'autres lois : voir, par exemple, l'arrêt *Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 33, [2018] 2 R.C.S. 453 (arrêt *Trinity Western*), au paragraphe 21. La Couronne ne conteste pas non plus le fait que le Barreau a, dans certains contextes, été considéré comme exerçant des fonctions qui ont été présentées comme étant de nature réglementaire ou gouvernementale.

[45] La Couronne soutient toutefois que les décisions invoquées par LawPRO pour appuyer sa prétention selon laquelle le Barreau est un « organisme public » qui remplit des « fonctions gouvernementales » ont été rendues dans des contextes législatifs différents et ne sont pas déterminantes en l'espèce. En outre, le fait que le Barreau puisse agir dans l'intérêt public ne signifie pas qu'il « rempli[t] une fonction gouvernementale ».

[46] In addition, the Crown contends that LawPRO's proposed two-step approach to the interpretation and application of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA leads to an incorrect result as it segregates chosen words in the provision from their legislative context, and overlooks the purpose of the provision. The approach proposed by LawPRO also ignores key words in the provision and renders meaningless the reference by the legislator to municipalities and municipal bodies.

[47] According to the Crown, paragraph 149(1)(d.5) of the ITA is not broad enough to include any "public body performing a function of government in Canada". Read in its entire context, the Crown says that the exemption provided for in paragraph 149(1)(d.5) is limited to entities whose parents are similar to, or in the same class as municipalities and municipal bodies that perform functions that are similar to those performed by municipalities.

(c) *Analysis*

[48] Provincial law societies unquestionably fulfill an important role in Canadian society. An independent and self-regulating Bar is important to our legal system, facilitating access to justice, the advancement of the cause of justice and the preservation of the rule of law. It also plays a key role in the protection of the public by ensuring standards of professionalism and competence among lawyers: *Trinity Western*, above, at paragraphs 16–18. That said, it does not necessarily follow that the Law Society is a "public body performing a function of government in Canada" for the purposes of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA.

[49] Indeed, as will be explained below, a consideration of the text, context and purpose of paragraph 149(1)(d.5) leads to the conclusion that the Law Society is not a "public body performing a function of government in Canada". As a subsidiary of the Law Society, LawPRO is thus not entitled to the benefit of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA.

[46] Par ailleurs, la Couronne prétend que l'approche à deux volets proposée par LawPRO pour l'interprétation et l'application de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR donne lieu à un résultat inexact, car elle sépare les mots choisis dans la disposition de leur contexte législatif et ne tient pas compte de l'objet de la disposition. L'approche proposée par LawPRO fait également fi des mots clés de la disposition et rend inutile le renvoi par le législateur aux municipalités et aux organismes municipaux.

[47] Selon la Couronne, l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR n'est pas suffisamment large pour inclure tout « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». Elle soutient que, lue dans son contexte global, l'exemption prévue à l'alinéa 149(1)d.5) est limitée aux organismes dont les sociétés mères sont semblables à, ou de la même catégorie que, des municipalités et des organismes municipaux qui remplissent des fonctions similaires à celles exercées par les municipalités.

c) *Discussion*

[48] Les barreaux provinciaux jouent incontestablement un rôle important dans la société canadienne. Un barreau auto-réglementé et indépendant est important pour notre système juridique, car il facilite l'accès à la justice, l'avancement de la cause de la justice et la préservation de la primauté du droit. Il joue également un rôle clé dans la protection du public en garantissant le respect de normes en matière de professionnalisme et de compétence parmi les avocats : arrêt *Trinity Western*, précité, aux paragraphes 16 à 18. Cela dit, il ne s'ensuit pas nécessairement que le Barreau est un « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » aux fins de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR.

[49] En effet, comme je l'expliquerai plus loin, l'examen du texte, du contexte et de l'objet de l'alinéa 149(1)d.5) permet de conclure que le Barreau n'est pas « un organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». En tant que filiale du Barreau, LawPRO n'a donc pas le droit d'invoquer à son profit l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR.

(i) The Textual Analysis of Paragraph 149(1)(d.5) of the ITA

[50] Insofar as the text of paragraph 149(1)(d.5) is concerned, as mentioned above, where the words of a statutory provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words will play a dominant role in the interpretive process: *Canada Trustco*, above, at paragraph 10. However, the words of a statutory provision are not precise and unequivocal where those words are reasonably capable of more than one meaning: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 29, citing *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182, [1966] 1 All E.R. 114 (H.L.), at page 222, *per* Reid L.J.

[51] The terms “municipality”, “municipal body ... performing a function of government” or “public body performing a function of government” are not defined in the ITA. I agree with the parties that the meaning of these expressions is not clear and unequivocal. In particular, the phrase “public body performing a function of government in Canada” can support more than one reasonable meaning. Indeed, in the *Canadian Olympic Association* decision relied upon by LawPRO, this Court expressly noted that the meaning of the analogous term “public authority” may vary according to its statutory context (at page 197).

[52] Before moving on to consider the legislative context in which paragraph 149(1)(d.5) finds itself, however, I would note that legislatures generally avoid the use of unnecessary or superfluous words in legislation, and that every word in a statute is presumed to have a specific role to play in advancing the legislative purpose: *Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530, at page 546, [1949] 2 All E.R. 452 (H.L.); *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28. If the scope of the phrase “public body performing a function of government in Canada” in paragraph 149(1)(d.5) were as broad as LawPRO says it is, it would not have been necessary for Parliament to have included the words “a municipal or” in the phrase “a municipal or public body performing a function of government in Canada”. This

(i) L’analyse textuelle de l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR

[50] En ce qui concerne le texte de l’alinéa 149(1)d.5), comme nous l’avons mentionné ci-dessus, lorsque le libellé d’une disposition législative est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation : arrêt *Hypothèques Trustco*, précité, au paragraphe 10. Toutefois, le libellé d’une disposition législative n’est pas précis et non équivoque lorsqu’il peut raisonnablement avoir plus d’une signification : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 29, citant l’arrêt *Westminster Bank Ltd. v. Zang*, [1966] A.C. 182, [1966] 1 All E.R. 114 (H.L.), à la page 222, sous la plume du lord juge Reid.

[51] Les mots et expressions « municipalité », « organisme municipal [...] remplissant une fonction gouvernementale » ou « organisme public remplissant une fonction gouvernementale » ne sont pas définis dans la LIR. Je suis d’accord avec les parties pour dire que la signification de ces expressions n’est pas claire et sans équivoque. Plus précisément, l’expression « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » peut avoir plus d’un sens raisonnable. En effet, dans l’arrêt *Association olympique canadienne* invoqué par LawPRO, la Cour a expressément noté que la signification du terme analogue « autorité publique » peut varier en fonction de son contexte législatif [à la page 197].

[52] Avant de passer à l’examen du contexte législatif de l’alinéa 149(1)d.5), je voudrais toutefois faire remarquer que le législateur évite généralement d’utiliser des mots inutiles ou superflus dans les lois, et que chaque mot d’une loi est présumé avoir un rôle précis à jouer dans la réalisation de l’objet de la loi : *Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd.*, [1949] A.C. 530, à la page 546, [1949] 2 All E.R. 452 (H.L.); *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 28). Si la portée de l’expression « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » à l’alinéa 149(1)d.5) était aussi large que le dit LawPRO, il n’aurait pas été nécessaire que le législateur inclue les mots « municipal ou » dans l’expression « un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

is because entities owned by municipal bodies would already be entitled to the exemption provided for in paragraph 149(1)(d.5) as subsidiaries of “public bod[ies] performing a function of government in Canada”.

(ii) The Contextual Analysis

[53] Insofar as the context in which paragraph 149(1)(d.5) finds itself is concerned, there is guidance elsewhere in subsection 149(1) that sheds light on the meaning of this provision, specifically in the marginal note that accompanies paragraph 149(1)(c).

[54] I recognize that in accordance with section 14 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, marginal notes do not form part of a statute, and are only inserted for ease of reference. It is nevertheless permissible to consider them as part of the interpretative process, although they may be accorded lesser weight than other interpretive aids: *Corbett v. Canada*, [1997] 1 F.C. 386 (C.A.), *sub nom. Brill v. R.*, [1997] 1 C.T.C. 2, 1996 CarswellNat 1856 (WL Can.), at paragraph 13.

[55] Paragraph 149(1)(c) of the ITA uses similar language to paragraph 149(1)(d.5), providing that no tax will be payable under Part I of the Act on the taxable income of a person for a period during which that person was “a municipality in Canada, or a municipal or public body performing a function of government in Canada”. While paragraph 149(1)(d.5) exempts the subsidiaries of municipalities in Canada, or municipal or public bodies performing a function of government in Canada, paragraph 149(1)(c) exempts the parents of such entities, provided that they are themselves “a municipality in Canada, or a municipal or public body performing a function of government in Canada”.

[56] The marginal note that accompanies paragraph 149(1)(c) refers to the provision as relating to “[m]unicipal authorities”, suggesting that in using the phrase “a municipality in Canada, or a municipal or public body performing a function of government in Canada”, Parliament intended to exempt municipalities

En effet, les entités appartenant à des organismes municipaux auraient déjà droit à l’exemption prévue à l’alinéa 149(1)d.5) en tant que filiales d’« organisme[s] [...] public[s] remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

(ii) L’analyse contextuelle

[53] En ce qui concerne le contexte de l’alinéa 149(1)d.5), il existe ailleurs dans le paragraphe 149(1) des indications qui éclairent le sens de cette disposition, notamment dans la note marginale qui accompagne l’alinéa 149(1)c).

[54] Je reconnais que, conformément à l’article 14 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les notes marginales ne font pas partie d’une loi et ne sont insérées que pour en faciliter la consultation. Il est néanmoins permis de les considérer comme faisant partie du processus d’interprétation, bien qu’elles puissent avoir un poids moindre que d’autres outils d’interprétation : *Corbett c. Canada*, [1997] 1 C.F. 386 (C.A.), au paragraphe 13.

[55] L’alinéa 149(1)c) de la LIR utilise un libellé similaire à celui de l’alinéa 149(1)d.5), prévoyant qu’aucun impôt ne sera payable en application de la partie I de la *Loi sur le revenu* imposable d’une personne pour la période où cette personne était « une municipalité au Canada ou un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ». Alors que l’alinéa 149(1)d.5) exonère les filiales des municipalités du Canada, ou les organismes municipaux ou publics remplissant une fonction gouvernementale au Canada, l’alinéa 149(1)c) exonère les sociétés mères de ces entités, à condition qu’elles soient elles-mêmes « [des] municipalité[s] au Canada ou [des] organisme[s] municipa[ux] ou public[s] remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

[56] La note marginale qui accompagne l’alinéa 149(1)c) renvoie à la disposition comme étant relative aux « [a]dministrations municipales », indiquant qu’en utilisant l’expression « une municipalité au Canada, ou un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada »,

and “municipal-type” authorities. While the marginal note accompanying paragraph 149(1)(d.5) refers to “[i]ncome within boundaries of entities”, rather than “municipal authorities”, it is nevertheless a basic principle of statutory interpretation that where the same words appear in different parts of a statute, the presumption is that they are to be given the same meaning: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 61 D.L.R. (4th) 725, at paragraph 19.

[57] A second contextual consideration relates to the architecture of the ITA. The parties agree that the rationale underlying the original enactment of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA was to give effect to the constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation. That is found in section 125 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)], reprinted in R.S.C. 1985, Appendix II, No. 5, which provides that “No Lands or Property belonging to Canada or any Province shall be liable to Taxation”. As the Supreme Court recently observed in *Canada (Attorney General) v. British Columbia Investment Management Corp.*, 2019 SCC 63, 441 D.L.R. (4th) 197, “[s]ection 125 exists ‘to prevent one level of government from appropriating to its own use the property of the other, or the fruits of that property’”: at paragraph 67, citing *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at page 1078, (1982), 136 D.L.R. (3d) 385.

[58] How Parliament chose to implement this purpose in the *Income Tax Act* is significant in this case. Section 125 of the *Constitution Act, 1867* is implemented in the ITA through a series of detailed, carefully drawn provisions that use particular language exempting specific types of entities from paying tax, rather than through one broad, general exempting section. Put another way, the overall structure of the *Income Tax Act* points to specific, carefully drawn pockets of exemptions rather than to broad, open-ended categories that exempt

le législateur a voulu exempter les municipalités et les administrations de [TRADUCTION] « type municipal ». Bien que [la version anglaise de] la note marginale accompagnant l’alinéa 149(1)(d.5) renvoie au [TRADUCTION] « revenu provenant d’activités exercées à l’intérieur des limites géographiques des entités », plutôt qu’aux « administrations municipales », il s’agit néanmoins d’un principe fondamental de l’interprétation des lois selon lequel, lorsque les mêmes mots figurent dans différentes parties d’une loi, on présume qu’ils doivent avoir le même sens : *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, au paragraphe 19.

[57] Une deuxième considération contextuelle concerne l’architecture de la LIR. Il est constant que la raison d’être de la promulgation initiale de l’alinéa 149(1)(d.5) de la LIR était de permettre la mise en application du principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale. Ce principe est énoncé à l’article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)], annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1], reproduite dans les Lois révisées du Canada (1985), appendice II, n° 5, et édicte ce qui suit : « Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation ». Comme l’a récemment fait observer la Cour suprême dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. British Columbia Investment Management Corp.*, 2019 CSC 63, « l’article 125 vise à “empêcher un palier de gouvernement de s’approprier, pour son propre usage, les biens de l’autre palier de gouvernement ou les fruits de ces biens” » : au paragraphe 67, citant le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, à la page 1078.

[58] La manière dont le législateur a choisi de mettre en œuvre cet objectif dans la *Loi de l’impôt sur le revenu* est importante en l’espèce. L’article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est mis en œuvre dans la LIR par une série de dispositions détaillées et soigneusement rédigées à l’aide d’un libellé particulier exonérant certains types d’entités du paiement de l’impôt, plutôt que par un seul article d’exemption général et large. En d’autres termes, la structure globale de la *Loi de l’impôt sur le revenu* fait ressortir des dispositions d’exemptions

all kinds of entities from taxation, as LawPRO would have us believe.

[59] An example of this relates to Crown corporations. Section 17 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 generally provides that “[n]o enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty’s rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment”. Federal Crown corporations are brought within the purview of the ITA through section 27 of the Act, which specifically states that Part I of the *Income Tax Act* applies to federal Crown corporations, thus displacing section 17 of the *Interpretation Act* as it relates to such corporations.

[60] Subsection 27(2) of the ITA then qualifies this, providing that notwithstanding any other provision of the ITA, “a prescribed federal Crown corporation and any corporation controlled by such a corporation are each deemed not to be a private corporation and paragraphs 149(1)(d) to (d.4) do not apply to those corporations”. Given that Crown corporations are unquestionably bodies owned by a “public body performing a function of government”, the scheme in section 27 of the ITA would be redundant if LawPRO’s broad interpretation of 149(1)(d.5) were to be accepted.

[61] From this it is clear that while the enactment of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA was to give effect to the constitutional principle prohibiting inter-governmental taxation, it is just one of several provisions in the ITA that serve this purpose. To be consistent with the architecture of the Act, paragraph 149(1)(d.5) should not be interpreted in the broad manner urged on us by LawPRO.

[62] I do accept that some of the functions performed by the Law Society (such as the issuing of licences) may be performed by governments. I further accept that, in another context, the scope of the phrase “public body performing a function of government in Canada” might be broad enough to include entities such as the Law Society. However, I find that, when read in its particular legislative context, the meaning of the phrase as

ponctuelles précises et soigneusement rédigées plutôt que des catégories larges et ouvertes qui exonèrent de l’impôt tous les types d’entités, comme LawPRO voudrait le prétendre.

[59] Citons comme exemples les sociétés d’État. L’article 17 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 dispose de façon générale ceci : « [s]auf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n’a d’effet sur ses droits et prérogatives ». Les sociétés d’État fédérales sont assujetties à la LIR aux termes de l’article 27 de la Loi, qui dispose expressément que la partie I de la *Loi de l’impôt sur le revenu* s’applique aux sociétés d’État fédérales, remplaçant ainsi l’article 17 de la *Loi d’interprétation* en ce qui concerne ces sociétés.

[60] Le libellé est ensuite nuancé au paragraphe 27(2) de la LIR où il est prévu que, malgré toute autre disposition de la LIR, « la société d’État prévue par règlement et toute société dont elle a le contrôle sont réputées chacune ne pas être une société privée, et les alinéas 149(1)d) à d.4) ne s’y appliquent pas ». Étant donné que les sociétés d’État sont incontestablement des organismes appartenant à un « organisme public remplissant une fonction gouvernementale », le régime prévu à l’article 27 de la LIR serait redondant si l’interprétation large de l’alinéa 149(1)d.5) alléguée par LawPRO était admise.

[61] Il en ressort clairement que, si l’adoption de l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR devait donner effet au principe constitutionnel interdisant la taxation intergouvernementale, ce n’est qu’une des nombreuses dispositions de la LIR qui atteint cet objectif. Pour être conforme à l’architecture de la Loi, l’alinéa 149(1)d.5) ne devrait pas recevoir l’interprétation large que nous exhorter à adopter LawPRO.

[62] J’admets que certaines des fonctions exercées par le Barreau (telles que la délivrance de permis) peuvent être exercées par les gouvernements. Je reconnais également que, dans un autre contexte, la portée de l’expression « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » pourrait être suffisamment large pour inclure des entités telles que le Barreau. Toutefois, j’estime que, lorsque l’expression,

it appears in paragraph 149(1)(d.5) does not extend to include self-regulating professional bodies such as the Law Society of Ontario.

(iii) The Purposive Analysis

[63] As will be explained below, my conclusion as to the proper interpretation of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA is strengthened when regard is had to the purpose of the provision. This is especially so given the circumstances that led up to the 2013 amendment to paragraph 149(1)(d.5) that added the phrase “municipal or public body performing a function of government in Canada”.

[64] As the Supreme Court stated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, although Courts must be alive to the frailties associated with its use, it is nevertheless appropriate to use the legislative history of a statutory provision as a tool for determining the intention of the legislature: at paragraphs 31 and 35.

[65] Section 125 of the *Constitution Act, 1867* does not extend the constitutional immunity from inter-governmental taxation to governments at the municipal level. However, the predecessor to paragraph 149(1)(c) of the ITA was added to the Act in 1948, extending the exemption to a “municipality or municipal or public body performing a function of government”: [*The Income Tax Act*] S.C. 1948, c. 52, paragraph 57(1)(c).

[66] Earlier versions of what ultimately became paragraph 149(1)(d.5) further extended the inter-governmental tax exemption to entities “owned by Her Majesty in right of Canada or a province or by a Canadian Municipality, or a wholly-owned corporation subsidiary to such a corporation, commission or association”. The income, ownership and geographical requirements were added with the enactment of paragraph 149(1)(d.5) in 1998, thereby extending the immunity from federal tax to subsidiaries of “municipalities in Canada”: *Income Tax Amendments Act, 1997*, S.C. 1998, c. 19.

telle qu'elle figure à l'alinéa 149(1)d.5), est lue dans son contexte législatif particulier, son sens ne vise pas les organismes professionnels d'autoréglementation, tels que le Barreau de l'Ontario.

(iii) L'analyse téléologique

[63] Comme je l'expliquerai plus loin, ma conclusion quant à la bonne interprétation de l'alinéa 149(1)d.5 de la LIR est renforcée lorsque l'on tient compte de l'objet de la disposition. C'est particulièrement le cas, compte tenu des circonstances qui ont mené à la modification de l'alinéa 149(1)d.5 en 2013 par l'ajout de la phrase « organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

[64] Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, bien que les tribunaux doivent être conscients des faiblesses associées à son utilisation, il est néanmoins approprié d'avoir recours à l'historique législatif d'une disposition de la loi comme outil pour déterminer l'intention du législateur : aux paragraphes 31 et 35.

[65] L'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'étend pas l'immunité constitutionnelle contre la taxation intergouvernementale aux gouvernements municipaux. Toutefois, la disposition qui a précédé l'alinéa 149(1)c) de la LIR a été ajoutée à la Loi en 1948, étendant l'exemption à une « municipalité ou un corps municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale » : [*Loi de l'impôt sur le revenu*] S.C. 1948, ch. 52, alinéa 57(1)c).

[66] Des versions antérieures de ce qui est finalement devenu l'alinéa 149(1)d.5) ont encore étendu l'exonération fiscale intergouvernementale aux entités « apparten[ant] à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, ou à une municipalité canadienne ou une corporation filiale possédée en propriété exclusive par une semblable corporation, commission ou association ». Les exigences en ce qui a trait au revenu, à la propriété et à la géographie ont été ajoutées avec l'adoption de l'alinéa 149(1)d.5) en 1998, étendant ainsi l'immunité contre l'impôt fédéral aux filiales de « municipalités du Canada » : *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1998, ch. 19.

[67] That is, prior to the 2013 amendments, paragraph 149(1)(d.5) of the ITA only exempted entities from taxation where the shares of the entity in question were owned by “one or more municipalities in Canada”. No exemption was granted to subsidiaries of “municipal or public bodies performing a function of government in Canada”.

[68] That said, the jurisprudence nevertheless provided that an exemption from income tax was available to subsidiary entities owned by self-governing Indian Bands, where the Bands in question provided municipal-type services to their members. This included services such as education, health care, social services (including child and family services), employment and training services, alcohol and drug abuse counselling, and economic development: *Otineka Development Corporation Ltd. v. Canada* (1994), 94 D.T.C. 1234, [1994] 1 C.T.C. 2424 (T.C.C.).

[69] Indeed, in *Otineka*, the Tax Court found that the Band in that case operated along essentially the same lines as any other municipality, providing substantially the same services to its members living on its reserve as would be provided by any other municipality in Canada of comparable size: at page 1235.

[70] However, the Court of Appeal of Quebec came to the opposite conclusion in *Tawich Development Corporation v. Quebec (Deputy Minister of Revenue)* (2000), 98 A.C.W.S. (3d) 1134, [2000] 3 C.N.L.R. 383, 2000 CanLII 9283 (Que. C.A.). Although leave to appeal this decision to the Supreme Court of Canada was granted ([2001] 1 S.C.R. viii), 270 N.R. 194 (note)), it appears that the appeal did not proceed.

[71] *Tawich* involved statutory provisions that were similar to paragraphs 149(1)(c) and 149(1)(d.5) of the ITA. That is, section 984 of the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3 provided a tax exemption for “municipalit[ies]” or “public bod[ies] performing a function of government in Canada”. Section 985 of the Quebec *Taxation Act* further provided a tax exemption for corporations if at least 90 percent of the shares of the corporation were owned

[67] En d’autres termes, avant les modifications de 2013, l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR n’exonérait de l’impôt que les entités dont les actions appartenaient à « une ou plusieurs municipalités du Canada ». Aucune exemption n’était accordée aux filiales d’« organisme[s] municipa[ux] ou public[s] remplissant une fonction gouvernementale au Canada ».

[68] Cela dit, la jurisprudence prévoyait néanmoins qu’une exonération de l’impôt sur le revenu était accordée aux entités filiales appartenant à des bandes indiennes autonomes, lorsque les bandes en question fournissaient à leurs membres des services de type municipal. Il s’agissait notamment de services tels que l’éducation, les soins de santé, les services sociaux (y compris les services à l’enfance et à la famille), les services d’emploi et de formation, le counselling en matière d’alcoolisme et de toxicomanie, et le développement économique : *Otineka Development Corp. c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 23 (QL) (C.C.I.).

[69] En effet, dans la décision *Otineka*, la Cour de l’impôt a estimé que la bande dans cette affaire fonctionnait essentiellement selon les mêmes principes que toute autre municipalité, fournissant à ses membres vivant dans sa réserve des services sensiblement identiques à ceux qui seraient fournis par toute autre municipalité du Canada de taille comparable : au paragraphe 8.

[70] Toutefois, la Cour d’appel du Québec est arrivée à la conclusion contraire dans l’arrêt *Corp. de développement Tawich c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2000 CanLII 9283, [2000] J.Q. n° 1552 (QL) (C.A.). Bien que l’autorisation d’interjeter appel de cette décision devant la Cour suprême du Canada ait été accordée ([2001] 1 R.C.S. xviii), il semble que l’appel n’ait pas été instruit.

[71] L’arrêt *Tawich* concernait des dispositions législatives qui étaient similaires aux alinéas 149(1)c) et 149(1)d.5) de la LIR. En effet, l’article 984 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3, prévoyait une exonération d’impôt pour les « municipalité[s] » ou les « organisme[s] public[s] exerçant des fonctions gouvernementales ». L’article 985 de la *Loi sur les impôts* du Québec prescrivait également une exonération d’impôt pour la société

by “Her Majesty in right of Canada”, “Her Majesty in right of Quebec” or a “Canadian municipality” [*Tawich*, at paragraph 3].

[72] The [Quebec] Court of Appeal held in *Tawich* that a subsidiary of an Indian Band was not entitled to a tax exemption merely because its parent Band was similar in nature to a “municipality”, and possessed powers that were similar to those exercised by municipalities.

[73] In coming to this conclusion, the Court held that an entity could not attain the status of a “municipality” merely by exercising functions that would ordinarily be performed by a municipality. Rather, the status of a “municipality” could only be conferred on an entity by a statute or other constituting document that vested it with those functions. In the absence of any such constituting document, the Court held in *Tawich* that the Band could not be characterized as a “municipality” for the purpose of the Quebec tax legislation, with the result that its subsidiary was not entitled to the tax exemption.

[74] It is clear from the legislative history that the 2013 amendment to paragraph 149(1)(d.5) adding the reference to “a municipal or public body performing a function of government in Canada” was triggered by the decision of the Court of Appeal of Quebec in *Tawich*.

[75] That is, the *Explanatory Notes* published by the Minister of Finance in relation to the 2013 amendment state that paragraph 149(1)(d.5) of the ITA was being amended to resolve the uncertainty that had resulted from the conflict between the *Otineka* and *Tawich* decisions: Canada, Department of Finance, *Explanatory Notes Relating to the Income Tax Act, the Excise Tax Act and Related Acts and Regulations* (Ottawa, October 2012) at “Part 5: Other Amendments to the Income Tax Act and Related Legislation and Regulations”.

[76] This purpose is further reflected by the fact that while the amendment to paragraph 149(1)(d.5) of the

dont au moins 90 p. 100 de ses actions appartiennent à « Sa Majesté aux droits du Canada » ou à « Sa Majesté aux droits du Québec » ou à une « municipalité canadienne » [*Tawich*, au paragraphe 3].

[72] Dans l’arrêt *Tawich*, la Cour d’appel [du Québec] a estimé qu’une filiale d’une bande indienne ne pouvait bénéficier d’une exonération d’impôt au seul motif que sa bande mère était de nature similaire à une « municipalité » et possédait des pouvoirs similaires à ceux exercés par les municipalités.

[73] Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a estimé qu’une entité ne pouvait pas obtenir le statut de « municipalité » en exerçant simplement des fonctions qui seraient normalement exercées par une municipalité. Au contraire, le statut de « municipalité » ne pouvait être conféré à une entité que par une loi ou un autre document constitutif qui l’investissait de ces fonctions. En l’absence d’un tel acte constitutif, la Cour a jugé dans l’arrêt *Tawich* que la bande ne pouvait être qualifiée de « municipalité » aux fins des lois fiscales québécoises, de sorte que sa filiale n’avait pas droit à l’exonération d’impôt.

[74] Il ressort clairement du contexte législatif que la modification de 2013 de l’alinéa 149(1)d.5) ayant permis le renvoi à « un organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » a été déclenchée par le jugement rendu par la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Tawich*.

[75] En effet, il est précisé dans les *Notes explicatives* publiées par le ministre des Finances concernant la modification de 2013 que l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR faisait l’objet d’une modification pour résoudre l’incertitude qui avait résulté du conflit entre les décisions *Otineka* et *Tawich* : Canada, ministère des Finances, *Notes explicatives concernant la Loi de l’impôt sur le revenu, la Loi sur la taxe d’accise et des textes connexes* (Ottawa : octobre 2012) à la « Partie 5 : autres modifications concernant la Loi de l’impôt sur le revenu et des textes connexes ».

[76] Cet objectif se reflète également dans le fait que, si la modification de l’alinéa 149(1)d.5) de la LIR a été

ITA was made in 2013, it nevertheless applied to taxation years commencing after May 8, 2000—that being the date of the decision of the Court of Appeal of Quebec in the *Tawich* case.

[77] The *Explanatory Notes* further state that it was desirable “from a tax policy perspective” that entities that had previously been entitled to the tax exemption based on the *Otineka* decision “continue to have access to the exemption” from Part I tax. LawPRO is not one such entity.

[78] The wording of the *Explanatory Notes* further supports the conclusion that the phrase “municipal or public body performing a function of government in Canada” was added to paragraph 149(1)(d.5) of the ITA to continue to exempt income earned by corporate entities owned by local governing bodies (such as Indian Bands). That is, entities that while not legally municipalities, nevertheless possess attributes of, and provide services similar to those provided by municipalities. Once again, LawPRO is not one such corporate entity.

[79] There is, moreover, no suggestion in the legislative history relating to paragraph 149(1)(d.5) of the ITA that the 2013 amendment was meant to be so broad as to create an entirely new tax exemption for corporations owned by professional regulators, let alone to make that exemption retroactive for some 13 years.

[80] LawPRO points out that the phrase “Aboriginal government” appears some nine times in the ITA, submitting that if all Parliament intended to do in the wake of the *Tawich* decision was to make it clear that subsidiaries of Band governments were exempt from taxation, it knew what language to use to accomplish that purpose. However, Parliament chose not to extend the paragraph 149(1)(d.5) exemption to the subsidiaries of “Aboriginal governments”: it elected instead to track the more general language that appears in paragraph 149(1)(c) of the ITA.

apportée en 2013, elle s’appliquait néanmoins aux années d’imposition commençant après le 8 mai 2000 — c’est-à-dire la date de la décision de la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Tawich*.

[77] Il est en outre précisé dans les *Notes explicatives* qu’il était souhaitable « [d]u point de vue de la politique de l’impôt » que les entités qui avaient auparavant droit à l’exonération d’impôt de la partie I en se fondant sur la décision *Otineka* « continuent d’y avoir droit ». LawPRO n’est pas une de ces entités.

[78] Le libellé des *Notes explicatives* appuie en outre la conclusion selon laquelle l’expression « organisme municipal ou public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » a été ajoutée à l’alinéa 149(1)(d.5) de la LIR pour continuer à exonérer de l’impôt les revenus gagnés par des personnes morales appartenant à des administrations publiques locales (comme les bandes indiennes). En d’autres termes, les entités qui, bien qu’elles ne soient pas légalement des municipalités, en possèdent néanmoins les attributs et fournissent des services similaires à ceux des municipalités. Là encore, LawPRO n’est pas une de ces personnes morales.

[79] De plus, rien dans le contexte législatif relatif à l’alinéa 149(1)(d.5) de la LIR n’indique que la modification de 2013 était censée être si large qu’elle créerait une toute nouvelle exonération fiscale pour les sociétés appartenant à des organismes de réglementation professionnelle, et encore moins qu’elle rendrait cette exonération rétroactive pour quelque 13 ans.

[80] LawPRO fait remarquer que l’expression « gouvernement autochtone » figure quelque huit fois dans la LIR, et fait valoir que, si tout ce que le législateur avait l’intention de faire à la suite de l’arrêt *Tawich* était de préciser que les filiales des administrations locales indiennes étaient exonérées d’impôt, il savait quel libellé utiliser pour atteindre cet objectif. Cependant, le législateur a choisi de ne pas étendre l’exemption de l’alinéa 149(1)(d.5) aux filiales des « gouvernements autochtones » : il a plutôt choisi de suivre le libellé plus général qui figure à l’alinéa 149(1)(c) de la LIR.

[81] From this, LawPRO says, it follows that Parliament's use of the more general term of "public body performing a function of government in Canada" was intentional, and that it did not intend to limit the paragraph 149(1)(d.5) exemption to Aboriginal governments that provide municipal-type services.

[82] I do not accept this submission.

[83] It is clear from the inclusion of the term "public body performing a function of government" in paragraph 149(1)(d.5) that Parliament did not intend to strictly limit the availability of the tax exemption to entities owned by municipalities, or municipal or Aboriginal governments performing a function of government in Canada. It does not necessarily follow, however, that the amendment was intended to exempt entities owned by any type of public body whose mandate includes a public interest component, where that entity may perform a function that, in some cases, may be carried out by a government in this country.

[84] Rather, the 2013 amendment to paragraph 149(1)(d.5) of the ITA simply recognizes that there may be other bodies of a local nature (apart from municipalities, municipal bodies and Aboriginal governments) that perform the type of function typically performed by municipalities and provide the type of services that are usually provided by municipalities.

[85] Unlike municipalities and municipal bodies, the Law Society of Ontario receives no taxpayer funding, but is instead largely funded by the fees paid by its licensee members. Its directors are not democratically elected by members of the general public, nor does it report to the government. The primary focus of the Law Society is on the regulation of the legal profession in Ontario, and it does not provide the type of services that are typically provided by municipalities or municipal bodies in a localized geographical area. It is not, therefore a "public body performing a function of government in Canada" for the purposes of paragraph 149(1)(d.5) of the ITA.

[81] Selon LawPRO, il s'ensuit que l'utilisation par le législateur de l'expression plus générale « organisme public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » était intentionnelle, et qu'il n'entendait pas limiter l'exemption prévue à l'alinéa 149(1)d.5) aux gouvernements autochtones qui fournissent des services de type municipal.

[82] Je ne puis souscrire à cette affirmation.

[83] Il ressort clairement de l'inclusion de l'expression « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale » à l'alinéa 149(1)d.5) que le législateur n'avait pas l'intention de limiter strictement l'accès à l'exonération fiscale aux entités appartenant aux municipalités, ou aux gouvernements municipaux ou autochtones remplissant une fonction gouvernementale au Canada. Il ne s'ensuit pas nécessairement, cependant, que la modification visait à exempter les entités appartenant à tout type d'organisme public dont le mandat comporte une composante d'intérêt public, lorsque cette entité peut exercer une fonction qui, dans certains cas, peut être exercée par un gouvernement au Canada.

[84] La modification de 2013 apportée à l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR reconnaît plutôt simplement qu'il peut y avoir d'autres organismes de nature locale (autres que les municipalités, les organismes municipaux et les gouvernements autochtones) qui remplissent le type de fonctions habituellement exercées par les municipalités et fournissent le type de services qui sont habituellement fournis par les municipalités.

[85] Contrairement aux municipalités et aux organismes municipaux, le Barreau de l'Ontario ne reçoit aucun financement des contribuables, mais est plutôt financé en grande partie par les cotisations payées par ses membres titulaires de permis. Ses administrateurs ne sont pas élus démocratiquement par le grand public et ne rendent pas compte au gouvernement. Le Barreau se concentre principalement sur la réglementation de la profession juridique en Ontario, et ne fournit pas le type de services qui sont généralement fournis par les municipalités ou les organismes municipaux dans une zone géographique localisée. Il n'est donc pas un « organisme [...] public remplissant une fonction gouvernementale au Canada » aux fins de l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR.

[86] Allowing income earned by LawPRO to be subject to federal income tax does not offend the principle of tax immunity extended to provincial governments, municipalities, municipal bodies and public bodies that perform similar functions through the collection and use of public funds.

VII. Conclusion

[87] For the foregoing reasons, I find that LawPRO is not entitled to the exemption set out in paragraph 149(1)(d.5) of the ITA.

[88] Consequently, I would dismiss the appeal, with costs.

STRATAS J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

[86] Le fait de permettre que les revenus gagnés par LawPRO soient assujettis à l'impôt fédéral sur le revenu n'enfreint pas le principe de l'immunité fiscale accordée aux gouvernements provinciaux, aux municipalités, aux organismes municipaux et aux organismes publics qui exercent des fonctions similaires en percevant et en utilisant des fonds publics.

VII. Conclusion

[87] Pour les raisons susmentionnées, je conclus que LawPRO n'a pas droit à l'exemption prévue à l'alinéa 149(1)d.5) de la LIR.

[88] Par conséquent, je rejetterais l'appel, avec dépens.

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

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

A-349-18
A-193-19
2020 FCA 112

A-349-18
A-193-19
2020 CAF 112

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Cameco Corporation (*Respondent*)

Cameco Corporation (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA v. CAMECO CORPORATION

RÉPERTORIÉ : CANADA c. CAMECO CORPORATION

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and Mactavish J.J.A.—Toronto, March 4 and 5; Ottawa, June 26, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Rennie et Mactavish, J.C.A.—Toronto, 4 et 5 mars; Ottawa, 26 juin 2020.

Income Tax — Non-residents — Transfer pricing — Appeals from Tax Court of Canada decision reversing Minister of National Revenue's significant adjustments to respondent's income made under Income Tax Act, s. 247; other appeal from Tax Court order awarding costs to respondent in event appellant successful in main appeal before Federal Court of Appeal — Respondent, subsidiaries thereof, large uranium producer, supplier of services converting one form of uranium into another form — Further to agreement between United States, Russia in 1993, Russia could sell uranium formerly used in its nuclear arsenal — Respondent negotiating agreement for purchase of uranium by consortium of companies — When final agreement signed, respondent designated Luxembourg subsidiary, Cameco Europe S.A. (CESA), to be signatory to this agreement — Agreement relating to purchase of Russian uranium executed in particular among CESA, AO "Techsnabexport" (Tenex), Russian state-owned company — CESA also purchasing uranium from uranium enricher called Urenco — Respondent forming subsidiary in Switzerland; company later changed its name to Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL) — Subsequently, CESA transferring its business to CEL, including rights of CESA to purchase uranium from Tenex, Urenco — Profits in issue in appeal arising as result of sale of uranium by CEL — Profits substantial, reassessed by Minister — Tax Court concluding that transactions at issue not commercially irrational, not transactions described in Act, s. 247(2)(b)(i); determining that no adjustment should be made in relation to any transactions between respondent, CESA/CEL — On appeal, appellant adopting broader view of Act, ss. 247(2)(b),(d) submitting that respondent would not have entered into any of transactions it did with CESA, CEL with any arm's length person — Arguing that profits earned by CEL should be reallocated to respondent; also raising alternate argument relating to interpretation of Act, s. 247(2)(a) — Whether Tax Court erring in interpretation

Impôt sur le revenu — Non-résidents — Prix de transfert — Appels à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt infirmant les redressements importants du ministre du Revenu national à l'égard du revenu de l'intimée, effectués au titre de l'art. 247 de la Loi de l'impôt sur le revenu; et à l'encontre d'une ordonnance de la Cour de l'impôt adjugeant des dépens à l'intimée au cas où l'appelante obtiendrait gain de cause dans l'appel principal interjeté devant la Cour d'appel fédérale — L'intimée, avec ses filiales, est un grand producteur d'uranium et fournisseur de services de conversion d'uranium d'une forme à une autre — En conséquence d'un accord conclu entre les États-Unis et la Russie en 1993, la Russie pouvait vendre l'uranium qu'elle utilisait auparavant dans son arsenal nucléaire — L'intimée a négocié un accord d'achat de cet uranium par un consortium d'entreprises — Lorsque l'accord définitif a été signé, l'intimée a désigné sa filiale luxembourgeoise, Cameco Europe S.A. (CESA), comme signataire de cet accord — L'accord portant sur l'achat d'uranium russe a été signé notamment par CESA et AO « Techsnabexport » (Tenex), une société d'État russe — CESA a aussi acheté de l'uranium auprès d'Urenco, un enrichisseur d'uranium — L'intimée a constitué une filiale en Suisse et cette entreprise a ensuite changé son nom pour devenir Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL) — Par la suite, CESA a transféré son activité à CEL, ce qui incluait le droit de CESA d'acheter de l'uranium à Tenex et à Urenco — Les bénéfices en cause dans le présent appel sont le résultat de la vente d'uranium par CEL — Les bénéfices étaient considérables et ont fait l'objet d'une nouvelle cotisation par le ministre — La Cour de l'impôt a conclu que les opérations en cause n'étaient pas contraires à la logique commerciale et que ces opérations n'étaient pas visées par l'art. 247(2)(b)(i) de la Loi; elle a jugé qu'aucun redressement ne devait être effectué relativement aux opérations entre l'intimée et CESA/CEL — En appel, l'appelante a adopté une interprétation plus large des art. 247(2)(b) et d) de la Loi et

of Act, ss. 247(2)(b),(d); in alternative, whether erring in interpretation of Act, s. 247(2)(a) — Act, s. 247(2)(b) setting out conditions that must be satisfied for adjustment to be made; s. 247(2)(d) providing guidance for adjustment to be made if conditions in Act, s. 247(2)(b) satisfied — Interpretation of provisions of Act to be based on textual, contextual, purposive analysis — Act, s. 247(2)(b) setting out two conditions in relation to transactions at issue in present case: (1) transaction or series would not have been entered into between persons dealing at arm's length; (2) transaction can reasonably be considered not to have been entered into primarily for bona fide purposes other than to obtain tax benefit — Act, s. 247(2)(b)(i) not referring to whether particular taxpayer would not have entered into particular transaction with non-resident (subjective test) — Rather, raising issue of whether transaction or series of transactions would have been entered into between persons dealing with each other at arm's length (objective test) — Act, s. 247(2)(b)(i) applying when no arm's length persons would have entered into transaction or series of transactions in question under any terms, conditions — That provision directly linked to s. 247(2)(d) — Under s. 247(2)(d), which applicable if conditions in s. 247(2)(b) satisfied, any amount that would otherwise be determined for purposes of Act is to be adjusted to quantum or nature of amounts that would have been determined if transaction or series entered into between participants had been transaction or series that would have been entered into between persons dealing at arm's length — Headings under which ss. 247, 247(2) found supporting interpretation of s. 247(2) that would result in adjustment in pricing of relevant transactions rather than interpretation that would allow Minister to pierce corporate veil of CEL, reallocate profits to respondent — Ss. 247(2)(b),(d) not permitting court to ignore separate existence of CEL, treat respondent as if having bought, sold uranium that CEL bought, sold — Transfer by respondent of its sales function to CEL would still have to be respected — Profits in question in present matter arising from buying, selling uranium — No basis to find that parties dealing with each other at arm's length would not have bought, sold uranium or transferred between them rights to buy uranium from Tenex or Urenco — Also, no basis for Court to interfere with Tax Court's finding in relation to value of Tenex or Urenco agreements or in relation to prices paid by CEL to respondent for uranium purchased — Therefore, appellant could not succeed in relation to its alternate argument with respect to Act, s. 247(2)(a) — Appeal in A-193-19 regarding costs dismissed since contingent on success of main appeal in A-349-18 — Appeals dismissed.

affirmé que l'intimée n'aurait conclu aucune des opérations qu'elle a conclues avec CESA et CEL avec une personne sans lien de dépendance — Selon l'appelante, les bénéfices réalisés par CEL devraient être réattribués à l'intimée; elle a aussi soulevé un argument subsidiaire concernant l'interprétation de l'art. 247(2)a) de la Loi — Il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation des art. 247(2)b) et d) de la Loi et, à titre subsidiaire, dans son interprétation de l'art. 247(2)a) de cette loi — L'art. 247(2)b) de la Loi édicte les conditions qui doivent être respectées pour qu'un redressement soit effectué; l'art. 247(2)d) prescrit des indications quant au redressement à effectuer si les conditions de l'art. 247(2)b) de la Loi sont respectées — L'interprétation des dispositions de la Loi doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique — L'art. 247(2)b) de la Loi édicte deux conditions relativement aux opérations qui étaient en cause dans la présente affaire : 1) l'opération ou la série d'opérations n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance; 2) il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal — L'art. 247(2)b)(i) de la Loi ne déclare pas si le contribuable donné n'aurait pas conclu l'opération donnée avec le non-résident (critère subjectif) — Il porte plutôt sur la question de savoir si l'opération ou la série d'opérations aurait été conclue par des personnes sans lien de dépendance (critère objectif) — L'art. 247(2)b)(i) de la Loi s'applique lorsqu'une personne sans lien de dépendance n'aurait pas conclu l'opération ou la série d'opérations en cause, et ce, peu importe les modalités — Cette disposition est directement liée à l'art. 247(2)d) — Aux termes de l'art. 247(2)d), qui est applicable, si les conditions de l'alinéa b) sont respectées, les montants qui seraient par ailleurs déterminés pour l'application de la Loi feront l'objet d'un redressement de façon à ce qu'ils correspondent à la valeur ou à la nature des montants qui auraient été déterminés si l'opération ou la série conclue entre les participants avait été celle qui aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance — Les rubriques dans lesquelles figurent les art. 247 et 247(2) appuyaient une interprétation de l'art. 247(2) qui donnerait lieu à un redressement des prix des opérations pertinentes, plutôt qu'une interprétation qui permettrait au ministre de soulever le voile de la personnalité juridique de CEL et de réaffecter tous ses profits à l'intimée — Les art. 247(2)b) et d) ne permettraient pas à un tribunal de faire fi de l'existence distincte de CEL et de traiter l'intimée comme si elle avait acheté et vendu l'uranium que CEL avait acheté et vendu — Il faudrait encore respecter le transfert par l'intimée de sa fonction de ventes à CEL — Les profits en question en l'espèce ont découlé de l'achat et de la vente d'uranium — Rien ne permettait de conclure que des parties n'ayant aucun lien de dépendance n'auraient pas acheté ou vendu de l'uranium ni transféré entre elles les droits d'acheter de l'uranium auprès de Tenex ou d'Urenco — Il n'y avait aucune raison non plus pour que la Cour intervienne quant à la conclusion du juge de

These were two appeals: one (A-349-18) from a Tax Court of Canada decision reversing the Minister of National Revenue's significant adjustments to the respondent's income that had been made under section 247 of the *Income Tax Act*; the other (A-193-19) from the Tax Court order awarding costs to the respondent in the event the appellant was successful in the main appeal before the Court.

The respondent, together with its subsidiaries, is a large uranium producer and supplier of the services that convert one form of uranium into another form. The respondent had uranium mines in Canada and in the United States. In 1993, the United States and Russian governments executed an agreement whereby Russia could sell uranium formerly used in its nuclear arsenal. The net result of this agreement was that a certain quantity of uranium would be offered for sale on the market. The respondent negotiated an agreement for the purchase of this uranium by a consortium of companies. When the final agreement was signed in 1999, the respondent designated its Luxembourg subsidiary, Cameco Europe S.A. (CESA), to be the signatory to this agreement. The agreement relating to the purchase of the Russian uranium was executed among CESA and other international companies including AO "Techsnabexport" (Tenex), a Russian state-owned company. This agreement, which is also referred to as the Highly Enriched Uranium (HEU) Feed Agreement, initially provided for the granting of options to purchase the uranium that Tenex would make available for sale. In 1999, CESA entered into an agreement with a uranium enricher company called Urenco to purchase uranium that Urenco would be receiving from Tenex. That same year, the respondent formed a subsidiary in Switzerland and this company later changed its name to Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL). Subsequently, CESA transferred its business to CEL and this included the rights that CESA had to purchase uranium from Tenex and Urenco. CEL also purchased the respondent's expected uranium production and its uranium inventory. The profits in issue in this appeal arose as a result of the sale of uranium by CEL that it purchased from three different sources being Tenex, Urenco and the respondent. Given that prices for uranium increased substantially over the years since the initial arrangements with the various companies, profits realized by CEL from buying and selling uranium were substantial. These profits were reassessed by the Minister who added amounts to the respondent's income.

la Cour de l'impôt en lien avec la valeur du contrat Tenex ou du contrat Urenco, ni en lien avec les prix que CEL a payés à l'intimée pour l'uranium qu'elle achetait — Par conséquent, l'appelante ne pouvait pas obtenir gain de cause relativement à son argument lié à l'art. 247(2)a de la Loi — L'appel dans le dossier A-193-19 a été rejeté sur la question des dépens, puisqu'il dépendait du succès de l'appel principal dans le dossier A-349-18 — Appels rejetés.

Il s'agissait de deux appels : le premier (A-349-18) à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt infirmant les redressements importants du ministre du Revenu national à l'égard du revenu de l'intimée, effectués au titre de l'article 247 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; le deuxième (A-193-19) à l'encontre d'une ordonnance de la Cour de l'impôt adjugeant des dépens à l'intimée au cas où l'appelante obtiendrait gain de cause dans l'appel principal interjeté devant la Cour.

L'intimée, avec ses filiales, est un grand producteur d'uranium et fournisseur de services de conversion d'uranium d'une forme à une autre. Elle avait des mines d'uranium au Canada et aux États-Unis. En 1993, les gouvernements américain et russe ont signé un accord visant à offrir à la Russie les moyens de vendre l'uranium qu'elle utilisait auparavant dans son arsenal nucléaire. En conséquence de cet accord, une certaine quantité d'uranium serait offerte en vente sur le marché. L'intimée a négocié un accord d'achat de cet uranium par un consortium d'entreprises. Lorsque l'accord définitif a été signé en 1999, l'intimée a désigné sa filiale luxembourgeoise, Cameco Europe S.A. (CESA), comme signataire de cet accord. L'accord portant sur l'achat d'uranium russe a été signé par CESA et d'autres sociétés internationales, notamment AO « Techsnabexport » (Tenex) (une société d'État russe). Cet accord, aussi qualifié de contrat sur l'uranium naturel de l'Uranium Hautement Enrichi (UHE), prévoyait initialement l'octroi d'options d'achat de l'uranium que Tenex offrirait en vente. En 1999, CESA a signé un accord avec Urenco (un enrichisseur d'uranium) prévoyant l'achat de l'uranium qu'Urenco recevrait de Tenex. La même année, l'intimée a constitué une filiale en Suisse et cette entreprise a ensuite changé son nom pour devenir Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL). Par la suite, CESA a transféré son activité à CEL, ce qui incluait le droit de CESA d'acheter de l'uranium à Tenex et à Urenco. CEL a aussi acheté la production d'uranium prévue de l'intimée et son stock d'uranium. Les bénéfices en cause dans le présent appel sont le résultat de la vente d'uranium par CEL, qui l'a acheté à trois sources différentes, soit Tenex, Urenco et l'intimée. Étant donné que le prix de l'uranium a considérablement augmenté au cours des années qui ont suivi les ententes signées avec les diverses sociétés, CEL a enregistré des bénéfices considérables grâce à l'achat et à la vente d'uranium. Lors de l'établissement d'une nouvelle cotisation à l'égard de l'intimée, le ministre a ajouté des montants d'argent à son revenu.

Before the Tax Court, the main focus was the application of the transfer pricing rules in section 247 of the Act. In most of its analysis, the Tax Court did not distinguish between CESA and CEL but rather referred to these two companies collectively as CESA/CEL. The Tax Court concluded, in particular, that arrangements under which the respondent sold uranium to CESA/CEL and under which it purchased uranium from CESA/CEL were not commercially irrational and, therefore, were not transactions described in subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act. With respect to paragraphs 247(2)(a) and (c) of the Act, an analysis of the application of these paragraphs to the series of transactions at issue led the Tax Court to determine that no adjustment should be made in relation to any transactions between the respondent and CESA/CEL.

On appeal, the appellant adopted a broader view of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act and submitted that the respondent would not have entered into any of the transactions that it did with CESA and CEL with any arm's length person. As a result, it argued that all of the profit earned by CEL should be reallocated to the respondent. The appellant also raised an alternate argument relating to the interpretation of paragraph 247(2)(a) of the Act.

The main issue was whether the Tax Court erred in its interpretation of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act and, in the alternative, in its interpretation of paragraph 247(2)(a) thereof.

Held, the appeals should be dismissed.

Paragraph 247(2)(b) sets out the conditions that must be satisfied for an adjustment to be made and paragraph 247(2)(d) of the Act provides guidance for the adjustment to be made if the conditions in paragraph 247(2)(b) of the Act are satisfied. The interpretation of the provisions of the Act were to be based on a textual, contextual and purposive analysis, which was carried out. Paragraph 247(2)(b) of the Act sets out two conditions in relation to the transactions that were at issue in this case. The first is that the transaction or series would not have been entered into between persons dealing at arm's length and the second is that it can reasonably be considered not to have been entered into primarily for *bona fide* purposes other than to obtain a tax benefit. Contrary to what the appellant argued, subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act does not refer to whether the particular taxpayer would not have entered into the particular transaction with the non-resident if that taxpayer had been dealing with the non-resident at arm's length (subjective test). Rather, this subparagraph raises the issue of whether the transaction or series of transactions would have been entered into between persons dealing with each other at arm's length (an objective test based on hypothetical persons).

La décision de la Cour de l'impôt était principalement axée sur l'application des règles en matière de prix de transfert énoncées à l'article 247 de la Loi. Dans la majeure partie de son analyse, la Cour de l'impôt n'a pas fait de distinction entre CESA et CEL, elle a plutôt fait référence à ces deux entreprises collectivement en tant que CESA/CEL. La Cour de l'impôt a conclu plus particulièrement que les ententes, au titre desquelles l'intimée a vendu de l'uranium à CESA/CEL et au titre desquelles elle a acheté de l'uranium à CESA/CEL, n'étaient pas contraires à la logique commerciale et que, par conséquent, ces opérations n'étaient pas visées par le sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi. Relativement aux alinéas 247(2)(a) et c) de la Loi, la Cour de l'impôt a analysé l'application de ces alinéas à la série d'opérations en cause et a jugé qu'aucun redressement ne devait être effectué relativement aux opérations entre l'intimée et CESA/CEL.

Dans l'appel, l'appelante a adopté une interprétation plus large des alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi et affirmé que l'intimée n'aurait conclu aucune des opérations qu'elle a conclues avec CESA et CEL avec une personne sans lien de dépendance. Par conséquent, selon l'appelante, tous les bénéfices réalisés par CEL devraient être réattribués à l'intimée. L'appelante a aussi soulevé un argument subsidiaire concernant l'interprétation de l'alinéa 247(2)(a) de la Loi.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation des alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi et, à titre subsidiaire, dans son interprétation de l'alinéa 247(2)(a) de cette loi.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

L'alinéa 247(2)(b) édicte les conditions qui doivent être respectées pour qu'un redressement soit effectué et l'alinéa 247(2)(d) de la Loi prescrit des indications quant au redressement à effectuer si les conditions de l'alinéa 247(2)(b) de la Loi sont respectées. L'interprétation des dispositions de la Loi doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique, qui a été effectuée. L'alinéa 247(2)(b) de la Loi édicte deux conditions relativement aux opérations qui étaient en cause dans la présente affaire. Suivant la première condition, l'opération ou la série d'opérations n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance et, suivant la deuxième, il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal. Contrairement à ce que l'appelante a fait valoir, le sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi ne déclare pas si le contribuable donné n'aurait pas conclu l'opération donnée avec le non-résident si ce contribuable n'avait eu aucun lien de dépendance avec le non-résident (critère subjectif). Cet alinéa porte plutôt sur la question de savoir si l'opération ou la série d'opérations aurait été conclue par des personnes sans lien de dépendance (un critère objectif fondé

Subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act applies when no arm's length persons would have entered into the transaction or the series of transactions in question, under any terms and conditions. Moreover, since the respondent initially chose CESA (who subsequently transferred the rights to CEL) and since the tax rates were lower in Switzerland than in Canada, the appellant, in this case, was arguing that the condition in subparagraph 247(2)(b)(ii) of the Act was satisfied. Parliament did not intend that subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act would apply as proposed by the appellant. Subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act cannot be read in isolation. It is directly linked to paragraph 247(2)(d) of the Act. Under this paragraph (which is applicable if the conditions in paragraph (b) are satisfied), any amount that would otherwise be determined for the purposes of the Act is to be adjusted to the quantum or nature of the amounts that would have been determined if "the transaction or series entered into between the participants had been the transaction or series that would have been entered into between persons dealing at arm's length, under terms and conditions that would have been made between persons dealing at arm's length" [emphasis added]. Thus, the text of this provision did not support the interpretation as proposed by the appellant.

With respect to the contextual and purposive analysis, the heading for section 247 of the Act was relevant. Section 247 is in Part XVI.1 of the Act with the heading "Transfer Pricing". The heading for subsection 247(2) of the Act is "Transfer pricing adjustment". These headings supported an interpretation of subsection 247(2) of the Act that would result in an adjustment in the pricing of the relevant transactions rather than an interpretation that would allow the Minister to pierce the corporate veil of CEL and reallocate all of its profits to the respondent. Paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act would not permit a court to effectively ignore the separate existence of CEL and treat the respondent as if it had bought and sold the uranium that CEL had bought and sold. The transfer by the respondent of its sales function to CEL would still have to be respected. The context and purpose also did not support the interpretation of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act as proposed by the appellant.

In conclusion, Parliament has chosen to indirectly address the issue of a Canadian taxpayer shifting profits to a non-arm's length person located in another jurisdiction by implementing the transfer pricing rules found in Part XVI.1 of the Act. These rules will adjust prices paid for goods purchased and sold and for services provided in transactions between a taxpayer and a non-resident person with whom that taxpayer is not dealing at arm's length, if such prices differ from the amount that would be paid in an arm's length transaction. By adjusting prices for goods and services, the profit realized by the Canadian taxpayer will be adjusted. However, the rules in paragraph 247(2)(b) and (d) of the Act are not as broad as the appellant suggested. They

sur des personnes hypothétiques). Le sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi s'applique lorsqu'une personne sans lien de dépendance n'aurait pas conclu l'opération ou la série d'opérations en cause, et ce, peu importe les modalités. De plus, étant donné que l'intimée a d'abord choisi CESA (qui a ensuite transféré les droits à CEL) et que les taux d'imposition étaient plus faibles en Suisse qu'au Canada, l'appelante a prétendu, en l'espèce, que la condition énoncée au sous-alinéa 247(2)(b)(ii) de la Loi a été respectée. Le législateur n'avait pas prévu que le sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi s'appliquerait, comme l'a avancé l'appelante. Le sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi ne peut pas être interprété isolément. Il est directement lié à l'alinéa 247(2)(d) de la Loi. Aux termes de cet alinéa (qui est applicable, si les conditions de l'alinéa b) sont respectées), les montants qui seraient par ailleurs déterminés pour l'application de la Loi feront l'objet d'un redressement de façon à ce qu'ils correspondent à la valeur ou à la nature des montants qui auraient été déterminés si « l'opération ou la série conclue entre les participants avait été celle qui aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance, selon des modalités qui auraient été conclues entre de telles personnes » [non souligné dans l'original]. Par conséquent, le libellé de cette disposition n'appuyait pas l'interprétation avancée par l'appelante.

En ce qui concerne l'analyse contextuelle et téléologique, la rubrique de l'article 247 de la Loi était pertinente. L'article 247 figure dans la partie XVI.1, à la rubrique : « Prix de transfert ». Le paragraphe 247(2) de la Loi se trouve quant à lui à la rubrique « Redressement ». Ces rubriques appuyaient une interprétation du paragraphe 247(2) de la Loi qui donnerait lieu à un redressement des prix des opérations pertinentes, plutôt qu'une interprétation qui permettrait au ministre de soulever le voile de la personnalité juridique de CEL et de réaffecter tous ses profits à l'intimée. Les alinéas 247(2)(b) et (d) de la Loi ne permettraient pas à un tribunal de faire fi de l'existence distincte de CEL et de traiter l'intimée comme si elle avait acheté et vendu l'uranium que CEL avait acheté et vendu. Il faudrait encore respecter le transfert par l'intimée de sa fonction de ventes à CEL. Le contexte et l'objet n'appuyaient pas non plus l'interprétation avancée par l'appelante quant aux alinéas 247(2)(b) et (d) de la Loi.

En conclusion, le législateur a décidé d'aborder de manière indirecte le cas d'un contribuable canadien qui transférerait des profits à une personne ayant un lien de dépendance dans un autre territoire; pour ce faire, il a mis en œuvre les règles en matière de prix de transfert énoncées dans la partie XVI.1 de la Loi. Ces règles entraînent le redressement des prix payés pour des marchandises achetées et vendues ainsi que pour des services fournis dans le cadre de transactions entre un contribuable et une personne non-résidente avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance, si ces prix ne correspondent pas à un prix de pleine concurrence. Le redressement des prix des marchandises et des services entraîne le

do not allow the Minister to simply reallocate all of the profit of a foreign subsidiary to its Canadian parent company on the basis that the Canadian corporation would not have entered any transactions with its foreign subsidiary if they had been dealing with each other at arm's length. Paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act apply only where a taxpayer and non-arm's length non-resident have entered into a transaction or a series of transactions that would not have been entered into between any two (or more) persons dealing at arm's length, under any terms or conditions. In such a situation, the transaction or series of transactions that would have been entered into between arm's length persons is substituted for the transaction or series of transactions in question, with the appropriate terms and conditions. In particular, paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act could not be used to simply reallocate all of the profits earned by CEL to the respondent, its Canadian parent corporation, in the circumstances of this case.

Essentially, the profits in question in this case arose from buying and selling uranium. There was no basis to find that parties dealing with each other at arm's length would not have bought and sold uranium or transferred between them the rights to buy uranium from Tenex or Urenco.

With respect to the appellant's alternative argument, there was no basis for the Court to interfere with the finding of the Tax Court Judge in relation to the value of the Tenex or Urenco agreements or in relation to the prices paid by CEL to the respondent for the uranium that it purchased. Therefore, the appellant could not succeed in relation to its alternate argument with respect to paragraph 247(2)(a) of the Act.

As for the appeal in A-193-19 regarding costs, it was dismissed since it was contingent on the success of the main appeal in A-349-18

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 69(2), 87, 247.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Davis, [1999] 3 S.C.R. 759, 1999 CanLII 638; *M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board*, 2007 FCA 346, [2008] 3 F.C.R. 366, leave to appeal to S.C.C. dismissed [2008] 1 S.C.R. vi, 386 N.R. 397, 2008 CanLII 18937.

redressement des profits réalisés par le contribuable canadien. Toutefois, les règles énoncées aux alinéas 247(2)b) et d) de la Loi ne sont pas aussi générales que l'a prétendu l'appelante. Elles ne permettent pas au ministre de réaffecter simplement tous les profits d'une filiale à l'étranger à sa société mère canadienne en tenant pour acquis que la société canadienne n'aurait conclu aucune opération avec sa filiale à l'étranger si elles n'avaient pas eu de lien de dépendance. Les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi s'appliquent uniquement lorsqu'un contribuable et un non-résident ayant un lien de dépendance ont conclu une opération ou une série d'opérations qui n'aurait pas été conclue entre deux personnes (ou plus) sans lien de dépendance, quelles que soient les modalités. Dans une telle situation, l'opération ou la série d'opérations qui aurait été conclue entre des personnes sans lien de dépendance est remplacée par l'opération ou la série d'opérations en question, avec les modalités qui conviennent. Plus précisément, les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi ne pouvaient pas servir à réaffecter simplement tous les profits réalisés par CEL à l'intimée, sa société mère canadienne, dans les circonstances de l'espèce.

En fait, les profits en question en l'espèce ont découlé de l'achat et de la vente d'uranium. Rien ne permettait de conclure que des parties n'ayant aucun lien de dépendance n'auraient pas acheté ou vendu de l'uranium ni transféré entre elles les droits d'acheter de l'uranium auprès de Tenex ou d'Urenco.

En ce qui concerne l'argument subsidiaire de l'appelante, il n'y avait aucune raison pour que la Cour intervienne quant à la conclusion du juge de la Cour de l'impôt en lien avec la valeur du contrat Tenex ou du contrat Urenco, ni en lien avec les prix que CEL a payés à l'intimée pour l'uranium qu'elle achetait. Par conséquent, l'appelante ne pouvait pas obtenir gain de cause relativement à son argument lié à l'alinéa 247(2)a) de la Loi.

L'appel dans le dossier A-193-19 a été rejeté sur la question des dépens, puisqu'il dépendait du succès de l'appel principal dans le dossier A-349-18.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 69(2), 87, 247.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Davis, [1999] 3 R.C.S. 759, 1999 CanLII 638; *M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal*, 2007 CAF 346, [2008] 3 R.C.F. 366, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2008] 1 R.C.S. vi, 2008 CanLII 18937.

CONSIDERED:

Welton v. United Lands Corporation Limited, 2020 ONCA 322 (CanLII); *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, 1993 CanLII 146; *Canada v. General Electric Capital Canada Inc.*, 2010 FCA 344, 414 N.R. 304; *Canada v. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 SCC 52, [2012] 3 S.C.R. 3; *Envision Credit Union v. Canada*, 2011 FCA 321, 2012 D.T.C. 5055, affd 2013 SCC 48, [2013] 3 S.C.R. 191; *McKesson Canada Corporation v. The Queen*, 2013 TCC 404, 2014 D.T.C. 1040.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2016 FCA 216, 487 N.R. 230; *Barnwell v. Canada*, 2016 FCA 150, 484 N.R. 57.

AUTHORS CITED

Organisation for Economic Co-Operation and Development. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, July 2010.

Organisation for Economic Co-Operation and Development. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*, Paris: OECD, 1995.

Sherman, David M. *Income Tax Act, Department of Finance technical notes: a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998.

APPEALS from a Tax Court of Canada decision (2018 TCC 195, [2019] 1 C.T.C. 2001) reversing the Minister of National Revenue's significant adjustments to the respondent's income that had been made under section 247 of the *Income Tax Act* and from the Tax Court's order (2019 TCC 92) awarding costs to the respondent resulting from the main appeal. Appeals dismissed.

APPEARANCES

Elizabeth Chasson, Jenna Clark, Diana Aird, Sandra Tsui and Alisa Apostle for appellant.
Al Meghji, Peter Macdonald and Mark Sheeley for respondent.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Welton v. United Lands Corporation Limited, 2020 ONCA 322 (CanLII); *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, 1993 CanLII 146; *Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc.*, 2010 CAF 344; *Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 CSC 52, [2012] 3 R.C.S. 3; *Envision Credit Union c. Canada*, 2011 CAF 321, conf. par 2013 CSC 48, [2013] 3 R.C.S. 191; *McKesson Canada Corporation c. La Reine*, 2013 CCI 404.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2016 CAF 216; *Barnwell c. Canada*, 2016 CAF 150.

DOCTRINE CITÉE

Organisation de coopération et de développement économiques. *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris : OCDE, 1995.

Organisation de coopération et de développement économiques. *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, OCDE, juillet 2010.

Sherman, David M. *Income Tax Act, Department of Finance technical notes : a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 10^e éd. Scarborough, Ont. : Carswell, 1998.

APPELS d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2018 CCI 195) infirmant les redressements importants du ministre du Revenu national à l'égard du revenu de l'intimée, effectués au titre de l'article 247 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et à l'encontre d'une ordonnance de la Cour de l'impôt (2019 CCI 92) adjugeant à l'intimée les dépens découlant de l'appel principal. Appels rejetés.

ONT COMPARU :

Elizabeth Chasson, Jenna Clark, Diana Aird, Sandra Tsui et Alisa Apostle pour l'appelante.
Al Meghji, Peter Macdonald et Mark Sheeley pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] WEBB J.A.: The issue in appeal A-349-18 is the interpretation of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) and, in particular, whether these paragraphs would permit the Minister of National Revenue (Minister) to re-allocate all of the profit of a foreign subsidiary of a Canadian corporation to its Canadian parent corporation. Appeal A-193-19 is an appeal from the order of the Tax Court of Canada awarding costs to Cameco Corporation (Cameco) [2019 TCC 92].

[2] The Minister's significant adjustments to the income of Cameco that had been made under section 247 of the Act were reversed by the judgment of the Tax Court dated September 26, 2018 (2018 TCC 195, [2019] 1 C.T.C. 2001 [reasons]). By the order dated April 29, 2019, the Tax Court Judge awarded costs to Cameco in the amount of \$10 250 000 for counsel fees and ordered that the disbursements be taxed, with the proviso that no costs were awarded in respect of certain interlocutory motions.

[3] For the reasons that follow, I would dismiss these appeals.

I. Background

[4] The Tax Court hearing lasted 69 days, dispersed over several months from October 5, 2016 to September 13, 2017. Cameco called seven fact witnesses and five expert witnesses. The Crown called twelve fact witnesses and three expert witnesses.

[5] The Tax Court Judge devoted the first 197 pages (570 paragraphs) of his reasons (which in total were

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l'appelante.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : La question en litige en appel dans le dossier A-349-18 est celle de l'interprétation des alinéas 247(2)b) et d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi). Plus précisément, il s'agit de savoir si ces alinéas permettraient au ministre du Revenu national (le ministre) de réattribuer l'ensemble des profits d'une filiale étrangère d'une société canadienne à sa société mère canadienne. Le dossier d'appel A-193-19 correspond à l'appel de l'ordonnance de la Cour canadienne de l'impôt adjugeant des dépens à Cameco Corporation (Cameco) [2019 CCI 92].

[2] Les redressements importants du ministre à l'égard du revenu de Cameco, effectués au titre de l'article 247 de la Loi, ont été infirmés dans le jugement de la Cour canadienne de l'impôt daté du 26 septembre 2018 (2018 CCI 195 [motifs]). Par l'ordonnance datée du 29 avril 2019, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a adjugé à Cameco des dépens de 10 250 000 \$ au titre des honoraires d'avocat et a ordonné que les débours soient taxés, en l'assortissant de la disposition selon laquelle aucuns dépens n'ont été adjugés à l'égard de certaines requêtes interlocutoires.

[3] Pour les motifs suivants, je rejetterais les présents appels.

I. Résumé des faits

[4] L'audience devant la Cour canadienne de l'impôt a duré 69 jours, répartis sur plusieurs mois entre le 5 octobre 2016 et le 13 septembre 2017. Cameco a appelé sept témoins des faits et cinq témoins experts. La Cour a appelé douze témoins des faits et trois témoins experts.

[5] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a consacré les 197 premières pages (570 paragraphes) de ses

282 pages long) to a brief three paragraph introduction followed by a description of the witnesses and a recitation of various parts of the evidence. This recitation included several excerpts from various documents, excerpts from the transcript and detailed charts from the experts' reports. Despite the lengthy description of the evidence, there is very little, if any, analysis of this evidence and no indication in these first 570 paragraphs of how any particular piece of evidence is relevant or necessary for the issues that were before the Tax Court. This lengthy dissertation is comparable to the "factual data dump" described by the Ontario Court of Appeal in *Welton v. United Lands Corporation Limited*, 2020 ONCA 322 (CanLII), at paragraphs 56 to 63. I agree with the comments of the Ontario Court of Appeal as set out in those paragraphs.

[6] For the purposes of this appeal, the relevant facts can be summarized briefly.

[7] Cameco, together with its subsidiaries, is a large uranium producer and supplier of the services that convert one form of uranium into another form. Cameco had uranium mines in Saskatchewan and uranium refining and processing (conversion) facilities in Ontario. Cameco also had subsidiaries in the United States that owned uranium mines in the United States.

[8] In 1993, the United States and Russian governments executed an agreement that provided the means by which Russia could sell uranium formerly used in its nuclear arsenal. The net result of this agreement was that a certain quantity of uranium would be offered for sale in the market. Cameco initially attempted to secure this source of uranium on its own but later took the lead in negotiating an agreement for the purchase of this uranium by a consortium of companies. When the final agreement was signed in 1999, Cameco designated its Luxembourg subsidiary, Cameco Europe S.A. (CESA), to be the signatory to this agreement.

[9] The agreement related to the purchase of the Russian uranium was executed in 1999 among CESA, Compagnie

motifs (282 pages de motifs en tout) à une courte introduction de trois paragraphes, suivie d'une présentation des témoins et d'un exposé de différentes parties des éléments de preuve. Cet exposé comprenait différents extraits de divers documents, des extraits de la transcription et des tableaux détaillés des rapports des experts. En dépit de la longue présentation des éléments de preuve, leur analyse est brève, voire inexistante, et rien n'indique, dans ces 570 premiers paragraphes, en quoi un élément de preuve précis correspond ou est nécessaire aux questions en litige dont la Cour canadienne de l'impôt était saisie. Cette longue dissertation est comparable au [TRADUCTION] « déversement de données factuelles » mentionné par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Welton v. United Lands Corporation Limited*, 2020 ONCA 322 (CanLII), aux paragraphes 56 à 63. Je souscris aux remarques du juge de la Cour d'appel de l'Ontario, telles qu'elles sont formulées dans ces paragraphes.

[6] Aux fins du présent appel, les faits pertinents peuvent être résumés ainsi.

[7] Cameco, avec ses filiales, est un grand producteur d'uranium et fournisseur de services de conversion d'uranium d'une forme à une autre. Cameco avait des mines d'uranium en Saskatchewan et des installations de raffinage et de transformation (conversion) de l'uranium en Ontario. Cameco avait aussi des filiales aux États-Unis qui détenaient des mines d'uranium aux États-Unis.

[8] En 1993, les gouvernements américain et russe ont signé un accord visant à offrir à la Russie les moyens de vendre l'uranium qu'elle utilisait auparavant dans son arsenal nucléaire. En conséquence de cet accord, une certaine quantité d'uranium serait offerte en vente sur le marché. Cameco a d'abord tenté d'obtenir seule cette source d'uranium, mais elle a plus tard pris les devants dans la négociation d'un accord d'achat de cet uranium par un consortium d'entreprises. Lorsque l'accord définitif a été signé en 1999, Cameco a désigné sa filiale luxembourgeoise, Cameco Europe S.A. (CESA), comme signataire de cet accord.

[9] L'accord portant sur l'achat d'uranium russe a été signé en 1999 par CESA, la Compagnie Générale des

Générale des Matières Nucléaires (COGEMA) (a French state-owned uranium producer), Nukem, Inc. (a privately owned United States trader in uranium), Nukem Nuklear GMBH and AO “Techsnabexport” (Tenex) (a Russian state-owned company). This agreement, which is also referred to as the HEU : [Highly Enriched Uranium] Feed Agreement, initially provided for the granting of options to purchase the uranium that Tenex would make available for sale. In the years following 1999, there were a number of amendments to this agreement. In particular, the fourth amendment in 2001, in part, obligated the western consortium (CESA, COGEMA and Nukem) to purchase a certain amount of uranium (paragraph 82 of the reasons).

[10] On September 9, 1999, CESA entered into an agreement with Urenco Limited (Urenco) (a uranium enricher) and three of its subsidiaries to purchase uranium that Urenco would be receiving from Tenex.

[11] Also in 1999, Cameco formed a subsidiary in Switzerland. This company, in 2001, changed its name to Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL). In 2002, CESA transferred its business (which was described in the transfer agreement as “trading with raw materials, particularly uranium in various forms”) to CEL under the Asset Purchase and Transfer of Liabilities Agreement dated as of October 1, 2002, but executed on October 30, 2002. Therefore, CESA transferred to CEL the rights that CESA had to purchase uranium from Tenex and Urenco.

[12] CEL also purchased Cameco’s expected uranium production and its uranium inventory. It would appear that this arrangement did not include any uranium that was sold by Cameco to any customers in Canada (paragraph 40 of the Crown’s memorandum). At certain times, Cameco also purchased uranium from CEL.

[13] The profits in issue in this appeal arose as a result of the sale of uranium by CEL that it purchased from three different sources:

- (a) from Tenex;
- (b) from Urenco (which was uranium that Urenco had acquired from Tenex); and

Matières Nucléaires (COGEMA) (une société d’État française produisant de l’uranium), Nukem Inc. (un négociant d’uranium américain du secteur privé), Nukem Nuklear GmbH et AO « Techsnabexport » (Tenex) (une société d’État russe). L’octroi d’options d’achat de l’uranium, que Tenex offrirait en vente, était initialement prévu dans cet accord, aussi qualifié de contrat sur l’uranium naturel de l’UHE [Uranium Hautement Enrichi]. Après 1999, plusieurs modifications ont été apportées à cet accord. Plus précisément, la quatrième modification de 2001 obligeait, en partie, le consortium occidental (CESA, COGEMA et Nukem) à acheter une quantité précise d’uranium (au paragraphe 82 des motifs).

[10] Le 9 septembre 1999, CESA a signé un accord avec Urenco Limited (Urenco) (un enrichisseur d’uranium) et trois de ses filiales prévoyant l’achat de l’uranium qu’Urenco recevrait de Tenex.

[11] En 1999, Cameco a aussi constitué une filiale en Suisse. En 2001, cette entreprise a changé son nom pour devenir Cameco Europe AG (SA, Ltd.) (CEL). En 2002, CESA a transféré son activité (ce qui a été présenté dans l’accord de transfert comme [TRADUCTION] « la vente de matières premières, notamment de l’uranium sous diverses formes ») à CEL, aux termes de l’entente relative à l’achat de l’actif et au transfert du passif daté du 1^{er} octobre 2002, mais qui a pris effet le 30 octobre 2002. Par conséquent, CESA a transféré à CEL le droit de CESA d’acheter de l’uranium à Tenex et à Urenco.

[12] CEL a aussi acheté la production d’uranium prévue de Cameco et son stock d’uranium. Il appert que cette entente ne comprenait pas l’uranium vendu par Cameco à des clients au Canada (au paragraphe 40 du mémoire de la Couronne). À plusieurs reprises, Cameco a aussi acheté de l’uranium à CEL.

[13] Les bénéfices en cause dans le présent appel sont le résultat de la vente d’uranium par CEL, qui l’a acheté à trois sources différentes :

- a) à Tenex;
- b) à Urenco (il s’agissait de l’uranium qu’Urenco avait obtenu auprès de Tenex);

(c) from Cameco.

[14] When the arrangements with Tenex and Urenco were put in place in 1999, the price of uranium was low. In subsequent years, the price of uranium increased substantially. As a result, the profits realized by CEL from buying and selling uranium were substantial. In reassessing Cameco, the Minister added the following amounts to Cameco's income:

Taxation Year	Amount Added to Income
2003	\$43,468,281
2005	\$196,887,068
2006	\$243,075,364

II. Decision of the Tax Court

[15] There were a number of issues before the Tax Court. One issue was whether the arrangements that were put in place were a sham. The Tax Court Judge concluded that "none of the transactions, arrangements or events in issue was a sham" (paragraph 888 of the reasons and paragraph 1 of the judgment). The Crown is not appealing this finding. The Tax Court Judge also addressed issues related to the resource profits of Cameco for its 2005 and 2006 taxation years and made certain adjustments. The Crown has not appealed these adjustments.

[16] The main focus of the decision of the Tax Court Judge was the application of the transfer pricing rules in section 247 of the Act. In most of his analysis, the Tax Court Judge did not distinguish between CESA and CEL; rather, he generally referred to these two companies collectively as CESA/CEL.

c) à Cameco.

[14] Lorsque des ententes ont été signées avec Tenex et Urenco en 1999, le prix de l'uranium était bas. Au cours des années qui ont suivi, le prix de l'uranium a considérablement augmenté. Par conséquent, CEL a enregistré des bénéfices considérables grâce à l'achat et à la vente d'uranium. Lors de l'établissement d'une nouvelle cotisation à l'égard de Cameco, le ministre a ajouté les montants d'argent suivants au revenu de Cameco :

Année d'imposition	Montant d'argent ajouté au revenu
2003	43 468 281 \$
2005	196 887 068 \$
2006	243 075 364 \$

II. Décision rendue par la Cour canadienne de l'impôt

[15] La Cour canadienne de l'impôt a été saisie de plusieurs questions en litige. Une des questions était celle de savoir si les ententes signées étaient un subterfuge. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu qu'« aucune des opérations ou ententes ni aucun événement en litige dans les présents appels n'était un subterfuge » (au paragraphe 888 des motifs et au paragraphe 1 du jugement). La Couronne n'interjette pas appel de cette conclusion. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a aussi réglé les questions en litige portant sur les bénéfices relatifs à des ressources de Cameco pour ses années d'imposition 2005 et 2006, et il a effectué plusieurs redressements. La Couronne n'a pas interjeté appel de ces redressements.

[16] La décision du juge de la Cour canadienne de l'impôt était principalement axée sur l'application des règles en matière de prix de transfert énoncées à l'article 247 de la Loi. Dans la majeure partie de son analyse, le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas fait de distinction entre CESA et CEL, il a plutôt généralement fait référence à ces deux entreprises collectivement en tant que CESA/CEL.

[17] The first issue that the Tax Court Judge addressed was whether paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act were applicable. In this part, he did distinguish between CESA and CEL and referred to the series of transactions related to CESA entering into the agreement with Tenex as the “Tenex Series” and the series of transactions related to CESA entering into the agreement with Urenco as the “Urenco Series”. For paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act, the issue for the Tax Court Judge was whether it would have been commercially rational for a person to give up the business opportunity of entering into contracts with Tenex and Urenco.

[18] Dr. Sarin, one of Cameco’s experts, testified that a person would be willing to give up a business opportunity for an appropriate price (paragraph 718 of the reasons). The Tax Court Judge agreed with this opinion and found “that it is commercially rational for a person to give up a business opportunity and that the correct focus in such a situation is the compensation received for doing so” (reasons, paragraph 719). In paragraph 730 of his reasons, he concluded that subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act did not apply to the Tenex Series or the Urenco Series.

[19] The Tax Court Judge also concluded, in paragraphs 737 and 738 of his reasons, that the arrangements under which Cameco sold uranium to CESA/CEL and under which Cameco purchased uranium from CESA/CEL were not commercially irrational and, therefore, were not transactions described in subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act.

[20] With respect to paragraphs 247(2)(a) and (c) of the Act, the Tax Court Judge analysed the application of these paragraphs to the series of transactions related to Tenex, the series of transactions related to Urenco, and the sale of uranium by Cameco to CESA/CEL. In each case, the Tax Court Judge determined that no adjustment should be made in relation to any transactions between Cameco and CESA/CEL.

[17] La première question en litige traitée par le juge de la Cour canadienne de l’impôt était celle de savoir si les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi étaient applicables. Dans cette partie, il a bien fait la distinction entre CESA et CEL, et a désigné la série d’opérations associée à l’entente signée entre CESA et Tenex comme la « série Tenex » et la série d’opérations associée à l’entente signée entre CESA et Urenco comme la « série Urenco ». Relativement aux alinéas 247(2)b) et d) de la Loi, le juge de la Cour canadienne de l’impôt était appelé à décider s’il aurait été conforme à la logique commerciale qu’une personne renonce à des perspectives commerciales de signer des contrats avec Tenex et Urenco.

[18] Dans son témoignage, Dr. Sarin, un des experts cités par Cameco, a affirmé qu’une personne serait prête à renoncer à des perspectives commerciales pourvu qu’elle soit rémunérée équitablement (au paragraphe 718 des motifs). Le juge de la Cour canadienne de l’impôt a souscrit à cette opinion et a conclu « qu’il est conforme à la logique commerciale qu’une personne renonce à des perspectives commerciales, auquel cas la question doit porter sur la rémunération reçue en contrepartie » (motifs, au paragraphe 719). Au paragraphe 730 de ses motifs, il a conclu que le sous-alinéa 247(2)b)(i) de la Loi ne s’appliquait ni à la série Tenex ni à la série Urenco.

[19] Le juge de la Cour canadienne de l’impôt a aussi conclu, aux paragraphes 737 et 738 de ses motifs, que les ententes, au titre desquelles Cameco a vendu de l’uranium à CESA/CEL et au titre desquelles Cameco a acheté de l’uranium à CESA/CEL, n’étaient pas contraires à la logique commerciale et que, par conséquent, ces opérations n’étaient pas visées par le sous-alinéa 247(2)b)i) de la Loi.

[20] Relativement aux alinéas 247(2)a) et c) de la Loi, le juge de la Cour canadienne de l’impôt a analysé l’application de ces alinéas à la série d’opérations concernant Tenex, à la série d’opérations concernant Urenco et à la vente d’uranium par Cameco à CESA/CEL. Dans chacun de ces cas, le juge de la Cour canadienne de l’impôt a jugé qu’aucun redressement ne devait être effectué relativement aux opérations entre Cameco et CESA/CEL.

[21] The Tax Court Judge made the following comments [at paragraphs 786–788] concerning the value of the HEU Feed Agreement with Tenex:

The evidence recited above leads to the conclusion that the economic benefit of participating in the HEU Feed Agreement was negligible at the time the parties executed the agreement in March 1999. While there is no doubt that CESA/CEL was afforded an opportunity, whether that opportunity had a positive or negative value depended on uncertain future events. A reasonable view of the circumstances, however, is that the HEU Feed Agreement would have had a negative value to CESA/CEL in March 1999 but for the optionality of the agreement, which was negotiated to address that concern. The optionality in the HEU Feed Agreement was eliminated in 2001 with the execution of the fourth amendment.

There is no doubt that after 2002 the HEU Feed Agreement became very valuable to CESA/CEL. However, that value resulted from a significant rise in the market price of uranium after 2002, which, at the time they executed the HEU Feed Agreement and the fourth amendment, the parties did not know would occur.

On the basis of the foregoing, I conclude that there is no evidence warranting an adjustment with regard to the Appellant because of the Tenex Series.

[22] Similarly, with respect to the Urenco agreement, the Tax Court Judge also found that the increase in value under this agreement occurred because the market price for uranium increased after 2002. He also noted that CESA/CEL assumed the price risk when it entered into the Urenco agreement and, therefore, it was entitled to the upside. As a result, he found that no adjustment was required.

[23] With respect to sales of uranium by Cameco to CESA/CEL, the Tax Court Judge concluded in paragraph 856 of his reasons that the prices that were charged by Cameco “to CESA/CEL for uranium delivered in the Taxation Years were well within an arm’s length range of prices and that consequently no transfer pricing adjustment was warranted for the Taxation Years”. There is no finding in relation to the prices paid by Cameco to CEL for the uranium that Cameco purchased from CEL.

[21] Le juge de la Cour canadienne de l’impôt a formulé les commentaires suivants au sujet du contrat sur l’uranium naturel de l’UHE avec Tenex [aux paragraphes 786 à 788] :

Les éléments de preuve mentionnés ci-dessus mènent à la conclusion que l’avantage économique de la participation au contrat sur l’uranium naturel de l’UHE était négligeable au moment de sa signature par les parties, en mars 1999. Bien qu’il ne fasse aucun doute que CESA/CEL se soit vue offrir des perspectives commerciales, la valeur positive ou négative de ces perspectives dépendait d’événements futurs incertains. Toutefois, il n’est pas déraisonnable de penser que le contrat sur l’uranium naturel de l’UHE aurait eu une valeur négative pour CESA/CEL en mars 1999 n’eussent été les options prévues au contrat, lesquelles ont justement été négociées pour remédier à ce problème. Ces options ont été supprimées par la signature de la modification n° 4 en 2001.

Il est indéniable qu’après 2002, le contrat sur l’uranium naturel de l’UHE a acquis une grande valeur pour CESA/CEL. Toutefois, cette valeur résultait d’une hausse importante du prix de l’uranium sur le marché après 2002, que les parties ne pouvaient pas prévoir au moment de la signature du contrat sur l’uranium naturel de l’UHE et de la modification n° 4.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus qu’il n’existe aucun élément de preuve justifiant un redressement à l’égard de l’appelante en raison de la série Tenex.

[22] De même, concernant le contrat Urenco, le juge de la Cour canadienne de l’impôt a aussi conclu que la hausse de valeur au titre de ce contrat s’explique par la hausse du cours de l’uranium sur le marché après 2002. Il a aussi souligné que puisque CESA/CEL a assumé le risque de prix en concluant le contrat Urenco, elle avait droit aux avantages. Par conséquent, il a conclu qu’un redressement n’était pas justifié.

[23] À l’égard des ventes d’uranium de Cameco à CESA/CEL, le juge de la Cour canadienne de l’impôt a conclu au paragraphe 856 de ses motifs que les prix facturés par Cameco « à CESA/CEL pour l’uranium livré au cours des années d’imposition se situaient tout à fait dans l’intervalle de pleine concurrence et que, par conséquent, il n’y avait aucun motif d’effectuer un redressement ». Il n’y a aucune conclusion au sujet des prix payés par Cameco à CEL pour l’uranium que

However, the Crown has not raised any issue in this appeal in relation to the amounts paid by Cameco to CEL for uranium.

III. Issue and Standard of Review

[24] In this appeal, the Crown does not challenge any of the factual findings made by the Tax Court Judge. Rather, the Crown adopts a broader view of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act and submits that Cameco would not have entered into any of the transactions that it did with CESA and CEL with any arm's length person. As a result, according to the Crown, all of the profit earned by CEL should be reallocated to Cameco. The Crown, in its memorandum, also indicated that it was raising an alternative argument related to the interpretation of paragraph 247(2)(a) of the Act.

[25] The issue raised by the Crown is the interpretation of these paragraphs of the Act and, therefore, is a question of law. The standard of review is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[26] The Crown did not raise a separate issue in A-193-19 (the costs appeal) but rather submitted that it was appealing the costs award in the event that it was successful in the main appeal.

IV. The Relevant Statutory Provision

[27] The relevant statutory provision is subsection 247(2) of the Act:

247 ...

Transfer pricing adjustment

(2) Where a taxpayer or a partnership and a non-resident person with whom the taxpayer or the partnership, or a member of the partnership, does not deal at arm's length (or a partnership of which the non-resident person is a member) are participants in a transaction or a series of transactions and

Cameco a acheté à CEL. Toutefois, la Couronne n'a soulevé aucune question dans le présent appel à l'égard des sommes payées par Cameco à CEL pour l'uranium.

III. Question en litige et norme de contrôle

[24] Dans le présent appel, la Couronne ne remet pas en question les conclusions de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt. La Couronne adopte plutôt une interprétation plus large des alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi et affirme que Cameco n'aurait conclu aucune des opérations qu'elle a conclues avec CESA et CEL avec une personne sans lien de dépendance. Par conséquent, selon la Couronne, tous les bénéfices réalisés par CEL devraient être réattribués à Cameco. Dans son mémoire, la Couronne a aussi indiqué qu'elle soulevait un argument subsidiaire concernant l'interprétation de l'alinéa 247(2)a) de la Loi.

[25] La question en litige soulevée par la Couronne porte sur l'interprétation de ces alinéas de la Loi et est, par conséquent, une question de droit. La norme de contrôle est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC. 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[26] La Couronne n'a pas soulevé d'autre question dans le dossier A-193-19 (appel des dépens), mais elle a plutôt prétendu interjeter appel de l'adjudication des dépens au cas où elle obtiendrait gain de cause dans l'appel principal.

IV. La disposition législative pertinente

[27] La disposition législative pertinente est le paragraphe 247(2) de la Loi :

247 [...]

Redressement

(2) Lorsqu'un contribuable ou une société de personnes et une personne non-résidente avec laquelle le contribuable ou la société de personnes, ou un associé de cette dernière, a un lien de dépendance, ou une société de personnes dont la personne non-résidente est un associé, prennent part à une opération ou à une série d'opérations et que, selon le cas :

(a) the terms or conditions made or imposed, in respect of the transaction or series, between any of the participants in the transaction or series differ from those that would have been made between persons dealing at arm's length, or

(b) the transaction or series

(i) would not have been entered into between persons dealing at arm's length, and

(ii) can reasonably be considered not to have been entered into primarily for *bona fide* purposes other than to obtain a tax benefit,

any amounts that, but for this section and section 245, would be determined for the purposes of this Act in respect of the taxpayer or the partnership for a taxation year or fiscal period shall be adjusted (in this section referred to as an "adjustment") to the quantum or nature of the amounts that would have been determined if,

(c) where only paragraph 247(2)(a) applies, the terms and conditions made or imposed, in respect of the transaction or series, between the participants in the transaction or series had been those that would have been made between persons dealing at arm's length, or

(d) where paragraph 247(2)(b) applies, the transaction or series entered into between the participants had been the transaction or series that would have been entered into between persons dealing at arm's length, under terms and conditions that would have been made between persons dealing at arm's length.

V. Analysis

[28] Parliament added Part XVI.1 [sections 247–262]—Transfer Pricing to the Act to address issues related to transactions between a Canadian taxpayer and a non-arm's length person in another jurisdiction. In particular, a Canadian corporation could effectively shift profit to a lower tax jurisdiction by selling goods or providing services to a wholly-owned subsidiary in another jurisdiction for an amount that is less than the amount that would be paid in an arm's length transaction or by buying goods or services from that subsidiary for an amount that is greater than the amount that would be paid in an arm's length transaction.

a) les modalités conclues ou imposées, relativement à l'opération ou à la série, entre des participants à l'opération ou à la série diffèrent de celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance,

b) les faits suivants se vérifient relativement à l'opération ou à la série :

(i) elle n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance,

(ii) il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets vérifiables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal,

les montants qui, si ce n'était le présent article et l'article 245, seraient déterminés pour l'application de la présente loi quant au contribuable ou la société de personnes pour une année d'imposition ou un exercice font l'objet d'un redressement de façon qu'ils correspondent à la valeur ou à la nature des montants qui auraient été déterminés si :

c) dans le cas où seul l'alinéa a) s'applique, les modalités conclues ou imposées, relativement à l'opération ou à la série, entre les participants avaient été celles qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance;

d) dans le cas où l'alinéa b) s'applique, l'opération ou la série conclue entre les participants avait été celle qui aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance, selon des modalités qui auraient été conclues entre de telles personnes.

V. Analyse

[28] Le législateur a ajouté la partie XVI.1 [articles 247 à 262] — Prix de transfert pour répondre aux questions portant sur les opérations entre un contribuable canadien et une personne ayant un lien de dépendance dans un autre territoire. Plus précisément, une société canadienne pourrait effectivement transférer des bénéfices à un autre territoire à taux d'imposition plus faible en vendant des biens ou en fournissant des services à une filiale à cent pour cent dans un autre territoire pour un montant d'argent qui est inférieur à celui qui serait payé lors d'une opération conclue sans lien de dépendance, ou en achetant des biens ou des services à cette filiale à un

[29] Any adjustments that are to be made under this Part of the Act are made under subsection 247(2) of the Act. The opening part of this subsection sets out the general condition for its application: “[w]here a taxpayer ... and a non-resident person with whom the taxpayer ... does not deal at arm’s length ... are participants in a transaction or series of transactions”. The references to partnerships have been omitted since there are no partnerships in this case.

[30] If this condition in the opening part of subsection 247(2) of the Act is met, the next question is whether the conditions in paragraphs 247(2)(a) or (b) of the Act are satisfied. The Crown’s main argument in this appeal relates to the interpretation of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act. Paragraph 247(2)(b) sets out the conditions that must be satisfied for an adjustment to be made and paragraph 247(2)(d) of the Act provides guidance for the adjustment to be made if the conditions in paragraph 247(2)(b) of the Act are satisfied.

[31] In this case, the focus will be on the interpretation of one of the conditions in paragraph 247(2)(b) of the Act (the condition in subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act). In general, the interpretive issue for this condition relates to the subtle distinction between the competing interpretations proposed by the parties. Is this condition satisfied if the particular taxpayer (Cameco in this case) would not have entered into the transaction or series of transactions in issue with an arm’s length person? Or, alternatively, is this condition only satisfied if no persons dealing at arm’s length with each other would have entered into this transaction or this series of transactions?

[32] The interpretation of the provisions of the Act is to be based on a textual, contextual and purposive analysis (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10). The role of this Court is to determine the interpretation of these provisions that was intended by Parliament.

prix supérieur à celui qui serait payé lors d’une opération conclue sans lien de dépendance.

[29] Tout redressement qui doit être effectué au titre de cette partie est effectué aux termes du paragraphe 247(2) de la Loi. La première partie de ce paragraphe énonce les conditions générales de son application : « [L]orsqu’un contribuable [...] et une personne non-résidente avec laquelle le contribuable [...] a un lien de dépendance [...] prennent part à une opération ou à une série d’opérations ». Les références aux sociétés de personnes ont été omises puisqu’il n’y en a aucune en l’espèce.

[30] Si cette condition de la première partie du paragraphe 247(2) de la Loi est respectée, il faut ensuite décider si les conditions des alinéas 247(2)a) ou b) de la Loi sont respectées. Le principal argument de la Couronne dans le présent appel a trait à l’interprétation des alinéas 247(2)b) et d) de la Loi. L’alinéa 247(2)b) édicte les conditions qui doivent être respectées pour qu’un redressement soit effectué. L’alinéa 247(2)d) de la Loi prescrit des indications quant au redressement à effectuer si les conditions de l’alinéa 247(2)b) de la Loi sont respectées.

[31] En l’espèce, l’accent sera mis sur l’interprétation de l’une des conditions de l’alinéa 247(2)b) de la Loi (la condition de sous-alinéa 247(2)b)(i) de la Loi). En général, la question d’interprétation relative à cette condition a trait à la subtile distinction entre les interprétations contraires avancées par les parties. La condition est-elle respectée dans le cas où le contribuable donné (Cameco en l’espèce) n’aurait pas conclu l’opération ou la série d’opérations en cause avec une personne sans lien de dépendance? Ou, subsidiairement, la condition est-elle uniquement respectée dans le cas où aucune personne sans lien de dépendance n’aurait conclu cette opération ou cette série d’opérations?

[32] L’interprétation des dispositions de la Loi doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10). Le rôle de notre Cour est de décider de l’interprétation de ces dispositions voulue par le législateur.

A. Textual Analysis

[33] Paragraph 247(2)(b) of the Act commences with “the transaction or series” which links its application to the particular transaction or series referenced in the opening part of subsection 247(2) of the Act:

247 ...

Transfer pricing adjustment

(2) [w]here a taxpayer ... and a non-resident person with whom the taxpayer ... does not deal at arm’s length ... are participants in a transaction or series of transactions and ... (b) the transaction or series.... [Emphasis added.]

[34] Therefore, the first matter to be addressed under paragraph 247(2)(b) of the Act is the identification of the transactions or series of transactions that are relevant for the purposes of this paragraph. In paragraph 709 of his reasons, the Tax Court Judge identified the following as the relevant transactions:

- (a) the series of transactions related to CESA acquiring the rights to enter into the agreement with Tenex and entering into this agreement (including Cameco’s guarantee of CESA’s obligations);
- (b) the series of transactions related to CESA acquiring the rights to enter into the agreement with Urenco and entering into this agreement (including Cameco’s guarantee of CESA’s obligations); and
- (c) the inter-company sales of uranium between Cameco and CEL.

[35] For the Tenex and Urenco agreements, the relevant transfer of rights from Cameco to CESA would be the transfer of any right that Cameco had to be a party to the first agreements signed in 1999. Once CESA became a party to these agreements, it was CESA (and later its assignee, CEL) who had the right to purchase uranium from Tenex and Urenco, not Cameco.

A. Analyse textuelle

[33] L’alinéa 247(2)b) de la Loi commence par « les faits suivants se vérifient relativement à l’opération ou à la série », ce qui lie son application à l’opération ou à la série d’opérations dont il est question dans la première partie du paragraphe 247(2) de la Loi :

247 [...]

Redressement

(2) Lorsqu’un contribuable [...] et une personne non-résidente avec laquelle le contribuable [...] a un lien de dépendance [...] prennent part à une opération ou à une série d’opérations et que [...] b) l’opération ou la série [...] [Non souligné dans l’original.]

[34] Par conséquent, la première question à examiner au regard de l’alinéa 247(2)b) de la Loi est l’établissement de l’opération ou de la série d’opérations pertinente pour l’application de cet alinéa. Au paragraphe 709 de ses motifs, le juge de la Cour canadienne de l’impôt a établi que les opérations pertinentes étaient les suivantes :

- a) la série d’opérations relative à l’acquisition par CESA du droit de signer un contrat avec Tenex et à la signature de ce contrat (y compris la garantie donnée Cameco à l’égard des obligations de CESA);
- b) la série d’opérations relative à l’acquisition par CESA du droit de signer un contrat avec Urenco et à la signature de ce contrat (y compris la garantie donnée Cameco à l’égard des obligations de CESA);
- c) les ventes d’uranium intersociétés entre Cameco et CEL.

[35] À l’égard des contrats avec Tenex et Urenco, le transfert de droits pertinent de Cameco à CESA correspondrait au transfert de tout droit que Cameco avait d’être partie aux premiers contrats signés en 1999. Une fois que CESA est devenue partie à ces contrats, c’est CESA (et plus tard sa cessionnaire, CEL) qui avait le droit d’acheter de l’uranium à Tenex et à Urenco, et non Cameco.

[36] The Crown does not dispute that these transactions are the relevant transactions, but only whether Cameco would have entered into these transactions with CESA and CEL.

[37] Paragraph 247(2)(b) of the Act sets out two conditions in relation to these transactions:

247 ...

Transfer pricing adjustment

(2) ...

...

(b) the transaction or series

(i) would not have been entered into between persons dealing at arm's length, and

(ii) can reasonably be considered not to have been entered into primarily for *bona fide* purposes other than to obtain a tax benefit,

[38] The parties' submissions focused on the first condition. Since both conditions must be satisfied in order for paragraph (b) to be applicable, and since, for the reasons that follow, the condition in subparagraph (i) is not satisfied, these reasons also focus on the first condition.

[39] It is the Crown's submission that the first condition is satisfied if the particular taxpayer (Cameco) would not have entered into the transactions in question with the other participant (CESA or CEL) if they were dealing at arm's length. In paragraphs 3 and 4 of its memorandum, the Crown stated:

... Section 247, properly interpreted, required the trial judge to determine what Cameco Canada and its Swiss subsidiary would have done in the same circumstances if they had been dealing at arm's length....

A proper analysis of all relevant facts and circumstances leads to the inevitable conclusion that Cameco Canada would not have entered into any transactions with its Swiss subsidiary if they had been dealing at arm's

[36] La Couronne ne conteste pas que ces opérations sont les opérations pertinentes, elle recherche seulement si Cameco aurait conclu ces opérations avec CESA et avec CEL.

[37] L'alinéa 247(2)b de la Loi édicte deux conditions relativement à ces opérations :

247 [...]

Redressement

(2) [...]

[...]

b) les faits suivants se vérifient relativement à l'opération ou à la série :

(i) elle n'aurait pas été conclue entre personnes sans lien de dépendance,

(ii) il est raisonnable de considérer qu'elle n'a pas été principalement conclue pour des objets véritables, si ce n'est l'obtention d'un avantage fiscal,

[38] Les observations des parties sont axées sur la première condition. Puisque les deux conditions doivent être respectées pour que l'alinéa b) soit applicable, et puisque, pour les motifs qui suivent, la condition établie au sous-alinéa (i) n'est pas respectée, les motifs ci-dessous sont aussi axés sur la première condition.

[39] Selon les observations de la Couronne, la première condition est respectée dans le cas où le contribuable donné (Cameco) n'aurait pas conclu les opérations en cause avec l'autre participant (CESA ou CEL) s'il était sans lien de dépendance. Aux paragraphes 3 et 4 de ses observations, la Couronne a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] [I]nterprétée comme il se doit, l'article 247 nécessitait que le juge qui préside décide ce que Cameco Canada et sa filiale suisse auraient fait dans les mêmes circonstances, si elles n'avaient eu aucun lien de dépendance [...]

Une analyse adéquate de tous les faits et toutes les circonstances pertinents mène à la conclusion inévitable que Cameco Canada n'aurait pas conclu d'opérations avec sa filiale suisse, si elles n'avaient eu aucun lien de

length. This Court should allow the appeal to include the profits of the Swiss subsidiary in Cameco Canada's income for tax purposes under s. 247(2)(d) of the *Income Tax Act*.

[40] The Crown only refers to the “Swiss subsidiary” in its memorandum but notes in footnote 8 that references to the “Swiss subsidiary” include CESA (which was a Luxembourg corporation that carried on business through a branch in Switzerland).

[41] In paragraph 40 of its memorandum, the Crown further noted, “Cameco Canada was not without options. It had the option of not entering into any transactions with the Swiss Subsidiary and could have sold uranium to Cameco US directly just as it continued to sell uranium directly to Canadian customers after the reorganization.” This statement does not address the right to purchase uranium under the Tenex or Urenco agreements, both of which related to purchasing uranium outside Canada.

[42] With respect to selling uranium sourced in Canada, if Cameco had entered into the same contracts with Cameco U.S. that it had with CEL, how would the amount of taxes payable in Canada be any different? The Crown is not challenging the factual findings that the prices at which Cameco sold uranium to CEL were within the range of arm's length prices. Therefore, even adopting the Crown's alternative transactions, Cameco could have sold the same amount of uranium at the same prices to Cameco U.S. that it had sold to CEL, which would result in Cameco U.S. realizing the related profit from selling this uranium to third party purchasers, not Cameco.

[43] However, subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act does not refer to whether the particular taxpayer would not have entered into the particular transaction with the non-resident if that taxpayer had been dealing with the non-resident at arm's length or what other options may have been available to that particular taxpayer. Rather, this subparagraph raises the issue of whether the transaction or series of transactions would have been entered into between persons dealing with each other at arm's

dépendance. Notre Cour devrait accueillir l'appel visant à inclure les bénéfices de la filiale suisse au revenu de Cameco Canada aux fins du calcul de l'impôt, au titre de l'alinéa 247(2)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[40] La Couronne ne fait référence à la [TRADUCTION] « filiale suisse » que dans son mémoire, mais précise dans la note de bas de page n° 8 que les références à la [TRADUCTION] « filiale suisse » incluent CESA (qui était une société luxembourgeoise exploitée par l'intermédiaire d'une succursale en Suisse).

[41] Au paragraphe 40 de son mémoire, la Couronne a aussi affirmé : [TRADUCTION] « Cameco Canada n'était pas à court d'options. Elle avait la possibilité de ne conclure aucune opération avec la filiale suisse et aurait pu vendre de l'uranium à Cameco US directement, tout comme elle a continué de vendre de l'uranium directement à des clients canadiens après la restructuration. » Cette déclaration ne porte pas sur le droit d'acheter de l'uranium aux termes des contrats Tenex et Urenco, qui visaient tous les deux l'achat d'uranium hors du Canada.

[42] Relativement à la vente d'uranium provenant du Canada, si Cameco avait conclu les mêmes contrats avec Cameco U.S. qu'avec CEL, dans quelle mesure le montant d'impôts payable au Canada serait-il différent? La Couronne ne conteste pas les conclusions de fait selon lesquelles les prix auxquels Cameco a vendu de l'uranium à CEL se situaient dans la fourchette de prix de pleine concurrence. Par conséquent, même en admettant les autres opérations de la Couronne, Cameco aurait pu vendre la même quantité d'uranium aux mêmes prix à Cameco U.S. qu'aux prix facturés à CEL, Cameco U.S. aurait alors réalisé les bénéfices connexes à la vente de cet uranium à des acheteurs tiers, et non à Cameco.

[43] Toutefois, le sous-alinéa 247(2)b)(i) de la Loi ne déclare pas si le contribuable donné n'aurait pas conclu l'opération donnée avec le non-résident si ce contribuable n'avait eu aucun lien de dépendance avec le non-résident ni les autres options dont ce contribuable donné aurait pu profiter. Cet alinéa porte plutôt sur la question de savoir si l'opération ou la série d'opérations aurait été conclue par des personnes sans lien de dépendance (un critère objectif fondé sur des personnes

length (an objective test based on hypothetical persons)—not whether the particular taxpayer would have entered into the transaction or series of transactions in issue with an arm’s length party (a subjective test). A test based on what a hypothetical person (or persons) would have done is not foreign to the law as the standard of care in a negligence case is a “hypothetical, ‘reasonable person’” (*Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, at page 121, 1993 CanLII 146).

[44] Subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act applies when no arm’s length persons would have entered into the transaction or the series of transactions in question, under any terms and conditions. If persons dealing at arm’s length would have entered into the particular transaction or series of transactions in question, but on different terms and conditions, then paragraphs 247(2)(a) and (c) of the Act would be applicable.

[45] If Parliament had intended that subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act would apply if the particular taxpayer would not have entered into the particular transaction with any arm’s length person, this subparagraph could have provided:

247 ...

Transfer pricing adjustment

(2) ...

...

(b) the transaction or series

(i) would not have been entered between the participants if they had been dealing at arm’s length, and

[46] If the Crown’s interpretation is correct, then whenever a corporation in Canada wants to carry on business in a foreign country through a foreign subsidiary, the condition in subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act would be satisfied. Because the company wants to carry on business in that foreign country either on its own or through its own subsidiary, it would not sell its rights to carry on such business to an arm’s length party.

hypothétiques), et non sur la question de savoir si le contribuable donné aurait conclu l’opération ou la série d’opérations en cause avec une partie sans lien de dépendance (un critère subjectif). Un critère fondé sur ce qu’une personne hypothétique (ou plusieurs personnes hypothétiques) aurait fait n’est pas étranger au droit puisque la norme de diligence dans une affaire de négligence est « celle [...], quoique hypothétique, de la “personne raisonnable” » (*Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, à la page 121, 1993 CanLII 146).

[44] Le sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi s’applique lorsqu’une personne sans lien de dépendance n’aurait pas conclu l’opération ou la série d’opérations en cause, et ce, peu importe les modalités. Dans le cas où des personnes sans lien de dépendance auraient conclu l’opération ou la série d’opérations donnée en cause, mais selon des modalités différentes, alors les alinéas 247(2)(a) et (c) de la Loi seraient applicables.

[45] Si le législateur avait prévu que le sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi s’appliquerait dans le cas où un contribuable donné n’aurait pas conclu l’opération donnée avec une personne sans lien de dépendance, ce sous-alinéa aurait pu porter que :

247 [...]

Redressement

(2) [...]

[...]

b) les faits suivants se vérifient relativement à l’opération ou à la série :

(i) elle n’aurait pas été conclue entre les participants s’ils n’avaient eu aucun lien de dépendance,

[46] Si l’interprétation de la Couronne est juste, alors, dès lors qu’une société au Canada souhaite exploiter une entreprise dans un pays étranger par l’intermédiaire d’une filiale étrangère, la condition du sous-alinéa 247(2)(b)(i) de la Loi serait respectée. Comme la société souhaite exploiter une entreprise dans ce pays étranger seule ou par l’intermédiaire de sa filiale, elle ne vendrait pas son droit d’exploiter une telle entreprise à un tiers sans lien de dépendance.

[47] The Crown, during the hearing of this appeal, downplayed this example on the basis that subparagraph 247(2)(b)(ii) of the Act may save the transaction from the application of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act. It is not clear, however, whether subparagraph 247(2)(b)(ii) of the Act would apply to exclude the application of paragraph 247(2)(b) of the Act, if the primary reason for incorporating a foreign subsidiary (rather than using a Canadian corporation to carry on the business in the other country) was to reduce taxes.

[48] The Crown's position with respect to this hypothetical transaction is also contradicted by its position in this case. Essentially, in this case, Cameco became aware of an opportunity to purchase Russian sourced uranium from Tenex and Urenco and chose to complete those arrangements through a foreign subsidiary rather than purchasing this uranium itself and selling it to third-party customers in other countries. This was a foreign-based business opportunity to purchase uranium outside Canada and sell it to customers outside Canada which Cameco could either have done itself or through a foreign subsidiary.

[49] Since Cameco initially chose CESA (who subsequently transferred the rights to CEL) and since the tax rates were lower in Switzerland than in Canada, the Crown, in this case, is arguing that the condition in subparagraph 247(2)(b)(ii) of the Act was satisfied. The same argument with respect to subparagraph 247(2)(b)(ii) of the Act would presumably be made if Cameco had chosen any other jurisdiction for the incorporation of its subsidiary, if the applicable corporate tax rate in that country was less than the corporate tax rate in Canada.

[50] In my view, Parliament did not intend that subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act would apply as proposed by the Crown. This is supported by the text of paragraph 247(2)(d) of the Act as well as the context and purpose of the provision.

[51] Subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act cannot be read in isolation. It is directly linked to paragraph 247(2)(d) of the Act. Under this paragraph (which is applicable if the

[47] La Couronne, pendant l'audition du présent appel, a minimisé cet exemple en tenant pour acquis que le sous-alinéa 247(2)b(ii) de la Loi peut soustraire l'opération à l'application des alinéas 247(2)b) et d) de la Loi. Toutefois, il est difficile de savoir si le sous-alinéa 247(2)b(ii) de la Loi aurait pour effet d'exclure l'application de l'alinéa 247(2)b) de la Loi, si le principal motif de constitution de la filiale étrangère (plutôt que d'avoir recours à une société canadienne pour exploiter l'entreprise dans un autre pays) était de réduire les impôts.

[48] La thèse de la Couronne en l'espèce va aussi à l'encontre de sa thèse concernant cette opération hypothétique. En somme, en l'espèce, Cameco a appris qu'il était possible d'acheter de l'uranium provenant de Russie à Tenex et à Urenco et a choisi de conclure ces ententes par l'intermédiaire d'une filiale étrangère plutôt que d'acheter cet uranium elle-même et de le vendre à des clients tiers dans d'autres pays. Il s'agissait d'une occasion d'affaires à l'étranger d'achat d'uranium hors du Canada et de sa vente à des clients hors du Canada, ce que Cameco aurait pu faire seule ou par l'intermédiaire d'une filiale étrangère.

[49] Étant donné que Cameco a d'abord choisi CESA (qui a ensuite transféré les droits à CEL) et que les taux d'imposition étaient plus faibles en Suisse qu'au Canada, la Couronne prétend, en l'espèce, que la condition énoncée au sous-alinéa 247(2)b(ii) de la Loi a été respectée. Le même argument pourrait probablement être soutenu à l'égard du sous-alinéa 247(2)b(ii) de la Loi, si Cameco avait choisi un autre territoire aux fins de constitution de sa filiale, si le taux d'imposition des sociétés applicable dans ce pays avait été inférieur au taux d'imposition des sociétés au Canada.

[50] À mon avis, le législateur n'avait pas prévu que le sous-alinéa 247(2)b(i) de la Loi s'applique, comme l'avance la Couronne. Cet égard est étayé par le libellé de l'alinéa 247(2)d) de la Loi ainsi que par le contexte et l'objet de la disposition.

[51] Le sous-alinéa 247(2)b(i) de la Loi ne peut pas être interprété isolément. Il est directement lié à l'alinéa 247(2)d) de la Loi. Aux termes de cet alinéa (qui est

conditions in paragraph (b) are satisfied), any amount that would otherwise be determined for the purposes of the Act is to be adjusted to the quantum or nature of the amounts that would have been determined if “the transaction or series entered into between the participants had been the transaction or series that would have been entered into between persons dealing at arm’s length, under terms and conditions that would have been made between persons dealing at arm’s length” (emphasis added).

[52] In applying paragraph (d), “the transaction or series entered into between the participants” is replaced by the transaction or series of transactions “that would have been entered into between persons dealing at arm’s length”. The text of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act suggests that it would be the same arm’s length persons for paragraphs (b) and (d). The terms and conditions that such arm’s length persons would have adopted in such transaction or series of transactions then become the relevant terms and conditions for the participants—the taxpayer and the non-resident person with whom the taxpayer does not deal at arm’s length.

[53] Paragraph 247(2)(d) of the Act requires the Court to replace the transaction or series of transactions that was entered into between the participants with the transaction or series of transactions that would have been entered into between persons dealing with each other at arm’s length. It contemplates replacing the existing transaction or series of transactions with some other transaction or series of transactions. It does not contemplate replacing the existing transaction or series of transactions with nothing, which is the result proposed by the Crown in paragraph 4 of its memorandum: “Cameco Canada would not have entered into any transactions with its Swiss subsidiary if they had had been dealing at arm’s length”. Treating Cameco as if it had not entered into any transactions with CEL would, in effect, result in the separate existence of CEL being ignored or effectively CEL being amalgamated with Cameco.

[54] In addressing paragraph 247(2)(d) of the Act, the Crown states in paragraph 52 of its memorandum:

applicables, si les conditions de l’alinéa b) sont respectées), les montants qui seraient par ailleurs déterminés pour l’application de la Loi feront l’objet d’un redressement de façon à ce qu’ils correspondent à la valeur ou à la nature des montants qui auraient été déterminés si « l’opération ou la série conclue entre les participants avait été celle qui aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance, selon des modalités qui auraient été conclues entre de telles personnes » (non souligné dans l’original).

[52] En appliquant l’alinéa d), la phrase « l’opération ou la série conclue entre les participants » est remplacée par l’opération ou la série d’opérations « qui aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance ». Le libellé des alinéas 247(2)b) et d) de la Loi indique que les mêmes personnes sans lien de dépendance seraient visées aux alinéas b) et d). Les modalités selon lesquelles ces personnes sans lien de dépendance auraient conclu cette opération ou cette série d’opérations deviennent alors les modalités pertinentes pour les participants — le contribuable et la personne non-résidente avec qui le contribuable a un lien de dépendance.

[53] Selon l’alinéa 247(2)d) de la Loi, la Cour doit remplacer l’opération ou la série d’opérations conclue entre les participants par l’opération ou la série d’opérations qui aurait été conclue par des personnes sans lien de dépendance. Il porte sur le remplacement de l’opération ou la série d’opérations par une autre opération ou série d’opérations. Il ne porte pas sur la suppression de l’opération ou la série d’opérations sans la remplacer, ce qui correspond au résultat avancé par la Couronne, au paragraphe 4 de son mémoire : [TRADUCTION] « Cameco Canada n’aurait pas conclu d’opérations avec sa filiale suisse si elles n’avaient eu aucun lien de dépendance ». Traiter Cameco comme si elle n’avait pas conclu d’opération avec CEL reviendrait, en effet, à ne pas tenir compte de l’existence distincte de CEL ou à effectivement amalgamer CEL et Cameco.

[54] En étudiant la question de l’alinéa 247(2)d) de la Loi, la Couronne formule l’affirmation suivante au paragraphe 52 de son mémoire :

Pursuant to s. 247(2)(d), the court must ask what Cameco Canada would have done if it had been dealing at arm's length from the Swiss Subsidiary. At arm's length, Cameco Canada would not use two intermediaries, when one of them adds nothing of value. Pursuant to s. 247(2)(d), Cameco Canada can be assessed on the basis that at arm's length, it would have purchased uranium from third parties and sold uranium directly to Cameco US without the Swiss Subsidiary as part of the economic chain.

[55] There are two problems with this proposed alternative arrangement. The first problem is that paragraph 247(2)(d) of the Act does not ask what one of the participants would have done. Rather, it asks what transaction or series of transactions would have been entered into between persons dealing at arm's length and what would have been the terms and conditions of that transaction or series. This is not, as the Crown suggests, simply asking what only one of the two participants would have done. Rather, it requires the Court to substitute for the transaction or series of transactions entered into between the participants, the transaction or series of transactions that would have been entered into between persons dealing at arm's length.

[56] The second concern with this proposed alternative arrangement is that it seems to suggest that Cameco would not have used two intermediaries, when one of them adds nothing of value. This begs the question of whether Cameco would have added anything of value in relation to any uranium that would have been purchased under the Tenex agreements or Urenco agreements and then resold, as is, to Cameco U.S. This uranium was sourced outside Canada and sold to customers outside Canada. It is far from clear what would have been gained if Cameco had purchased the uranium and then sold it to Cameco U.S. who would then have sold it to third parties, as suggested by the Crown. It would have been much simpler if Cameco U.S. replaced CEL, purchased this uranium from Tenex and Urenco and sold it to third parties. In that scenario, however, the profits that had been realized by CEL from buying and selling this uranium would instead have been realized by Cameco U.S. (not Cameco).

[TRANSLATION] En application de l'alinéa 247(2)d), la Cour doit rechercher ce que Cameco Canada aurait fait si elle n'avait eu aucun lien de dépendance avec la filiale suisse. Sans lien de dépendance, Cameco Canada n'aurait pas eu recours à deux intermédiaires, alors que l'un d'eux est inutile. En application de l'alinéa 247(2)d), une cotisation peut être établie à l'égard de Cameco Canada en tenant pour acquis que, sans lien de dépendance, elle aurait acheté de l'uranium à des tierces parties et vendu de l'uranium directement à Cameco US, sans que la filiale suisse entre dans le jeu économique.

[55] Cet autre mécanisme avancé pose deux problèmes. Le premier problème est que l'alinéa 247(2)d) de la Loi ne vise pas à savoir ce que l'un des participants aurait fait. Il prescrit plutôt quelle opération ou série d'opérations aurait été conclue entre personnes sans lien de dépendance et quelles en auraient été les modalités. Il ne s'agit pas, contrairement à ce qu'affirme la Couronne, de rechercher simplement ce qu'un seul des deux participants aurait fait. La Cour doit plutôt substituer à l'opération ou la série d'opérations conclue entre les participants l'opération ou la série d'opérations qui aurait été conclue par des personnes sans lien de dépendance.

[56] Le deuxième problème de cet autre mécanisme avancé est qu'il établit que Cameco n'aurait pas eu recours à deux intermédiaires, alors que l'un d'eux est inutile. La question qui s'impose est celle de savoir si Cameco aurait apporté une quelconque utilité concernant l'uranium qui aurait pu être acheté au titre des contrats Tenex ou Urenco, puis revendu tel quel à Cameco U.S. Cet uranium provenait de l'extérieur du Canada et était vendu à des clients hors du Canada. Il est difficile de comprendre ce qu'il y aurait eu à gagner dans le cas où Cameco aurait acheté de l'uranium et l'aurait ensuite vendu à Cameco U.S., qui l'aurait à son tour vendu à des tierces parties, comme l'a affirmé la Couronne. Il aurait été beaucoup plus simple pour Cameco US de remplacer CEL, d'acheter cet uranium à Tenex et à Urenco, et de le vendre à des tierces parties. Toutefois, dans un tel scénario, les bénéfices réalisés par CEL grâce à l'achat et à la vente de cet uranium auraient plutôt été réalisés par Cameco U.S. (et non Cameco).

[57] In my view, the text of this provision does not support the interpretation as proposed by the Crown. Rather, the words should be interpreted as written. The condition in subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act is only satisfied if the transaction or series of transactions is one that would not have been entered into by arm's length persons.

B. Contextual and Purposive Analysis

[58] As part of the context, the heading for section 247 of the Act is relevant. In *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, 1999 CanLII 638, Lamer C.J., writing on behalf of the Supreme Court of Canada, described the role of headings in interpreting a statutory provision [at paragraphs 52–53]:

In *Skapinker [Law Society of Upper Canada v. Skapinker]*, [1984] 1 S.C.R. 357, Estey J. discussed the role of headings in constitutional interpretation. His reasons are just as apposite to the interpretation of ordinary statutes. At pp. 376-77 he held:

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the Charter for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the Charter. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the Charter; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision.

...

I conclude that an attempt must be made to bring about a reconciliation of the heading with the section introduced by it. If, however, it becomes apparent that the section when read as a whole is clear and without ambiguity, the heading will not operate to change that

[57] À mon avis, le libellé de cette disposition n'appuie pas l'interprétation avancée par la Couronne. Les mots doivent plutôt être interprétés tels qu'ils sont écrits. La condition établie au sous-alinéa 247(2)b(i) de la Loi n'est satisfaite que s'il s'agit d'une opération ou d'une série d'opérations qui n'aurait pas été conclue par des personnes sans lien de dépendance.

B. Analyse contextuelle et téléologique

[58] Puisqu'elle fait partie du contexte, la rubrique de l'article 247 de la Loi est pertinente. Dans l'arrêt *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, 1999 CanLII 638, le juge en chef Lamer, au nom de la Cour suprême du Canada, a cerné le rôle que jouent les rubriques dans l'interprétation d'une disposition législative [aux paragraphes 52 et 53] :

Dans l'arrêt *Skapinker* [arrêt *Law society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357], le juge Estey a décrit le rôle des rubriques en matière d'interprétation constitutionnelle. Ses motifs s'appliquent tout aussi bien à l'interprétation des lois ordinaires. Aux pp. 376 et 377, il a dit :

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la Charte. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la Charte. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la Charte et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit.

...

[J]e conclus qu'il faut tenter de concilier la rubrique avec l'article qu'elle précède. Si toutefois il devient évident que, dans l'ensemble, l'article est clair et ne comporte pas d'ambiguïté, la rubrique n'aura pas pour effet de modifier ce sens clair et précis. Même dans

clear and unambiguous meaning. Even in that midway position, a court should not, by the adoption of a technical rule of construction, shut itself off from whatever small assistance might be gathered from an examination of the heading as part of the entire constitutional document. [Emphasis added by Lamer C.J.]

In my view, Estey J.'s approach to the role of headings in statutory interpretation is the correct one. Headings "should be considered part of the legislation and should be read and relied on like any other contextual feature": *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 269. The weight to be given to the heading will depend on the circumstances. Headings will never be determinative of legislative intention, but are merely one factor to be taken into account: see *Lohnes*, *supra*, at p. 179.

[59] With respect to the headings in the Act, this Court noted in *M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board*, 2007 FCA 346, [2008] 3 F.C.R. 366 (the application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed: [[2008] 1 S.C.R. vi], 386 N.R. 397, 2008 CanLII 18937):

Section 231.2 of the Act must be interpreted by considering all of its parts, including the headings and sub-headings, which are also part of the statute (Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough: Carswell, 2000), at page 79; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at page 463). Headings may help to situate a provision within the general structure of the statute and determine the intention of Parliament.

[60] Section 247 is in Part XVI.1 with the heading: "Transfer Pricing". For subsection 247(2) of the Act, the heading is "Transfer pricing adjustment". These headings support an interpretation of subsection 247(2) of the Act that would result in an adjustment in the pricing of the relevant transactions, rather than an interpretation that would allow the Minister to pierce the corporate veil of CEL and reallocate all of its profits to Cameco.

[61] In *Canada v. General Electric Capital Canada Inc.*, 2010 FCA 344, 414 N.R. 304, Noël J.A. (as he then was) described the purpose of paragraphs 247(2)(a) and (c) of the Act [at paragraphs 54–55]:

cette situation intermédiaire, une cour ne doit pas, en adoptant une règle formaliste d'interprétation, se priver de l'avantage qu'elle peut tirer, si mince soit-il, de l'analyse de la rubrique en tant que partie de l'ensemble du document constitutionnel. [Souligné par le juge en chef Lamer.]

À mon avis, l'approche du juge Estey quant au rôle des rubriques dans l'interprétation législative est juste. Les rubriques [TRADUCTION] « devraient être considérées comme faisant partie de la législation et elles devraient être lues et invoquées comme tout autre élément contextuel » : *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 269. Le poids à donner aux rubriques dépend des circonstances. Les rubriques ne sont jamais décisives quant à l'intention du législateur, elles constituent uniquement un facteur qu'il faut prendre en considération : voir l'arrêt *Lohnes*, précité, à la p. 179.

[59] En ce qui concerne les rubriques de la Loi, notre Cour a fait remarquer ce qui suit dans l'arrêt *M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal*, 2007 CAF 346, [2008] 3 R.C.F. 366 (la demande d'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada a été rejetée : [[2008] 1 R.C.S. vi], 2008 CanLII 18937) :

L'article 231.2 de la Loi doit être interprété en tenant compte de tous ses éléments, y incluant les rubriques et intertitres qui font aussi partie de la Loi (Pierre-André Côté, *Interprétations des Lois*, 3^e éd. (Montréal : Thémis, 1999) à la page 79; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, à la page 463). Les rubriques peuvent être utiles en permettant de situer une disposition dans la structure générale du texte et en permettant de préciser l'objectif du législateur.

[60] L'article 247 figure dans la partie XVI.1, à la rubrique : « Prix de transfert ». Le paragraphe 247(2) de la Loi se trouve quant à lui à la rubrique « Redressement ». Ces rubriques appuient une interprétation du paragraphe 247(2) de la Loi qui donnerait lieu à un redressement des prix des opérations pertinentes, plutôt qu'une interprétation qui permettrait au ministre de soulever la voile de la personnalité juridique de CEL et de réaffecter tous ses profits à Cameco.

[61] Dans l'arrêt *Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc.*, 2010 CAF 344, le juge Noël (tel était alors son titre) a exposé l'objet des alinéas 247(2)a) et c) de la Loi [aux paragraphes 54 et 55] :

The concept underlying subsection 69(2) and paragraphs 247(2)(a) and (c) is simple. The task in any given case is to ascertain the price that would have been paid in the same circumstances if the parties had been dealing at arm's length. This involves taking into account all the circumstances which bear on the price whether they arise from the relationship or otherwise.

This interpretation flows from the normal use of the words as well as the statutory objective which is to prevent the avoidance of tax resulting from price distortions which can arise in the context of non arm's length relationships by reason of the community of interest shared by related parties. The elimination of these distortions by reference to objective benchmarks is all that is required to achieve the statutory objective. Otherwise all the factors which an arm's length person in the same circumstances as the respondent would consider relevant should be taken into account.

[62] These comments were made with respect to paragraphs 247(2)(a) and (c) of the Act. For paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act, the ultimate objective is still to determine the appropriate transfer price for any goods sold or services provided by a taxpayer to a non-arm's length non-resident person, or vice versa. Since the Act imposes tax on income, the most significant term or condition of any transaction would be the amount or the price paid for any goods that are sold or services that are provided.

[63] The Department of Finance, in the Technical Notes [David M. Sherman, *Income Tax Act, Department of Finance technical notes: a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 10th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998] that were released when section 247 was added to the Act in 1997, described the overall purpose of this section as follows:

Proposed new section 247 in proposed new Part XVI.1 of the Act is related to the issue of transfer pricing for property or services purchased and sold in cross-border transactions and the determination of amounts for tax purposes.

[64] This description of the purpose as being "related to the issue of transfer pricing for property or services purchased and sold in cross-border transactions" is

Le principe sous-jacent au paragraphe 69(2) et aux alinéas 247(2)a) et c) est simple. Il s'agit dans tous les cas de déterminer le prix qui aurait été payé dans les mêmes circonstances si les parties à l'opération n'avaient pas eu de lien de dépendance. Cet exercice nécessite la prise en considération de toutes les circonstances qui influent sur le prix, qu'elles découlent de la relation ou d'autres facteurs.

Cette interprétation découle du sens courant des mots et de l'objectif législatif, qui est de prévenir l'évitement fiscal résultant de distorsions de prix susceptibles de survenir dans le cadre de relations comportant un lien de dépendance, en raison des intérêts communs que partagent les parties liées. L'élimination de ces distorsions à l'aide de points de référence objectifs suffit à satisfaire à l'objectif législatif. Pour le reste, tous les facteurs qu'estimerait pertinents une personne sans lien de dépendance se trouvant dans la même situation que l'intimée devraient être pris en considération.

[62] Ces commentaires ont été formulés au sujet des alinéas 247(2)a) et c) de la Loi. En ce qui concerne les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi, le but ultime reste d'établir le prix de transfert approprié pour les marchandises achetées ou les services fournis par un contribuable à un non-résident ayant un lien de dépendance, ou vice versa. Étant donné que la Loi prévoit l'imposition du revenu, la modalité la plus importante de toute transaction serait la somme ou le prix payé pour toute marchandise vendue ou tout service fourni.

[63] Le ministère des Finances, dans les notes techniques [David M. Sherman, *Income Tax Act, Department of Finance technical notes: a consolidation of technical notes and other income tax commentary from the Department of Finance*, 10^e éd. Scarborough, Ont.: Carswell, 1998] qui ont été publiées lorsque l'article 247 a été ajouté à la Loi en 1997, a défini de la manière suivante l'objectif général de cet article :

[TRADUCTION] Le nouvel article 247 proposé dans le projet de nouvelle Partie XVI.1 de la Loi concerne la question du prix de transfert pour les biens ou les services achetés ou vendus lors de transactions transfrontalières et la fixation des sommes aux fins de calcul de l'impôt.

[64] Cette définition de l'objet comme étant [TRADUCTION] « la question du prix de transfert pour les biens ou les services achetés ou vendus lors de transactions

consistent with the purpose of the section being the adjustment, if necessary, of prices charged by a taxpayer to a non-resident person with whom the person is not dealing at arm's length, or vice versa. It is not consistent with the Crown's interpretation that one of the purposes of section 247 would be to allow the Crown to ignore the separate existence of a foreign subsidiary of a Canadian taxpayer, and include all of the income earned by that subsidiary in the income of its Canadian parent company as if the foreign subsidiary did not exist.

[65] In *Canada v. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 SCC 52, [2012] 3 S.C.R. 3 (*Glaxo*), the Supreme Court of Canada described the role that the OECD [Organisation For Economic Co-Operation and Development] Guidelines could play in interpreting the transfer pricing legislation [at paragraphs 20–21]:

In the courts below and in this Court, there has been reference to the 1979 *Guidelines* and the 1995 *Guidelines* (the “*Guidelines*”). The *Guidelines* contain commentary and methodology pertaining to the issue of transfer pricing. However, the *Guidelines* are not controlling as if they were a Canadian statute and the test of any set of transactions or prices ultimately must be determined according to s. 69(2) rather than any particular methodology or commentary set out in the *Guidelines*.

Section 69(2) does not, itself, offer guidance as to how to determine the “reasonable amount” that would have been payable had the parties been dealing at arm's length. However, the *Guidelines* suggest a number of methods for determining whether transfer prices are consistent with prices determined between parties dealing at arm's length.

[66] In the OECD *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* dated July 1995 (1995 *Guidelines*), it is noted that, except in exceptional circumstances, transfer pricing arrangements should be examined based on the transactions undertaken by the parties. The 1995 *Guidelines* also indicate the circumstances in which the transactions undertaken by a particular taxpayer could be disregarded:

transfrontalières » cadre avec le fait que l'objet de l'article est le redressement, s'il y a lieu, des prix facturés par un contribuable à une personne non-résidente avec laquelle il a un lieu de dépendance, ou vice versa. Elle ne cadre pas avec l'interprétation de la Couronne selon laquelle un des objets de l'article 247 serait de permettre à la Couronne de ne pas tenir compte de l'existence distincte d'une filiale à l'étranger d'un contribuable canadien, et d'inclure tout le revenu de cette filiale dans le revenu de sa société mère canadienne, comme si la filiale à l'étranger n'existait pas.

[65] Dans l'arrêt *Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 CSC 52, [2012] 3 R.C.S. 3 (*Glaxo*), la Cour suprême du Canada a indiqué le rôle que pourraient jouer les Principes de l'OCDE [Organisation de Coopération et de Développement Économiques] dans l'interprétation de la législation en matière de prix de transfert [aux paragraphes 20 et 21] :

Devant les juridictions inférieures et devant notre Cour, on s'est référé aux *Principes* de 1979 et aux *Principes* de 1995 (les « *Principes* »). Les *Principes* font état de méthodes de fixation du prix de transfert et de commentaires à cet égard. Ils n'ont cependant pas la même force contraignante qu'une loi canadienne et, en dernière analyse, le critère à appliquer à un ensemble d'opérations ou de prix doit être établi suivant le par. 69(2) et non pas selon quelque commentaire ou méthode énoncé dans les *Principes*.

Le paragraphe 69(2) ne donne pas en soi d'indications sur la façon de déterminer le « montant raisonnable » qui aurait été payable si les parties n'avaient eu aucun lien de dépendance. En revanche, les *Principes* proposent un certain nombre de méthodes pour déterminer si des prix de transfert sont compatibles avec ceux dont ont convenu des parties n'ayant aucun lien de dépendance.

[66] Dans les *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* publiés par l'OCDE en juillet 1995 (les *Principes* de 1995), on fait remarquer que, sauf dans des circonstances exceptionnelles, les ententes en matière de prix de transfert doivent être examinées en fonction des opérations effectuées par les parties. Les *Principes* de 1995 précisent également les circonstances dans lesquelles il est possible de faire abstraction des transactions d'un contribuable donné :

1.36 A tax administration's examination of a controlled transaction ordinarily should be based on the transaction actually undertaken by the associated enterprises as it has been structured by them, using the methods applied by the taxpayer insofar as these are consistent with the methods described in Chapters II and III. In other than exceptional cases, the tax administration should not disregard the actual transactions or substitute other transactions for them. Restructuring of legitimate business transactions would be a wholly arbitrary exercise the inequity of which could be compounded by double taxation created where the other tax administration does not share the same views as to how the transaction should be structured.

1.37 However, there are two particular circumstances in which it may, exceptionally, be both appropriate and legitimate for a tax administration to consider disregarding the structure adopted by a taxpayer in entering into a controlled transaction. The first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form. In such a case the tax administration may disregard the parties' characterisation of the transaction and re-characterise it in accordance with its substance.... The second circumstance arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price. An example of this circumstance would be a sale under a long-term contract, for a lump sum payment, of unlimited entitlement to the intellectual property rights arising as a result of future research for the term of the contract (as previously indicated in paragraph 1.10). While in this case it may be proper to respect the transaction as a transfer of commercial property, it would nevertheless be appropriate for a tax administration to conform the terms of that transfer in their entirety (and not simply by reference to pricing) to those that might reasonably have been expected had the transfer of property been the subject of a transaction involving independent enterprises. Thus, in the case described above it might be appropriate for the tax administration, for example, to adjust the conditions of the agreement in a commercially rational manner as a continuing research agreement. [Emphasis added.]

[67] In the *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* dated

1.36 L'examen par l'administration fiscale d'une transaction contrôlée doit se fonder sur la transaction effectivement intervenue entre les parties telle que structurée par elles, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux chapitres II et III. Sauf dans des cas exceptionnels, l'administration fiscale ne devra pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions. La restructuration de transactions commerciales légitimes relèverait d'une démarche totalement arbitraire rendue plus injuste encore par une double imposition au cas où l'autre administration fiscale concernée aurait une opinion différente sur la façon dont la transaction devrait être structurée.

1.37 Il existe toutefois deux cas particuliers où, exceptionnellement, les autorités fiscales peuvent être fondées à ne pas tenir compte de la structure adoptée par un contribuable pour réaliser une transaction entre entreprises associées. Le premier cas se caractérise par une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond. Les autorités fiscales peuvent alors ignorer la qualification donnée par les parties et requalifier la transaction en fonction de sa nature quant au fond [...]. Le deuxième cas se présente lorsque, en l'absence de divergences entre la forme et la véritable nature de la transaction, les modalités de transaction, envisagées dans leur totalité, sont différentes de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle, et que, en pratique, la structure effective empêche l'administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié. On peut illustrer ce deuxième cas par l'exemple d'une vente dans le cadre d'un contrat de longue durée, pour une somme forfaitaire, d'un droit illimité sur les droits de propriété intellectuelle liés aux résultats de recherches futures jusqu'à l'expiration du contrat (comme on l'a vu au paragraphe 1.10). S'il convient alors sans doute que les autorités fiscales considèrent effectivement cette transaction comme un transfert de propriété commerciale, elles seraient néanmoins fondées à aligner les modalités de ce transfert dans sa totalité (et non pas simplement du point de vue de la fixation des prix) sur celles auxquelles on aurait pu raisonnablement s'attendre si le transfert de propriété avait fait l'objet d'une transaction entre entreprises indépendantes. Dès lors, l'administration fiscale pourra être fondée, par exemple, à modifier les termes de l'accord dans une optique commerciale rationnelle en le traitant comme un accord permanent de recherche. [Non souligné dans l'original.]

[67] Dans les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises*

July 2010 (2010 Guidelines), the above paragraphs appear as paragraphs 1.64 and 1.65. In paragraph 9.187 of these Guidelines, further guidance is provided with respect to these paragraphs:

9.187 That guidance indicates that the tax administration would seek to substitute for the non-recognised transaction an alternative characterisation or structure that comports as closely as possible with the facts of the case, *i.e.* one that is consistent with the functional changes to the taxpayer's business resulting from the restructuring, comports as closely as possible with the economic substance of the case, and reflects the results that would have derived had the transaction been structured in accordance with the commercial reality of independent parties.... Similarly, where one element of a restructuring involves the actual relocation of substantive business functions, any recharacterisation of the restructuring cannot ignore the fact that those functions were actually relocated... [Emphasis added.]

[68] There are two circumstances identified in paragraph 1.37 of the 1995 Guidelines that would allow a tax administration to disregard a structure put in place by a taxpayer. As noted, “[t]he first circumstance arises where the economic substance of a transaction differs from its form”. There is no allegation in this appeal that the transactions undertaken did not reflect the substance of the transactions. This was essentially the sham argument that was raised before the Tax Court and which the Tax Court Judge rejected. As noted above, the Crown has not appealed this finding.

[69] The second circumstance identified in the 1995 Guidelines “arises where, while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price” [at paragraph 1.37]. In this case, there is no indication that the structure, as implemented, impeded the determination of an appropriate transfer price.

multinationales et des administrations fiscales publiés par l’OCDE en juillet 2010 (les principes de 2010), les paragraphes susmentionnés figurent en tant que paragraphes 1.64 et 1.65. Au paragraphe 9.187 de ces Principes, d’autres indications sont fournies quant à ces paragraphes :

9.187 Ces indications montrent que l’administration fiscale tentera de substituer à la transaction non reconnue une qualification ou une structure qui reflète le plus possible les faits du cas d’espèce, c’est-à-dire qui soit cohérente avec les modifications fonctionnelles des activités du contribuable entraînées par la réorganisation, reflète le plus possible la nature économique de la transaction, et reflète les résultats qui auraient été obtenus si la transaction avait été structurée en conformité avec la situation commerciale réelle de parties indépendantes [...] De même, lorsqu’un élément d’une réorganisation implique la relocalisation effective de fonctions essentielles d’une entreprise, toute requalification de la réorganisation ne pourra pas ignorer le fait que ces fonctions ont été réellement relocalisées [...] [Non souligné dans l’original.]

[68] Les Principes de 1995 présentent, au paragraphe 1.37, deux cas dans lesquels une administration fiscale serait autorisée à ne pas tenir compte d’une structure mise en place par un contribuable. Tel qu’il est indiqué, « [l]e premier cas se caractérise par une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond. » Il n’y a, dans le présent appel, aucune allégation selon laquelle les opérations effectuées ne représentaient pas le fond des opérations. C’était, en substance, l’argument de trompe-l’œil que le juge de la Cour canadienne de l’impôt a rejeté. Comme je l’ai mentionné ci-dessus, la Couronne n’a pas contesté cette conclusion.

[69] Le deuxième cas indiqué dans les Principes de 1995 « se présente lorsque, en l’absence de divergences entre la forme et la véritable nature de la transaction, les modalités de transaction, envisagées dans leur totalité, sont différentes de celles qui auraient été adoptées par des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle, et que, en pratique, la structure effective empêche l’administration fiscale de déterminer un prix de transfert approprié » [au paragraphe 1.37]. En l’espèce, rien n’indique que la structure, telle qu’elle a été mise en place, empêchait d’établir un prix de transfert

There is nothing to indicate or suggest that the structure impeded either the Canada Revenue Agency's or the Tax Court Judge's ability to determine the appropriate transfer price. The Tax Court Judge was able to determine the value of the Tenex and Urenco agreements when they were entered into and whether the prices at which the uranium was sold by Cameco to CEL "were well within an arm's length range of prices" (paragraph 856 of his reasons).

[70] The additional guidance provided by the 2010 Guidelines also suggests that in any application of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act, the restructuring undertaken by Cameco would still have to be respected. If, as submitted by the Crown, paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act could apply to reallocate all of the profit of CEL to Cameco, this, in effect, would mean that the restructuring, whereby the purchases and sales of uranium were completed by CEL, would not be respected. Essentially, Cameco would be treated as if it—and not CEL—had purchased the uranium from Tenex and Urenco that CEL had acquired.

[71] In *Envision Credit Union v. Canada*, 2011 FCA 321, 2012 D.T.C. 5055, a corporation had sought to avoid the application of the amalgamation rules set out in section 87 of the Act by having two predecessor corporations transfer surplus assets to a numbered company at the same moment in time that they amalgamated. Since the amalgamated corporation acquired the shares of the numbered company, this Court held that the amalgamated corporation had acquired the surplus assets for the purposes of section 87 of the Act by virtue of acquiring the shares of the numbered company.

[72] The Supreme Court of Canada (*Envision Credit Union v. Canada*, 2013 SCC 48, [2013] 3 S.C.R. 191) rejected the tracing argument and held that a shareholder of a particular corporation does not own the assets of that corporation [at paragraph 57]:

In view of my conclusions above, it is unnecessary to consider the Court of Appeal's approach of tracing the surplus properties through the shares of 619. However, I am of the view that if it had been necessary to consider it, the tracing approach would have to be rejected. It is a basic rule of company law that shareholders do not

approprié. Rien ne permet de croire que la structure empêchait l'Agence du revenu du Canada ou le juge de la Cour canadienne de l'impôt d'établir le prix de transfert approprié. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a pu établir la valeur des contrats Tenex et Urenco lorsqu'ils ont été conclus; il a également pu estimer que les prix auxquels Cameco vendait l'uranium à CEL « se situaient tout à fait dans l'intervalle de pleine concurrence » (au paragraphe 856 de ses motifs).

[70] Les indications supplémentaires fournies par les Principes de 2010 indiquent également que pour l'application des alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi, il faudrait encore respecter la restructuration entreprise par Cameco. Si, comme l'a affirmé la Couronne, les alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi pouvaient s'appliquer pour réaffecter tous les profits de CEL à Cameco, cela signifierait, concrètement, qu'on ne respecterait pas la restructuration faisant en sorte que les achats et les ventes d'uranium soient effectués par CEL. Cameco serait pour ainsi dire traitée comme si elle (et non CEL) avait acheté auprès de Tenex et d'Urenco l'uranium acquis par CEL.

[71] L'arrêt *Envision Credit Union c. Canada*, 2011 CAF 321, concernait une société qui avait cherché à éviter l'application des règles sur la fusion établies à l'article 87 de la Loi, en faisant en sorte que deux sociétés remplacées transfèrent des actifs excédentaires à une société à numéro au moment même où la fusion avait lieu. Étant donné que la société issue de la fusion avait acquis les parts de la société à numéro, notre Cour a conclu que, ce faisant, la société issue de la fusion avait acquis les actifs excédentaires aux fins de l'application de l'article 87 de la Loi.

[72] La Cour suprême du Canada (dans l'arrêt *Envision Credit Union c. Canada*, 2013 CSC 48, [2013] 3 R.C.S. 191) a rejeté la thèse du rapprochement et a conclu qu'un actionnaire d'une société donnée n'est pas propriétaire des actifs de cette société [au paragraphe 57] :

Compte tenu des conclusions qui précèdent, point n'est besoin d'examiner le raisonnement de la Cour d'appel par lequel elle rattache les biens excédentaires aux actions de 619. J'estime toutefois que s'il avait été nécessaire d'examiner ce raisonnement, il aurait fallu le rejeter. Il existe une règle fondamentale en droit des sociétés selon

own the assets of the company: see, e.g., *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 952, at p. 1033. While the *ITA* provides for “look-through” rules in certain circumstances which permit this basic rule to be ignored for tax purposes, those provisions are explicit: see, e.g., the s. 256(1.2) look-through rules that deem shares (property) owned by a corporation to be controlled by the shareholders of the corporation.

[73] In my view, paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act would not permit a court to effectively ignore the separate existence of CEL and treat Cameco as if it had bought and sold the uranium that CEL had bought and sold. The transfer by Cameco of its sales function to CEL would still have to be respected. The questions would then focus on pricing the transactions between Cameco and CESA and between Cameco and CEL.

[74] Since the agreements to purchase uranium from Tenex and Urenco did not have any value when they were signed, the right to be the purchaser under these agreements had no value when they were signed. No transfer pricing adjustment was required in relation to the transfer from Cameco to CESA of any right to be a party to these agreements. The Crown has not appealed the factual finding that these agreements had no value when they were signed.

[75] With respect to the inter-company sales of uranium from Cameco to CEL, which was also part of the sales function that was relocated to CEL, the relevant question is whether the price paid by CEL for uranium purchased from Cameco was the same amount that would be paid in an arm’s length transaction. This again is a question of fact, and the Crown has not challenged the Tax Court Judge’s finding that the prices charged by Cameco were in the range of arm’s length prices.

[76] In support of its position that paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act allowed the Minister to reallocate all of the profit to Cameco, the Crown relied on the comments of Boyle J. in *McKesson Canada Corporation v. The Queen*, 2013 TCC 404, 2014 D.T.C.

laquelle les actionnaires ne sont pas propriétaires des actifs de la société : voir, p. ex., *Wotherspoon c. Canadien Pacifique Ltée*, [1987] 1 R.C.S. 952, p. 1033. Bien que certaines dispositions de la *LIR* prévoient des règles de « transparence » permettant de se soustraire à l’application de cette règle fondamentale aux fins d’imposition, de telles dispositions sont rédigées en termes exprès : voir, p. ex., le par. 256(1.2), qui prévoit que les actions (biens) d’une société sont réputées être contrôlées par les actionnaires de cette société.

[73] À mon avis, les alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi ne permettraient pas à un tribunal de faire fi de l’existence distincte de CEL et de traiter Cameco comme si elle avait acheté et vendu l’uranium que CEL avait acheté et vendu. Il faudrait encore respecter le transfert par Cameco de sa fonction de ventes à CEL. Les questions porteraient alors sur la tarification des opérations entre Cameco et CESA et entre Cameco et CEL.

[74] Étant donné que les contrats d’achat d’uranium auprès de Tenex et d’Urenco n’avaient aucune valeur lorsqu’ils ont été signés, le droit d’être l’acheteur conformément à ces contrats n’avait aucune valeur au moment de la signature. Aucun redressement en fonction du prix de transfert n’a été nécessaire en lien avec le transfert de Cameco à CESA de tout droit d’être partie à ces contrats. La Couronne n’a pas contesté la conclusion de fait selon laquelle ces contrats n’avaient aucune valeur au moment de la signature.

[75] À l’égard des ventes intersociétés d’uranium de Cameco à CEL, qui faisaient également partie de la fonction de ventes transférée à CEL, la question pertinente consiste à savoir si le prix payé par CEL pour l’uranium acheté à Cameco correspondait à un prix de pleine concurrence. Il s’agit encore ici d’une question de fait, et la Couronne n’a pas contesté la conclusion du juge de la Cour canadienne de l’impôt qui a déclaré que les prix facturés par Cameco se situaient dans l’intervalle de pleine concurrence.

[76] Pour étayer sa thèse selon laquelle les alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi permettaient au ministre de réaffecter tous les profits à Cameco, la Couronne s’est appuyée sur les commentaires formulés par le juge Boyle dans la décision *McKesson Canada Corporation c. La*

1040 in relation to the recharacterization of transactions under paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act [at paragraphs 125–127]:

A reassessment under subparagraphs 247(2)(a) and (c) does not permit a recharacterization of the transactions entered into by non-arm's length parties, nor can another different transaction entirely be substituted therefor. This would only be permitted under subparagraphs 247(2)(b) and (d) which have not been pleaded and the Crown is not relying upon. A transfer pricing recharacterization is only permitted under those provisions if arm's length parties would not have entered into the transaction chosen by the non-arm's length parties even with different terms and conditions and amounts, and if the only bona fide primary purpose of the transaction was to obtain a tax benefit.

However, it is clear from the provisions of section 247 that under subparagraphs (a) and (c) the Court is not limited to making adjustments with respect to the quantum of an amount in a term or condition that incorporates an amount. I do not accept the taxpayer's submission that I am so limited. Paragraph 247(2)(a) is triggered when terms or conditions differ from those terms and conditions that arm's length parties would agree to. There is no such limiting restriction on the phrase terms and conditions. Paragraph 247(2)(c) then mandates an adjustment to the quantum or nature of an amount used by the taxpayer for purposes of the *Act* to reflect the quantum or nature of that amount that would have been used had the "terms and conditions" conformed to what arm's length parties would have agreed to.

Perhaps there is a point at which the extent of changes to the agreed non-arm's length terms and conditions needed to reflect arm's length terms and conditions in a transaction can constitute an effective recharacterization of the transaction only permitted to be affected under paragraph 247(2)(d) and only in the circumstances described in paragraph 247(2)(b) which provisions are not engaged in this appeal. Perhaps there also may be some terms and conditions in a transaction that are so fundamental that any particular change thereto could constitute in effect a recharacterization of the transaction. The Court does not need to venture anywhere close to that line in disposing of this appeal. That can be left for another day. In this case the Court is able to limit itself to a consideration of terms and conditions which it finds to not be on arm's length terms and that directly relate to pricing. [Emphasis added.]

Reine, 2013 CCI 404, en lien avec la requalification des opérations conformément aux alinéas 247(2)b) et d) de la Loi [aux paragraphes 125 à 127] :

La nouvelle cotisation établie au titre des sous-alinéas 247(2)a) et c) ne permet pas de requalifier les opérations que des parties sans lien de dépendance ont conclues, pas plus que l'on ne peut y substituer entièrement une autre opération différente. Cela n'est serait permis qu'en vertu des alinéas 247(2)b) et d), qui n'ont pas été cités et sur lesquels ne se fonde pas le ministère public. La requalification d'un prix de transfert n'est permise en vertu de ces dispositions qu'au cas où des parties sans lien de dépendance n'auraient pas conclu l'opération que les parties avec lien de dépendance ont choisie, même avec des modalités et des montants différents, et si le seul objet principal véritable de l'opération était d'obtenir un avantage fiscal.

Cependant, il ressort clairement des dispositions de l'article 247 qu'aux termes des alinéas a) et c), la Cour n'est pas tenue de se borner à effectuer des redressements concernant la valeur d'un montant dans une modalité qui comporte un montant. Je ne retiens pas l'observation de la contribuable portant que ma mission soit ainsi limitée. L'alinéa 247(2)a) joue lorsque des modalités diffèrent de celles dont auraient convenu des parties sans lien de dépendance. Le mot « modalité » n'est assorti d'aucune restriction limitative de cette nature. L'alinéa 247(2)c) prescrit ensuite le redressement de la valeur ou de la nature d'un montant dont le contribuable s'est servi aux fins de la Loi, de façon à ce que soit reflétée la valeur ou la nature du montant qui aurait été utilisé si les « modalités » étaient conformes à celles qu'auraient conclues des parties sans lien de dépendance.

Il est possible qu'il existe un point où l'étendue des changements à apporter aux modalités convenues entre parties avec lien de dépendance pour que soient reflétées des modalités entre parties sans lien de dépendance dans le cadre d'une opération soit telle qu'elle puisse constituer en substance une requalification de l'opération, ce qui ne peut être fait qu'en vertu de l'alinéa 247(2)d) et uniquement dans les cas prévus par l'alinéa 247(2)b), dont les dispositions n'entrent pas en jeu dans le présent appel. Il existe peut-être aussi, dans une opération, quelques modalités qui sont à ce point fondamentales que tout changement particulier qu'on y apporte pourrait constituer en substance une requalification de l'opération. La Cour n'a pas à s'aventurer près de cette ligne de démarcation pour trancher le présent appel. Cela est partie remise. En l'espèce, la Cour peut se borner à prendre en considération les modalités qui, à son avis, ne sont pas celles

[77] The comments made by Boyle J. in relation to paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act are *obiter* and are only general comments. It is also important to note that in *McKesson* [at paragraph 127], the Tax Court limited itself “to a consideration of terms and conditions which it finds to not be on arm’s length terms and that directly relate to pricing”. In any event, the general comments in *McKesson* with respect to paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act in paragraph 125 highlighted above, support the interpretation that subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act only applies if arm’s length persons would not have entered into the particular transaction or series of transactions under any terms and conditions.

[78] The Crown, in paragraph 56 of its memorandum, stated “Dr. Horst [Cameco’s expert] failed to consider the independent interests of both parties and did not ask whether Cameco Canada would enter into the transactions had it been dealing with the Swiss Subsidiary at arm’s length as required by the Supreme Court of Canada in *Glaxo*”. The footnote reference to *Glaxo* is to paragraph 63 of *Glaxo*. In paragraph 63 of *Glaxo*, the Supreme Court noted:

Third, prices between parties dealing at arm’s length will be established having regard to the independent interests of each party to the transaction. That means that the interests of Glaxo Group and Glaxo Canada must both be considered. An appropriate determination under the arm’s length test of s. 69(2) should reflect these realities.

[79] In *Glaxo* the issue was the appropriate transfer price for ranitidine, the active ingredient in Zantac, that Glaxo Canada purchased from its non-arm’s length foreign supplier. The issue was not whether the transactions related to the purchase of this active ingredient were transactions that would have been entered between

qu’auraient conclues des parties sans lien de dépendance et qui se rapportent directement aux prix. [Non souligné dans l’original.]

[77] Les commentaires du juge Boyle relativement aux alinéas 247(2)b) et d) sont des remarques incidentes et constituent seulement des commentaires généraux. Il est également important de noter que la Cour canadienne de l’impôt, dans la décision *McKesson* [au paragraphe 127], s’est bornée « à prendre en considération les modalités qui, à son avis, ne sont pas celles qu’auraient conclues des parties sans lien de dépendance et qui se rapportent directement aux prix ». Quoi qu’il en soit, les commentaires généraux formulés dans la décision *McKesson* au sujet des alinéas 247(2)b) et d) de la Loi (partie soulignée du paragraphe 125 reproduit ci-dessus) appuient l’interprétation selon laquelle le sous-alinéa 247(2)b)(i) de la Loi s’applique uniquement dans le cas où des personnes sans lien de dépendance n’auraient pas conclu l’opération ou la série d’opérations en question, quelles que soient les modalités.

[78] La Couronne, au paragraphe 56 de son mémoire, a déclaré : [TRADUCTION] « M. Horst [l’expert de Cameco] n’a pas tenu compte des intérêts propres de chacune des parties et n’a pas demandé si Cameco Canada aurait conclu les opérations si elle n’avait pas eu de lien de dépendance avec la filiale suisse, comme l’a exigé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Glaxo* ». La note de bas de page renvoie à l’arrêt *Glaxo* et plus précisément au paragraphe 63. Voici ce que la Cour suprême y avait déclaré :

Troisièmement, les prix fixés par des parties n’ayant pas de lien de dépendance seront établis eu égard aux intérêts propres de chacune des parties à l’opération. Il s’ensuit qu’il faut tenir compte à la fois des intérêts du groupe Glaxo et de ceux de Glaxo Canada. Le calcul qui sera effectué conformément au critère de l’absence de lien de dépendance prévu au par. 69(2) devrait refléter ces réalités.

[79] L’arrêt *Glaxo* portait sur le prix de transfert approprié pour la ranitidine, l’ingrédient actif du Zantac, que Glaxo Canada avait acheté à son fournisseur étranger avec lequel elle avait un lien de dépendance. La question n’était pas de savoir si les opérations d’achat de cet ingrédient actif étaient des opérations qui auraient

persons dealing with each other at arm's length. The comments of the Supreme Court in *Glaxo* do not apply in interpreting subparagraph 247(2)(b)(i) of the Act. In any event, the Supreme Court noted that, in determining the appropriate price under subsection 69(2) of the Act, as it then read, the independent interests of each party to the transaction must be considered—not whether one party would have entered into the transactions in question (which would focus on only the interests of one of the parties).

[80] The context and purpose also do not support the interpretation of paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act as proposed by the Crown.

C. Conclusion with Respect to Paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act

[81] Parliament has chosen to indirectly address the issue of a Canadian taxpayer shifting profits to a non-arm's length person located in another jurisdiction by implementing the transfer pricing rules found in Part XVI.1 of the Act. These rules will adjust prices paid for goods purchased and sold and for services provided in transactions between a taxpayer and a non-resident person with whom that taxpayer is not dealing at arm's length, if such prices differ from the amount that would be paid in an arm's length transaction. By adjusting prices for goods and services, the profit realized by the Canadian taxpayer will be adjusted. However, the rules in paragraph 247(2)(b) and (d) of the Act are not as broad as the Crown suggests. They do not allow the Minister to simply reallocate all of the profit of a foreign subsidiary to its Canadian parent company on the basis that the Canadian corporation would not have entered any transactions with its foreign subsidiary if they had been dealing with each other at arm's length.

[82] Paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act apply only where a taxpayer and non-arm's length non-resident have entered into a transaction or a series of transactions that would not have been entered into between any two

été conclues entre des personnes n'ayant pas de lien de dépendance. Les commentaires formulés par la Cour suprême dans l'arrêt *Glaxo* ne s'appliquent pas à l'interprétation du sous-alinéa 247(2)b(i) de la Loi. Quoiqu'il en soit, la Cour suprême a fait remarquer que pour décider du prix approprié conformément au paragraphe 69(2) de la Loi, tel qu'il était alors libellé, les intérêts propres de chacune des parties à l'opération doivent être pris en compte — il ne s'agit pas de savoir si une partie aurait conclu les opérations en question (cela tiendrait compte uniquement des intérêts d'une des parties).

[80] De même, le contexte et l'objet n'appuient pas l'interprétation avancée par la Couronne quant aux alinéas 247(2)b) et d) de la Loi.

C. Conclusion quant aux alinéas 247(2)b) et d) de la Loi

[81] Le législateur a décidé d'aborder de manière indirecte le cas d'un contribuable canadien qui transférerait des profits à une personne ayant un lien de dépendance dans un autre territoire; pour ce faire, il a mis en œuvre les règles en matière de prix de transfert énoncées dans la Partie XVI.1 de la Loi. Ces règles entraînent le redressement des prix payés pour des marchandises achetées et vendues ainsi que pour des services fournis dans le cadre de transactions entre un contribuable et une personne non-résidente avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance, si ces prix ne correspondent pas à un prix de pleine concurrence. Le redressement des prix des marchandises et des services entraîne le redressement des profits réalisés par le contribuable canadien. Toutefois, les règles énoncées aux alinéas 247(2)b) et d) de la Loi ne sont pas aussi générales que le prétend la Couronne. Elles ne permettent pas au ministre de réaffecter simplement tous les profits d'une filiale à l'étranger à sa société mère canadienne en tenant pour acquis que la société canadienne n'aurait conclu aucune opération avec sa filiale à l'étranger si elles n'avaient pas eu de lien de dépendance.

[82] Les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi s'appliquent uniquement lorsqu'un contribuable et un non-résident ayant un lien de dépendance ont conclu une opération ou une série d'opérations qui n'aurait pas été conclue

(or more) persons dealing at arm's length, under any terms or conditions. In such a situation, the transaction or series of transactions that would have been entered into between arm's length persons is substituted for the transaction or series of transactions in question, with the appropriate terms and conditions. In particular, paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act cannot be used to simply reallocate all of the profits earned by CEL to Cameco, its Canadian parent corporation, in the circumstances of this case. Of course, in another situation where these paragraphs would apply, the substituted transactions may well result in adjustments to the income (and the profit) of a Canadian taxpayer.

[83] The Crown, during the hearing of the appeal, was particularly focused on the amount of profit realized by CEL in 2003, 2005 and 2006. However, this argument is based on hindsight and is indirectly an attack on the factual findings made by the Tax Court Judge.

[84] The arrangements with CEL, as acknowledged by the Crown, in relation to the purchase of uranium from Tenex, were put in place in 1999 when CESA signed the agreement with Tenex and others. CESA later transferred its rights under this agreement to CEL. The Tax Court Judge reviewed these arrangements and, as noted above, found [at paragraph 786], "the economic benefit of participating in the HEU Feed Agreement was negligible at the time the parties executed the agreement in March 1999". The Tax Court Judge also noted that, but for the optionality of the agreement, the value of the HEU Feed Agreement would have been negative in 1999. When the optionality was removed in 2001, the logical conclusion would be that the agreement then had a negative value.

[85] By now alleging that Cameco would not have entered into the arrangement whereby ultimately CEL would be the purchaser of the uranium from Tenex, the Crown is, in effect, challenging these factual findings related to the value of the right to purchase uranium from Tenex. If the economic benefit of participating in the agreement was negligible or negative, why would any

entre deux personnes (ou plus) sans lien de dépendance, quelles que soient les modalités. Dans une telle situation, l'opération ou la série d'opérations qui aurait été conclue entre des personnes sans lien de dépendance est remplacée par l'opération ou la série d'opérations en question, avec les modalités qui conviennent. Plus précisément, les alinéas 247(2)b) et d) de la Loi ne peuvent pas servir à réaffecter simplement tous les profits réalisés par CEL à Cameco, sa société mère canadienne, dans les circonstances de l'espèce. Bien évidemment, dans une autre situation où ces alinéas s'appliqueraient, les opérations remplacées pourraient bien donner lieu à des redressements des revenus (et des profits) d'un contribuable canadien.

[83] La Couronne, lors de l'audition de l'appel, s'est particulièrement intéressée aux profits réalisés par CEL en 2003, en 2005 et en 2006. Toutefois, cet argument est formulé *a posteriori* et remet en cause de manière indirecte les conclusions de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt.

[84] Comme l'a reconnu la Couronne, les ententes avec CEL relativement à l'achat d'uranium auprès de Tenex ont été conclues en 1999 lorsque CESA a signé l'entente avec Tenex et d'autres. CESA a par la suite transféré ses droits aux termes de l'entente à CEL. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a examiné ces ententes et, tel que je l'ai indiqué plus haut, a conclu [au paragraphe 786] que « l'avantage économique de la participation au contrat sur l'uranium naturel de l'UHE était négligeable au moment de sa signature par les parties, en mars 1999 ». Il a également noté que n'eussent été les options prévues au contrat, le contrat sur l'uranium naturel de l'UHE aurait eu une valeur négative en 1999. Il serait logique de conclure que lorsque les options ont été supprimées en 2001, le contrat avait alors une valeur négative.

[85] En affirmant à présent que Cameco n'aurait pas conclu le contrat qui ferait au bout du compte de CEL l'acheteur de l'uranium de Tenex, la Couronne remet bel et bien en cause ces conclusions de fait liées à la valeur du droit d'acheter de l'uranium auprès de Tenex. Si l'avantage économique de la participation au contrat était négligeable ou nul, pour quelle raison une personne

person not have transferred any right that it might have had to enter into this agreement to an arm's length party? It is far from clear why a person would not transfer a right that has no value or a negative value to an arm's length party. That other arm's length persons would have accepted such a right is evidenced by the fact that COGEMA and Nukem entered into the same agreement with Tenex.

[86] Similarly, the Tax Court Judge also concluded that any increase in value of the Urenco agreement arose after this agreement was signed in 1999. In paragraph 787 of his reasons, the Tax Court Judge also found that the parties did not know in 1999 or 2001 that the price of uranium was going to increase significantly after 2002. It is not appropriate to use hindsight to now suggest that no two persons dealing at arm's length would have entered into the series of transactions whereby Cameco transferred to CESA any right that Cameco may have had to enter into the Urenco agreement. The Crown is indirectly challenging the finding of fact that the parties did not know that the price of uranium was going to increase substantially.

[87] In paragraphs 12 and 13 of its memorandum, the Crown addressed the differences between the arrangement that Cameco had with CEL and its contracts with arm's length parties. However, this comparison relates to the amounts at which Cameco sold its uranium to CEL. This is again an indirect attack on the factual finding made by the Tax Court Judge, as noted in paragraph 23 of these reasons above, that the prices charged by Cameco to CEL "were well within an arm's length range of prices". The Crown is not appealing any of the factual findings made by the Tax Court Judge. It is, therefore, not appropriate for the Crown to indirectly attack these factual findings.

[88] In paragraphs 14 and 15 of its memorandum, the Crown noted that for two years (2005 and 2006) Cameco sustained losses while CEL earned substantial profits. The losses appear to relate, in part, to Cameco purchasing uranium from CEL as a result of a flood at Cameco's McArthur River mine. The substantial profits arose as

n'aurait-elle pas transféré à un tiers sans lien de dépendance tout droit qu'elle avait de conclure ce contrat? On ne voit vraiment pas pourquoi une personne ne transférerait pas à un tiers sans lien de dépendance un droit dont la valeur est nulle ou négative. D'autres personnes sans lien de dépendance auraient accepté ce droit, comme le prouve le fait que COGEMA et Nukem ont conclu la même entente avec Tenex.

[86] De même, le juge de la Cour canadienne de l'impôt a également conclu que l'augmentation de la valeur du contrat Urenco s'était produite après la signature de ce contrat en 1999. Au paragraphe 787 de ses motifs, il a aussi jugé que les parties ne savaient pas, en 1999 ou en 2001, que le prix de l'uranium augmenterait fortement après 2002. Il n'est pas approprié de faire valoir *a posteriori* que deux personnes sans lien de dépendance n'auraient pas conclu la série d'opérations par laquelle Cameco a transféré à CESA tout droit que Cameco aurait pu avoir de conclure le contrat Urenco. La Couronne conteste indirectement la conclusion de fait selon laquelle les parties ne savaient pas que le prix de l'uranium allait fortement augmenter.

[87] Aux paragraphes 12 et 13 de son mémoire, la Couronne a abordé les différences entre l'entente que Cameco avait conclue avec CEL et ses contrats avec des parties n'ayant pas de lien de dépendance. Toutefois, cette comparaison concerne les sommes auxquelles Cameco a vendu son uranium à CEL. Il s'agit ici encore d'une remise en cause indirecte de la conclusion de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt, que j'ai évoquée précédemment au paragraphe 23 des présents motifs, selon laquelle les prix facturés par Cameco à CEL « se situaient tout à fait dans l'intervalle de pleine concurrence ». La Couronne ne fait pas appel des conclusions de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt. Il n'est donc pas approprié qu'elle remette en cause de manière indirecte ces conclusions de fait.

[88] Aux paragraphes 14 et 15 de son mémoire, la Couronne a noté que, pendant deux ans (en 2005 et en 2006), Cameco avait subi des pertes tandis que CEL réalisait d'importants profits. Les pertes semblent en partie liées au fait que Cameco, à la suite de l'inondation de sa mine de McArthur River, a acheté de l'uranium

a result of the prices at which uranium was purchased and sold by CEL. However, this again is an indirect challenge to the factual findings of the Tax Court Judge that the parties, in 1999 and 2001, did not know that the price of uranium would increase substantially, and also an indirect challenge to the prices paid by CEL and Cameco for the uranium bought and sold between these two parties. Whether the prices paid between Cameco and CEL were arm's length prices is a question of fact.

[89] Essentially, the profits in question in this case arose from buying and selling uranium. There is no basis to find that parties dealing with each other at arm's length would not have bought and sold uranium or transferred between them the rights to buy uranium from Tenex or Urenco. I would dismiss the Crown's appeal related to paragraphs 247(2)(b) and (d) of the Act.

D. Alternative Argument with respect to Paragraph 247(2)(a) of the Act

[90] In the alternative, the Crown has argued that the Tax Court Judge also erred in his interpretation of paragraph 247(2)(a) of the Act. The first several paragraphs with respect to this issue in the Crown's memorandum all relate to the Crown's submissions as to why the evidence of its expert should have been preferred over the expert for Cameco. However, it is the role of the Tax Court Judge to weigh the evidence and, in particular, to determine which expert report is to be preferred over that of another expert. Absent a palpable and overriding error, the Tax Court Judge is entitled to deference on this point (*Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company*, 2016 FCA 216, 487 N.R. 230, at paragraph 14; *Barnwell v. Canada*, 2016 FCA 150, 484 N.R. 57, at paragraph 12).

[91] The Crown is not challenging any of the factual findings made by the Tax Court Judge and therefore is not alleging any error related to the facts, let alone any palpable and overriding error. There is no basis for this

auprès de CEL. Les profits substantiels ont découlé des prix auxquels l'uranium était acheté et vendu par CEL. Toutefois, il s'agit une fois encore d'une remise en cause indirecte des conclusions de fait du juge de la Cour canadienne de l'impôt selon lesquelles les parties, en 1999 et en 2001, ne savaient pas que le prix de l'uranium allait fortement augmenter. C'est également une remise en cause indirecte des prix payés par CEL et par Cameco pour l'achat et la vente d'uranium entre ces deux parties. La question de savoir si les prix des transactions entre Cameco et CEL étaient des prix de pleine concurrence est une question de fait.

[89] En fait, les profits en question en l'espèce ont découlé de l'achat et de la vente d'uranium. Rien ne permet de conclure que des parties n'ayant aucun lien de dépendance n'auraient pas acheté ou vendu de l'uranium ni transféré entre elles les droits d'acheter de l'uranium auprès de Tenex ou d'Urenco. Je rejeterais l'appel de la Couronne en lien avec les alinéas 247(2)(b) et d) de la Loi.

D. Argument subsidiaire quant à l'alinéa 247(2)(a) de la Loi

[90] À titre subsidiaire, la Couronne a soutenu que le juge de la Cour canadienne de l'impôt avait également commis une erreur en interprétant l'alinéa 247(2)(a) de la Loi. Les premiers paragraphes concernant cette question dans le mémoire de la Couronne se rapportent tous aux observations de la Couronne sur les raisons pour lesquelles le témoignage de son expert aurait dû être préféré à celui de l'expert de Cameco. Cependant, il revient au juge de la Cour canadienne de l'impôt d'apprécier les éléments de preuve et, plus précisément, de décider quel rapport d'expert doit l'emporter. S'il n'y a pas d'erreur manifeste et dominante, la déférence est de mise quant à la décision du juge de la Cour canadienne de l'impôt sur ce point (*Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company*, 2016 CAF 216, au paragraphe 14; *Barnwell c. Canada*, 2016 CAF 150, au paragraphe 12).

[91] La Couronne ne conteste aucune des conclusions de fait tirées par le juge de la Cour canadienne de l'impôt et n'allègue donc aucune erreur liée aux faits, et encore moins une erreur manifeste et dominante. Rien ne

Court to intervene in relation to the selection of one expert over another. It should be noted that this was a very lengthy trial with several experts.

[92] The Crown, in paragraph 67 of its memorandum, also submits “the trial judge erred by saying those contracts had no value when they were signed.” The contracts to which the Crown is referring are the Tenex contracts and the Urenco contracts. However, the value to be assigned to these contracts is a question of fact and the Crown cannot recharacterize a question of fact as a question of law. As the Crown has chosen to not appeal any of the factual findings made by the Tax Court Judge, there is no basis to interfere with the finding that these contracts had no value when they were signed.

[93] In the same paragraph of its memorandum, the Crown noted “one of the relevant circumstances is that Cameco Canada guaranteed both contracts and therefore had risk”. This is a matter that was taken into account by the Tax Court Judge in his finding related to the value of the Tenex and Urenco agreements, and again relates to a question of fact. It should also be noted that the Crown is not in this appeal alleging that the guarantee fee paid by CEL to Cameco was not an amount that would be paid in an arm’s length transaction.

[94] There is no basis for this Court to interfere with the finding of the Tax Court Judge in relation to the value of the Tenex agreement or the Urenco agreement, or in relation to the prices paid by CEL to Cameco for the uranium that it purchased. Therefore, the Crown cannot succeed in relation to its alternate argument with respect to paragraph 247(2)(a) of the Act.

VI. Conclusion

[95] I would therefore dismiss the appeal in A-349-18. At the commencement of the hearing of this appeal,

justifie donc l’intervention de la Cour quant au choix d’un expert plutôt qu’un autre. Il convient de souligner que ce procès a été très long et que plusieurs experts sont intervenus.

[92] La Couronne, au paragraphe 67 de son mémoire, affirme également que [TRADUCTION] « le juge de première instance a commis une erreur en déclarant que ces contrats n’avaient aucune valeur au moment de la signature ». Les contrats auxquels la Couronne fait référence sont les contrats Tenex et les contrats Urenco. Cependant, la valeur à attribuer à ces contrats est une question de fait et la Couronne ne peut pas requalifier une question de fait pour en faire une question de droit. Étant donné que la Couronne a décidé de ne porter en appel aucune des conclusions de fait du juge de la Cour canadienne de l’impôt, il n’y a aucune raison de modifier la conclusion selon laquelle ces contrats n’avaient aucune valeur au moment de la signature.

[93] Dans le même paragraphe de son mémoire, la Cour a noté que [TRADUCTION] « une des circonstances pertinentes est le fait que Cameco Canada garantissait les deux contrats et s’exposait donc au risque ». Cette question a été prise en considération par le juge de la Cour canadienne de l’impôt dans sa conclusion sur la valeur des contrats Tenex et Urenco; il s’agit ici encore d’une question de fait. Il convient également de noter que la Couronne, dans le présent appel, ne prétend pas que la commission de garantie que CEL a versée à Cameco n’était pas une somme qui serait payée lors d’une opération conclue sans lien de dépendance.

[94] Il n’y a aucune raison pour que la Cour intervienne quant à la conclusion du juge de la Cour canadienne de l’impôt en lien avec la valeur du contrat Tenex ou du contrat Urenco, ni en lien avec les prix que CEL a payés à Cameco pour l’uranium qu’elle achetait. Par conséquent, la Couronne ne peut pas obtenir gain de cause relativement à son argument lié à l’alinéa 247(2)a) de la Loi.

VI. Conclusion

[95] Je rejetterais donc l’appel dans le dossier A-349-18. Au début de l’audition du présent appel, les avocats de la

counsel for the Crown noted that the parties had agreed that the successful party should be entitled to costs in this appeal in the amount of \$10 000. I would therefore award Cameco costs fixed in the amount of \$10 000.

[96] Since the Crown acknowledged that the appeal in A-193-19 was contingent on it being successful in appeal A-349-18, I would dismiss the appeal in A-193-19 without costs.

RENNIE J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

Couronne ont indiqué que les parties avaient convenu que la partie qui obtiendrait gain de cause devrait avoir droit à des dépens de 10 000 \$ pour le présent appel. J'accorderais donc à Cameco des dépens établis à 10 000 \$.

[96] La Couronne ayant reconnu que l'appel dans le dossier A-193-19 dépendait de son succès dans le dossier A-349-18, je rejeterais l'appel dans le dossier A-193-19, sans dépens.

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

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

IMM-4154-19
2020 FC 689

IMM-4154-19
2020 CF 689

Lotfi Abdulrahman Ahmed Bafakih, Suaad Bafakih, Abdulrahman Lot Bafakih, Ahmed Bafakih
(Applicants)

Lotfi Abdulrahman Ahmed Bafakih, Suaad Bafakih, Abdulrahman Lot Bafakih, Ahmed Bafakih
(demandeurs)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(Respondent)

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

INDEXED AS: BAFAKIH v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : BAFAKIH c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Russell J.—Toronto, February 26; Ottawa, June 15, 2020.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 26 février; Ottawa, 15 juin 2020.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision vacating previous refugee protection decision pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 109(1) for misrepresentation — Applicants, family of four Yemeni citizens — Granted refugee status based on claim against Yemen — At time of vacation hearing, parents divorced, living overseas — Respondent receiving documents regarding parents' identity in Kenya which raised suspicion since applicants never previously disclosing Kenyan ties — Respondent starting vacation proceedings, alleging that applicants had misrepresented or withheld material facts when making refugee claim which precluded original panel from engaging in full analysis of their identities, credibility; that neither parent mentioned any Kenyan ties — Applicant parents submitting that while applying for Kenyan ID cards before coming to Canada, never receiving such cards — Raising three fundamental issues with decision to vacate — Stating RPD: (1) relied on non-credible, untrustworthy evidence from Kenya; (2) made three factual findings that were not based on evidence; (3) made unreasonable material misrepresentation finding — Respondents arguing that due to withholding of material facts by applicants, RPD not given opportunity to assess Kenya as potential country of reference; that RPD's decision to vacate not turning on whether applicants holding Kenyan citizenship but whether information withheld relating to potential Kenyan citizenship — Whether RPD relying on unreliable evidence from Kenya; whether RPD making findings of fact that not based upon evidence; whether RPD's finding of material misrepresentation reasonable — Direct or indirect misrepresentations RPD relied upon were that by 1999 principal applicant probably had, was registered as Kenyan

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé une décision antérieure sur le statut de réfugié en application de l'art. 109(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) en raison de la présentation erronée des faits — Les demandeurs sont quatre membres d'une famille citoyens du Yémen — Ils se sont vu reconnaître la qualité de réfugiés au sens de la Convention, en tant que citoyens du Yémen — Au moment de l'audience d'annulation, les parents étaient divorcés et vivaient à l'étranger — Le défendeur a reçu des documents concernant l'identité des parents au Kenya, ce qui a éveillé les soupçons du défendeur puisque les demandeurs n'avaient déclaré aucun lien avec le Kenya — Le défendeur a institué une demande d'annulation, alléguant que les demandeurs avaient fait une présentation erronée de faits importants ou avaient dissimulé des faits importants dans leur demande d'asile, ce qui avait empêché le tribunal initial de mener une analyse approfondie de l'identité des demandeurs et de leur crédibilité; que ni l'un ni l'autre des parents n'avait mentionné de liens avec le Kenya — Les parents demandeurs ont fait valoir qu'ils avaient demandé des cartes d'identité du Kenya avant de venir au Canada, mais qu'ils ne les avaient jamais reçues — Ils ont soulevé trois questions fondamentales à l'égard de la décision d'annuler leurs demandes d'asile — Ils ont affirmé que la SPR : 1) s'est appuyée sur des éléments de preuves douteux et non crédibles fournis par le Kenya; 2) a tiré trois conclusions factuelles qui n'étaient pas fondées sur les éléments de preuve; et 3) a tiré une conclusion déraisonnable en décidant qu'il y avait eu une présentation erronée sur un fait important — Le défendeur a fait valoir notamment que les demandeurs ont dissimulé des

national; that his parents born in Kenya — RDP stating that applicants could have been refused status in Canada because applicants having right to go to Kenya — However, no evidence suggesting that applicants having any right to go to Kenya — Evidence only suggesting that Kenya was possible country of reference that could have been explored as part of applicants' refugee claim — RPD's approach fundamentally flawed, based upon logical fallacy — If any connection which applicants had with Kenya in 1999 not capable of yielding Kenyan nationality, then no misrepresentation or withholding of material facts relating to relevant matter made — Act, s. 109 requiring respondent to demonstrate that applicants' failure to mention any possible connections to Kenya in 1999 led to decision that was direct or indirect result of withholding that information — No evidence that applicants having any right to Kenyan citizenship or that RDP could have assessed Kenya as possible country of reference; that applicants misrepresented anything — Under Act, s. 109(1), refugee protection can only be vacated if RPD finding that decision obtained as result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to relevant matter, which was not the case herein — Application allowed.

This was an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision vacating a previous refugee protection decision pursuant to subsection 109(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for misrepresentation.

The applicants are four Yemeni citizens. The father and the mother were born in Yemen, were married together but eventually divorced in Yemen. At the time of the vacation hearing, the father was living in Saudi Arabia as a temporary resident while

faits importants et que cela a empêché la SPR d'évaluer le Kenya en tant que pays de référence possible; qu'il n'était pas question, dans la décision de la SPR d'annuler la demande, de savoir si les demandeurs avaient effectivement la citoyenneté kenyane, mais plutôt de savoir s'ils avaient dissimulé des renseignements en lien avec une possible citoyenneté kenyane — Il s'agissait de savoir si la SPR s'est fondée sur des éléments de preuve qui n'étaient pas dignes de foi fournis par le Kenya; si la SPR a tiré des conclusions de fait qui ne tenaient pas compte des éléments de preuve; et si la conclusion de la SPR quant à l'existence d'une présentation erronée sur un fait important était raisonnable — Les présentations erronées faites directement ou indirectement sur lesquelles s'est fondée la SPR étaient qu'en 1999, le demandeur principal était probablement inscrit en tant que ressortissant kényan et que ses parents sont nés au Kenya — La SPR a affirmé que l'asile au Canada aurait pu être refusé aux demandeurs parce qu'ils avaient le droit d'aller au Kenya — Toutefois, rien n'indiquait que les demandeurs avaient le droit d'aller dans ce pays — Les éléments de preuve indiquaient seulement que le Kenya était un pays de référence possible qui aurait pu être examiné lors de leur demande d'asile — L'approche de la SPR était fondamentalement déficiente et reposait sur une erreur de logique — Si un éventuel lien que les demandeurs avaient avec le Kenya en 1999 ne leur a pas permis d'obtenir la citoyenneté kenyane, alors il n'y a pas eu de présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ni de réticence sur ce fait — L'art. 109 de la LIPR obligeait le défendeur à prouver que le défaut des demandeurs de mentionner d'éventuels liens avec le Kenya en 1999 a mené à une décision résultant directement ou indirectement de la réticence sur cette information — Il n'y avait aucune preuve selon laquelle les demandeurs avaient droit à la citoyenneté kenyane ou selon laquelle la SPR aurait pu examiner le Kenya en tant que pays de référence possible — Il n'y avait également aucune preuve que les demandeurs ont fait une présentation erronée — Selon l'art. 109(1) de la LIPR, le droit d'asile ne peut être annulé que si la SPR conclut que la décision résulte, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait, ce qui n'était pas le cas dans la présente affaire — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé une décision antérieure sur le statut de réfugié en application du paragraphe 109(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) en raison de la présentation erronée des faits.

Les demandeurs sont quatre citoyens du Yémen. Le père et la mère sont nés au Yémen, ils se sont mariés au Yémen, mais ont divorcé. Au moment de l'audience d'annulation, le père vivait en Arabie saoudite à titre de résident temporaire, tandis

the mother was temporarily living in Malaysia with two of the couple's children. The applicant parents have five children but only two of their children were included in their original refugee claim and in the vacation application. One of their applicant sons currently lives in the United States while the other son included in the refugee claim is currently in Canada without status. The four applicants arrived in Canada in 1998 and claimed refugee protection. A year later, the applicants were granted Convention refugee status based on their claim against Yemen. Afterwards, the respondent seized a package of documents mailed to the applicants from the United States, which included identity cards indicating that the applicant parents were born in Mombasa, Kenya. This raised suspicion for the respondent because the applicants had not disclosed any Kenyan ties in their refugee claims. In 2000, the respondent requested specific identity documents of the applicant parents from the Kenyan government, which the Kenyan authorities sent. In light of this new information, the respondent decided to vacate the previous decision granting the applicants refugee status. However, due to the inability to locate and serve the applicants, the respondent was unable to vacate their refugee status, which led the respondent to abandon the vacation application. A decade later, the case was resumed after one of the sons who has refugee status entered Canada in 2017. The son was served with the application to vacate, alleging that the applicants had misrepresented or withheld material facts in 1999 which "precluded the original panel from engaging in a full-some analysis of their identities and credibility". Neither of the parents had mentioned visiting Kenya or having any Kenyan ties. Yet the biometric match in Kenya, as well as the application forms provided by the Kenyan authorities, suggested Kenya could have been a country of reference for the original refugee claim. Subsequently, the applicant father revealed that he had, in fact, given his and his wife's fingerprints to a contact for the purpose of acquiring Kenyan ID cards in 1994. However, he said he never received these cards and that his efforts to do so were unrelated to the Canadian decision granting them refugee status in 1999.

The RPD applied a two-pronged test for material misrepresentation under subsection 109(1) of the Act. First, it had to consider whether there was a material misrepresentation or withholding of material facts. Second, the RPD had to consider whether there was sufficient evidence that refugee protection would nonetheless have been granted at the original hearing. The RPD found the respondent's application met both parts of the test and granted the application to vacate the applicants' refugee status.

que la mère vivait temporairement en Malaisie avec deux des enfants du couple. Les parents demandeurs ont cinq enfants, mais seuls deux d'entre eux étaient inclus dans leur demande d'asile initiale et dans la demande d'annulation. L'un de leur fils demandeur vit actuellement aux États-Unis tandis que l'autre fils inclus dans la demande d'asile se trouve actuellement au Canada sans statut. Les quatre demandeurs sont arrivés au Canada en 1998 et ont demandé l'asile. Un an plus tard, ils se sont vu reconnaître la qualité de réfugiés au sens de la Convention, en tant que citoyens du Yémen. Par la suite, le défendeur a saisi un envoi de documents destiné aux demandeurs, en provenance des États-Unis. Cet envoi comprenait des cartes d'identité sur lesquelles il était indiqué que les parents demandeurs étaient nés à Mombasa, au Kenya. Cela a éveillé les soupçons du défendeur puisque les demandeurs n'avaient déclaré aucun lien avec le Kenya dans leurs demandes d'asile. En 2000, le défendeur a demandé au gouvernement kenyan de lui fournir certains dossiers d'identité des parents demandeurs, ce que les autorités kenyanes ont fait. Compte tenu de ces nouveaux renseignements, le défendeur a décidé d'annuler la décision antérieure d'accorder le statut de réfugié aux demandeurs. N'ayant pas pu trouver les demandeurs et leur signifier la demande d'annulation, le défendeur n'a pas pu annuler leur statut de réfugié, et il a par conséquent abandonné la demande d'annulation. Le dossier d'annulation a été réactivé dix ans après, lorsque l'un des fils, qui avait le statut de réfugié, est entré au Canada en novembre 2017. Selon la demande d'annulation, signifiée au fils, les demandeurs avaient fait une présentation erronée de faits importants ou avaient dissimulé des faits importants en 1999, ce qui « avait empêché le tribunal initial de mener une analyse approfondie de l'identité des demandeurs et de leur crédibilité ». Ni l'un ni l'autre des parents n'avait mentionné de visites au Kenya ou de liens avec ce pays. Cependant, d'après la correspondance biométrique et les formulaires de demande fournis par les autorités kenyanes, le Kenya aurait pu être un pays de référence pour la demande d'asile initiale. Par la suite, le père demandeur a révélé qu'il avait en fait fourni ses empreintes digitales et celles de son épouse à une connaissance afin d'obtenir des cartes d'identité du Kenya en 1994. Il a cependant affirmé n'avoir jamais obtenu ces cartes, ajoutant que ses efforts en ce sens n'avaient aucun lien avec la décision rendue par le Canada en 1999 de leur accorder le statut de réfugié.

La SPR a appliqué un critère à deux volets pour la présentation erronée sous le régime du paragraphe 109(1) de la LIPR. Premièrement, elle a dû se demander s'il y avait eu une présentation erronée sur un fait important ou une réticence sur ce fait. Deuxièmement, elle a dû se demander s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve indiquant que la demande d'asile aurait néanmoins été accueillie lors de l'audience initiale. La SPR a conclu que la demande déposée par le défendeur répondait aux deux volets du critère et a accueilli la demande d'annulation du statut de réfugié des demandeurs.

The applicants raised three fundamental issues with the decision to vacate their refugee protection. They stated the RPD: (1) relied on non-credible and untrustworthy evidence from Kenya; (2) made three factual findings that were not based on the evidence; and (3) made an unreasonable material misrepresentation finding. As for the respondent, he argued in particular that due to the withholding of material facts by the applicants, the RPD was given no opportunity to assess Kenya as a potential country of reference. He submitted that the RPD's decision to vacate did not turn on whether the applicants, in fact, held Kenyan citizenship, but rather whether they withheld information related to *potential* Kenyan citizenship.

The issues were whether the RPD relied on unreliable evidence from Kenya; whether the RPD made findings of fact that were not based upon the evidence; and whether the RPD's finding of a material misrepresentation was reasonable.

Held, the application should be allowed.

The direct or indirect misrepresentations the RPD relied upon were that by 1999 the principal applicant probably had and was registered as a Kenyan national and that his parents were born in Kenya. The RPD held that by withholding these facts, the applicants prevented the RPD from considering Kenya as a "potential country of reference" in the applicants' 1999 refugee claims that resulted in their obtaining refugee status in Canada. So, potentially at least, the applicants could have been refused refugee status in Canada because they had a right to go to Kenya. There was, however, no evidence to suggest that the applicants had any right to go to Kenya. The evidence only suggested, at best, that Kenya was a possible country of reference that could have been explored as part of their refugee claim and/or that the applicants might not have been credible at that time. The RPD steadfastly refused to consider whether there was any legal basis for considering Kenya as a country of "potential nationality" for the applicants. While it did not find that Kenya was or was not a country of reference, it found that Kenya was a "potential country of reference" that the applicants should have disclosed, and their failure to do so precluded a line of inquiry that, potentially, could have led to the refusal of their refugee claim. This approach by the RPD was fundamentally flawed and based upon a logical fallacy. If any connection which the applicants had with Kenya in 1999 was not capable of yielding Kenyan nationality, then there was no misrepresentation or withholding of material facts relating to a relevant matter. If the 1999 panel was precluded from pursuing a line of inquiry, this does not mean that, in accordance with subsection 109(1) of the Act, the 1999 decision was obtained

Les demandeurs ont soulevé trois questions fondamentales à l'égard de la décision d'annuler leurs demandes d'asile. Ils ont affirmé que la SPR : 1) s'est appuyée sur des éléments de preuves douteux et non crédibles fournis par le Kenya; 2) a tiré trois conclusions factuelles qui n'étaient pas fondées sur les éléments de preuve; et 3) a tiré une conclusion déraisonnable en décidant qu'il y avait eu une présentation erronée sur un fait important. Pour sa part, le défendeur a fait valoir notamment que les demandeurs ont dissimulé des faits importants et que cela a empêché la SPR d'évaluer le Kenya en tant que pays de référence possible. Il a prétendu qu'il n'était pas question, dans la décision de la SPR d'annuler la demande, de savoir si les demandeurs avaient effectivement la citoyenneté kenyane, mais plutôt de savoir s'ils avaient dissimulé des renseignements en lien avec une *possible* citoyenneté kenyane.

Il s'agissait de savoir si la SPR s'est fondée sur des éléments de preuve qui n'étaient pas dignes de foi fournis par le Kenya; si la SPR a tiré des conclusions de fait qui ne tenaient pas compte des éléments de preuve; et si la conclusion de la SPR quant à l'existence d'une présentation erronée sur un fait important était raisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Les présentations erronées faites directement ou indirectement sur lesquelles s'est fondée la SPR étaient qu'en 1999, le demandeur principal était probablement inscrit en tant que ressortissant kényan et que ses parents sont nés au Kenya. La SPR a conclu qu'en omettant ces faits, les demandeurs l'ont empêchée d'examiner le Kenya en tant que « pays de référence possible » dans les demandes d'asile qu'ils ont déposées en 1999 et qui leur ont permis d'obtenir le statut de réfugié au Canada. Ainsi, du moins en théorie, l'asile au Canada aurait pu être refusé aux demandeurs parce qu'ils avaient le droit d'aller au Kenya. Toutefois, rien n'indiquait que les demandeurs avaient le droit d'aller dans ce pays. Au mieux, les éléments de preuve indiquaient seulement que le Kenya était un pays de référence possible qui aurait pu être examiné lors de leur demande d'asile, et qu'il se peut que les demandeurs n'aient pas été crédibles à l'époque. La SPR a refusé catégoriquement de statuer sur l'existence d'un fondement juridique pour considérer que le Kenya était un pays de « nationalité potentiel » pour les demandeurs. La SPR n'a pas conclu que le Kenya était ou n'était pas un pays de référence, mais elle a conclu que c'était un « pays de référence potentiel » que les demandeurs auraient dû mentionner et que cette omission a fait obstacle à certaines questions qui auraient pu déboucher sur le rejet de leur demande d'asile. Cette approche de la SPR était fondamentalement déficiente et reposait sur une erreur de logique. Si un éventuel lien que les demandeurs avaient avec le Kenya en 1999 ne leur a pas permis d'obtenir la citoyenneté kenyane, alors il n'y a pas eu de présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ni de réticence sur

“as a result of”, in this case, “withholding material facts relating to a relevant matter”. If Kenya was not, in fact, a possible alternative refuge for the applicants, then no material fact was withheld that could have, either directly or indirectly, resulted in the decision to award them refugee status at that time.

Section 109 of the Act required the respondent to demonstrate that the applicants’ failure to mention any possible connections to Kenya in 1999 led to a decision that was a direct or indirect result of withholding that information. All that the RPD said in this case is that the applicants’ failure to mention Kenya could “potentially” have resulted from a withholding of “potentially” material facts. But, section 109 required the RPD to find that the 1999 decision “was obtained” because material facts were withheld, not, as the RPD found, that the disclosure of certain facts would have caused much more of an inquiry into this case. Even if the test proposed by the respondent was used—that the “RPD panel could have assessed Kenya as a possible country of reference,”—the respondent did not provide any evidence that the applicants have any right to Kenyan citizenship or that the RPD could have assessed Kenya as a possible country of reference. There was no evidence on the record that the applicants misrepresented anything. Under subsection 109(1) of the Act, refugee protection can only be vacated if the RPD finds “that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.”

As well, it appeared that the RPD Member conflated subsection 109 (1) with paragraph 40(1)(a) of the Act. However, the wording of these two provisions is distinctly different. The respondent did not demonstrate how the failure of the applicants to mention their Kenyan connections was the omission of a “relevant matter” by which the refugee decision “was obtained”. It would be unreasonable and unconscionable if the respondent could simply move to vacate refugee status on the basis of an innocent, and not unreasonable, omission that the respondent has not demonstrated was material to the granting of refugee status, but which has merely prevented a possible line of inquiry that the respondent has not demonstrated could have led to the refusal of refugee status.

In conclusion, the decision was quashed and the matter was returned for reconsideration by a differently constituted RPD panel. Finally, a question regarding vacating a refugee protection decision under subsection 109(1) of the Act was certified.

ce fait. Si le tribunal de 1999 n’a pas eu la possibilité de poser certaines questions, cela ne signifie pas, conformément au paragraphe 109(1) de la LIPR, que la décision de 1999 a « résult[é] », en l’espèce, de « réticence sur » « un fait important quant à un objet pertinent ». Si le Kenya n’était pas, dans les faits, un autre refuge possible pour les demandeurs, alors il n’y a eu aucune réticence sur un fait important qui aurait pu, directement ou indirectement, mener à la décision de leur octroyer le statut de réfugié à l’époque.

L’article 109 de la LIPR obligeait le défendeur à prouver que le défaut des demandeurs de mentionner d’éventuels liens avec le Kenya en 1999 a mené à une décision résultant directement ou indirectement de la réticence sur cette information. En l’espèce, la SPR a affirmé seulement que le défaut des demandeurs de mentionner le Kenya aurait « potentiellement » pu résulter d’une réticence sur des faits « potentiellement » importants. Cependant, l’article 109 obligeait la SPR à conclure que la décision de 1999 était une décision « résultant » d’une réticence sur des faits importants et non, comme l’a conclu la SPR, que la divulgation de certains faits « aurait provoqué une enquête beaucoup plus poussée quant à ce dossier. Même si on utilise le critère proposé par le défendeur (c’est-à-dire que le « tribunal de la SPR aurait pu examiner le Kenya en tant que pays de référence possible »), le défendeur n’a fourni aucune preuve selon laquelle les demandeurs avaient droit à la citoyenneté kenyane ou selon laquelle la SPR aurait pu examiner le Kenya en tant que pays de référence possible. Le dossier n’apportait aucune preuve que les demandeurs ont fait une présentation erronée. Selon le paragraphe 109(1) de la LIPR, le droit d’asile ne peut être annulé que si la SPR conclut que « la décision [...] résult[e], directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait ».

En outre, le commissaire a semblé confondre le paragraphe 109 (1) et l’alinéa 40(1)a) de la LIPR. Cependant, ces deux dispositions ont des libellés complètement différents. Le défendeur n’a pas démontré en quoi le défaut des demandeurs de mentionner leurs liens avec le Kenya constituait l’omission d’un « objet pertinent » dont a « résulté » la décision au sujet des demandes d’asile. Il serait déraisonnable et inique que le défendeur puisse simplement demander l’annulation du statut de réfugié en raison d’une omission innocente, et non déraisonnable, dont le défendeur n’a pas prouvé l’importance quant à l’octroi du statut de réfugié et qui a seulement enlevé la possibilité de poser certaines questions dont le défendeur n’a pas prouvé qu’elles auraient pu mener au refus du statut de réfugié.

En conclusion, la décision a été annulée et l’affaire a été renvoyée pour réexamen par un tribunal de la SPR constitué différemment. Enfin, une question concernant l’annulation d’une décision d’accorder le statut de réfugié en vertu du paragraphe 109(1) de la LIPR a été certifiée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 40, 72(1), 109.
Kenya Subsidiary Legislation, 1963.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2012-256, r. 42(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on the Rights of the Child, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3, Arts. 12(1), 14(2).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168.

CONSIDERED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Kisana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 189, [2010] 1 F.C.R. 360; *Zheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 619.

REFERRED TO:

Bell Canada v. Canada (Attorney General), 2019 SCC 66, 441 D.L.R. (4th) 155; *Mella v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1587; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision (*X (Re)*, 2019 CanLII 143434 (I.R.B.)) vacating a previous refugee protection decision pursuant to subsection 109(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for misrepresentation. Application allowed.

APPEARANCES

Ashley Fisch for applicants.
Kevin Doyle for respondent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 40, 72(1), 109.
Kenya Subsidiary Legislation de 1963.
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2012-256, règle 42(1).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3, arts. 12(1), 14(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189, [2010] 1 R.C.F. 360; *Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 619.

DÉCISIONS CITÉES :

Bell Canada c. Canada (Procureur général), 2019 CSC 66; *Mella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1587; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (*X (Re)*, 2019 CanLII 143434 (C.I.S.R.)) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a annulé une décision antérieure en application du paragraphe 109(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en raison de la présentation erronée des faits. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Ashley Fisch pour les demandeurs.
Kevin Doyle pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Kaminker & Associates, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

Russell J.:

I. INTRODUCTION

[1] This is an application under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) dated May 28, 2019 [*X (Re)*, 2019 CanLII 143434 (I.R.B.)] (Decision) wherein the RPD vacated a previous decision pursuant to subsection 109(1) of the IRPA, for misrepresentation.

II. BACKGROUND

[2] The applicants are four citizens of Yemen. The father, Lotfi Abdulrahman Ahmed Bafakih, and the mother, Suaad Bafakih, were born in Yemen. Lotfi and Suaad married in Yemen in 1990 but they divorced in 2017. At the time of the vacation hearing, Lotfi was living in Saudi Arabia as a temporary resident, while Suaad was temporarily living in Malaysia with two of the couple's children.

[3] Lotfi and Suaad have five children, but only two of their children were included in their original refugee claim and in this vacation application. Their son, Abdulrahman, born in 1992, currently lives in the United States. The other son included in the refugee claim, Ahmed, was born in 1996 and is currently in Canada without status.

[4] The four applicants arrived in Canada in 1998. They successfully claimed refugee protection based on allegations by Lotfi's sister Maryam Bafakih in her own

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Kaminker & Associates, Toronto, pour les demandeurs.

La sous-procureure générale du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE RUSSELL :

I. INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d'une demande présentée en application du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) le 28 mai 2019 [*X (Re)*, 2019 CanLII 143434 (C.I.S.R.)] (la décision). Dans cette décision, la Section de la protection des réfugiés a annulé une décision antérieure en application du paragraphe 109(1) de la LIPR, en raison de la présentation de faits erronés.

II. CONTEXTE

[2] Les demandeurs sont quatre citoyens du Yémen. Le père, Lotfi Abdulrahman Ahmed Bafakih, et la mère, Suaad Bafakih, sont nés au Yémen. Ils se sont mariés au Yémen en 1990, mais ont divorcé en 2017. Au moment de l'audience d'annulation, Lotfi vivait en Arabie saoudite à titre de résident temporaire, tandis que Suaad vivait temporairement en Malaisie avec deux des enfants du couple.

[3] Lotfi et Suaad ont cinq enfants, mais seuls deux d'entre eux étaient inclus dans leur demande d'asile initiale et dans cette demande d'annulation. Leur fils Abdulrahman, né en 1992, vit actuellement aux États-Unis. L'autre fils inclus dans la demande d'asile, Ahmed, est né en 1996 et se trouve actuellement au Canada sans statut.

[4] Les quatre demandeurs sont arrivés au Canada en 1998. Ils ont obtenu l'asile en se fondant sur des allégations faites par Maryam Bafakih, la sœur de Lotfi,

claim for protection. Maryam claimed she had been harassed by a prominent Yemeni politician who attempted to force her into marriage in 1996. When Maryam did not comply, the Yemeni politician harassed the Bafakih family and imprisoned Lotfi based on false charges. On June 9, 1999, the applicants were granted refugee status based on their claim against Yemen.

[5] Less than a year later, the Minister seized a package of documents mailed to the applicants from the United States. This package included identity cards which indicated that Lotfi and Suaad were born in Mombasa, Kenya. For the Minister, this raised suspicion because the applicants had not disclosed any Kenyan ties in their refugee claims.

[6] On April 27, 2000, the Minister requested Lotfi and Suaad's biometric records from the Kenyan government. On May 3, 2000, the National Registration Bureau of the Office of the President of Kenya sent a letter confirming that the fingerprints provided by the Canadian authorities matched the records of "Lutfy Abdulrahman" and "Suad Mohammed Salim", two individuals with similar names. The letter said "this confirms the suspects are registered Kenyan Nationals" and it enclosed copies of the fingerprint records. The Kenyan authorities also provided applications by the same named persons for national ID cards known as *Kitambulisho*. In their applications for ID cards, the applicants reported themselves as living in Mombasa, Kenya. They also certified that all information was correct.

[7] In light of this new information, the Minister decided to vacate the previous decision granting the applicants refugee status. The Minister attempted to locate the applicants in Canada but was unable to do so. Due to the inability to locate and serve the applicants, the Minister was unable to vacate their refugee status. This led to the Minister abandoning the vacation application in 2006.

dans sa propre demande d'asile. Maryam affirmait avoir été harcelée par un important politicien yéménite qui avait tenté de la forcer à se marier en 1996. Maryam ayant refusé d'obéir à ce politicien yéménite, celui-ci a alors harcelé la famille Bafakih et fait emprisonner Lotfi sur la base de fausses accusations. Le 9 juin 1999, les demandeurs ont obtenu le statut de réfugié sur la base de leur demande d'asile à l'égard du Yémen.

[5] Moins d'un an plus tard, le ministre a saisi un envoi de documents destiné aux demandeurs, en provenance des États-Unis. Cet envoi comprenait des cartes d'identité sur lesquelles il était indiqué que Lotfi et Suaad étaient nés à Mombasa, au Kenya. Cela a éveillé les soupçons du ministre puisque les demandeurs n'avaient déclaré aucun lien avec le Kenya dans leurs demandes d'asile.

[6] Le 27 avril 2000, le ministre a demandé au gouvernement kenyan de lui fournir les dossiers biométriques de Lotfi et de Suaad. Le 3 mai 2000, le bureau national de l'état civil du bureau du président du Kenya a envoyé une lettre dans laquelle il confirmait que les empreintes digitales fournies par les autorités canadiennes correspondaient aux dossiers de « Lutfy Abdulrahman » et de « Suad Mohammed Salim », deux personnes portant des noms semblables. La lettre était accompagnée de copies des empreintes digitales et on pouvait y lire que [TRADUCTION] « cela confirme que les suspects sont des ressortissants kenyans enregistrés ». Les autorités kenyanes ont également fourni des demandes déposées par ces personnes portant le même nom en vue d'obtenir des cartes nationales d'identité, appelées *Kitambulisho*. Dans leurs demandes de cartes d'identité, les demandeurs ont déclaré qu'ils vivaient à Mombasa, au Kenya. Ils ont également attesté que toute l'information était exacte.

[7] Compte tenu de ces nouveaux renseignements, le ministre a décidé d'annuler la décision antérieure d'accorder le statut de réfugié aux demandeurs. Le ministre a tenté de retrouver les demandeurs au Canada, sans succès. N'ayant pas pu trouver les demandeurs et leur signifier la demande d'annulation, le ministre n'a pas pu annuler leur statut de réfugié. Il a par conséquent abandonné la demande d'annulation en 2006.

[8] The vacation case was, in the words of the RPD [at page 3], “resuscitated” over a decade later when Ahmed entered Canada in November 2017. Ahmed indicated that his father, Lotfi, was in Saudi Arabia and his mother was in Egypt, while his brother Abdulrahman was in the United States. Ahmed provided an address in Toronto which allowed the Minister to serve Ahmed with the application to vacate dated May 11, 2018.

[9] The application to vacate alleged that the applicants had misrepresented or withheld material facts in 1999 which “precluded the original panel from engaging in a fulsome analysis of their identities and credibility”. Neither of the parents had mentioned visiting Kenya or having any Kenyan ties. Yet the biometric match, as well as the application forms provided by the Kenyan authorities, suggested Kenya could have been a country of reference for the original refugee claim.

[10] In 2019, Lotfi revealed that he had, in fact, given his and Suaad’s fingerprints to his contact, Najib Abdulillah, for the purpose of acquiring Kenyan ID cards in 1994. However, he said he never received these cards and that his efforts to do so were unrelated to the Canadian decision in 1999.

III. DECISION UNDER REVIEW

[11] On June 12, 2019, the RPD granted the Minister’s application.

[12] The RPD observed that there is a two-pronged test for material misrepresentation under subsection 109(1) of the IRPA. First, the RPD has to consider whether there was a material misrepresentation or withholding of material facts. Second, the RPD must consider whether there is sufficient evidence that refugee protection would nonetheless have been granted at the original hearing. The RPD found the Minister’s application met both parts of the test and granted the application to vacate the applicants’ refugee status.

[8] Le dossier d’annulation a été, pour reprendre le terme employé par la Section de la protection des réfugiés, [TRADUCTION] « réactivé » plus de dix ans après, lorsqu’Ahmed est entré au Canada en novembre 2017. Ahmed a indiqué que son père, Lotfi, était en Arabie saoudite et que sa mère se trouvait en Égypte, tandis que son frère Abdulrahman était aux États-Unis. Il a fourni une adresse à Toronto qui a permis au ministre de lui signifier la demande d’annulation datée du 11 mai 2018.

[9] Selon la demande d’annulation, les demandeurs avaient fait une présentation erronée de faits importants ou avaient dissimulé des faits importants en 1999, ce qui [TRADUCTION] « avait empêché le tribunal initial de mener une analyse approfondie de l’identité des demandeurs et de leur crédibilité ». Ni l’un ni l’autre des parents n’avait mentionné de visites au Kenya ou de liens avec ce pays. Cependant, d’après la correspondance biométrique et les formulaires de demande fournis par les autorités kenyanes, le Kenya aurait pu être un pays de référence pour la demande d’asile initiale.

[10] En 2019, Lotfi a révélé qu’il avait en fait fourni ses empreintes digitales et celles de Suaad à une connaissance, Najib Abdulillah, afin d’obtenir des cartes d’identité du Kenya en 1994. Il a cependant affirmé n’avoir jamais obtenu ces cartes, ajoutant que ses efforts en ce sens n’avaient aucun lien avec la décision rendue par le Canada en 1999.

III. DÉCISION FAISANT L’OBJET DU CONTRÔLE

[11] Le 12 juin 2019, la Section de la protection des réfugiés a accueilli la demande du ministre.

[12] La Section de la protection des réfugiés a fait remarquer que le paragraphe 109(1) de la LIPR établit un critère à deux volets pour la présentation erronée sur un fait important. Premièrement, la Section de la protection des réfugiés doit se demander s’il y a eu une présentation erronée sur un fait important ou une réticence sur ce fait. Deuxièmement, elle doit se demander s’il y a suffisamment d’éléments de preuve indiquant que la demande d’asile aurait néanmoins été accueillie lors de l’audience initiale. La Section de la protection des réfugiés a conclu

[13] On the issue of misrepresentation, the RPD noted there was no dispute that the applicants had not disclosed any connection whatsoever to Kenya in their 1999 application. The facts not disclosed included that they had tried to obtain Kenyan ID cards in 1994 and that both of Lotfi's parents were born in Kenya. The RPD considered the applicants' explanations for these omissions, but rejected them.

[14] As to whether the omitted facts were material, there was "some evidence" that the applicants could have obtained Kenyan citizenship through descent. The RPD noted [at page 4] that "the existence of potential countries of reference and attempts to obtain citizenships from potential countries of reference ... goes to the very core of refugee protection", and the applicants had withheld all information about their connections to Kenya. The RPD also held that the attempts to obtain Kenyan ID documents would have raised suspicions for the original panel and could have led to further questioning about potential Kenyan nationality or the applicants' credibility.

[15] The RPD then addressed various pieces of evidence. After finding the applicants were not credible due to their withholding of information, the RPD considered the argument that the documents provided by the Kenyan government lacked reliability. The RPD preferred the Yemeni documents showing that Lotfi and Suaad were born in Yemen not Kenya. However, the RPD also accepted the biometric information which showed Lotfi and Suaad had tried to obtain Kenyan ID cards and provided their fingerprints to do so. Moreover, even though their efforts to obtain the ID cards were perhaps "illicit", the RPD found [at page 6] this "does not mean that he was otherwise not entitled to obtain these documents in actual, legitimate means and reasons."

que la demande déposée par le ministre répondait aux deux volets du critère et a accueilli la demande d'annulation du statut de réfugié des demandeurs.

[13] En ce qui concerne la présentation erronée, la Section de la protection des réfugiés a noté qu'il n'était pas contesté que les demandeurs n'avaient dévoilé absolument aucun lien avec le Kenya dans leur demande de 1999. Ils n'avaient pas indiqué qu'ils avaient tenté d'obtenir des cartes d'identité du Kenya en 1994, ni que les deux parents de Lotfi étaient nés au Kenya. La Section de la protection des réfugiés s'est penchée sur les explications fournies par les demandeurs au sujet de ces omissions, mais les a rejetées.

[14] Pour ce qui est de savoir si les faits omis étaient des faits importants, il existait [TRADUCTION] « des preuves » que les demandeurs auraient pu obtenir la citoyenneté kenyane par filiation. La Section de la protection des réfugiés a noté [à la page 4] que « l'existence de pays de référence potentiels et les tentatives d'obtenir la citoyenneté de pays de référence potentiels [...] vont au cœur même de l'asile » et que les demandeurs avaient caché tous les renseignements concernant leurs liens avec le Kenya. La Section de la protection des réfugiés a également conclu que les tentatives d'obtenir des documents d'identité du Kenya auraient éveillé les soupçons du tribunal initial et auraient pu donner lieu à un interrogatoire plus poussé au sujet d'une éventuelle nationalité kenyane ou de la crédibilité des demandeurs.

[15] La Section de la protection des réfugiés a ensuite examiné divers éléments de preuve. Après avoir conclu que les demandeurs n'étaient pas crédibles puisqu'ils avaient dissimulé de l'information, la Section de la protection des réfugiés a examiné l'argument selon lequel les documents fournis par le gouvernement kenyan n'étaient pas fiables. Elle a privilégié les documents du Yémen, d'après lesquels Lotfi et Suaad étaient nés au Yémen et non au Kenya. Toutefois, elle a également accepté les données biométriques qui prouvaient que Lotfi et Suaad avaient tenté d'obtenir des cartes d'identité du Kenya et qu'ils avaient pour cela fourni leurs empreintes digitales. En outre, même s'il était peut être « illicite » de tenter d'obtenir les cartes d'identité, la Section de la protection des réfugiés a conclu [à la page 6] que cela « ne

[16] The RPD found [at page 6] that, a 2019 letter submitted by the applicants from a Kenyan government department using a “Gmail” address, which noted that Lotfi is “[p]robably not one of our people”, lacked reliability. It stated that, even if the 2019 letter was accepted, it did not assist the applicants given that they had withheld material information.

[17] Finally, the RPD considered the second prong of the test and whether there was sufficient evidence for the 1999 application to have been granted despite the withholding of material facts. Since Kenya had not been mentioned at all, there was no way for the panel in 1999 to evaluate Kenya as a country of reference. Seeing as the children were bound by the misrepresentations of their parents, the RPD concluded that the refugee status of each of the four applicants was vacated.

IV. ISSUES

[18] The issues raised on this judicial review application are:

1. Did the RPD rely on unreliable evidence from Kenya?
2. Did the RPD make findings of fact that were not based upon the evidence?
3. Was the RPD’s finding of a material misrepresentation reasonable?

V. STANDARD OF REVIEW

[19] This application was argued following the Supreme Court of Canada’s recent decisions in *Canada*

signifie pas qu’il n’avait pas droit à un autre titre d’obtenir ces documents par des moyens et pour des raisons authentiques et légitimes ».

[16] Les demandeurs ont soumis une lettre envoyée en 2019 par un ministère kenyan au moyen d’une adresse « Gmail », dans laquelle il était écrit [à la page 7] que Lotfi n’est « [TRADUCTION] [p]robablement pas un des nôtres »; la Section de la protection des réfugiés a estimé que cette lettre n’était pas fiable. Elle a affirmé que même si elle acceptait la lettre de 2019, celle-ci n’aidait pas les demandeurs puisqu’ils avaient dissimulé des renseignements importants.

[17] Enfin, la Section de la protection des réfugiés a examiné le deuxième volet du critère afin de déterminer si les éléments de preuve auraient été suffisants pour accueillir la demande de 1999 en dépit de la réticence sur des faits importants. Étant donné que le Kenya n’y était absolument pas mentionné, le tribunal de 1999 ne pouvait pas évaluer ce pays en tant que pays de référence. Les enfants étant liés par les fausses représentations de leurs parents, la Section de la protection des réfugiés a conclu à l’annulation du statut de réfugié de chacun des quatre demandeurs.

IV. QUESTIONS EN LITIGE

[18] Voici les questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire :

1. La Section de la protection des réfugiés s’est-elle fondée sur des éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi fournis par le Kenya?
2. La Section de la protection des réfugiés a-t-elle tiré des conclusions de fait qui ne tenaient pas compte des éléments de preuve?
3. La conclusion de la Section de la protection des réfugiés quant à l’existence d’une présentation erronée sur un fait important était-elle raisonnable?

V. NORME DE CONTRÔLE

[19] La présente demande a été plaidée après deux arrêts récents de la Cour suprême du Canada, à savoir

(*Minister of Citizenship and Immigration*) v. *Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*) and *Bell Canada v. Canada* (*Attorney General*), 2019 SCC 66, 441 D.L.R. (4th) 155. However, the parties' memoranda were provided prior to these decisions. Their submissions on the standard of review were therefore made under the *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*) framework. Nevertheless, given the circumstances in this matter, and the Supreme Court of Canada's instructions in *Vavilov*, at paragraph 144, this Court found that it was not necessary to ask any of the parties to make additional written submissions on the standard of review. I have applied the *Vavilov* framework in my consideration of the application and it does not change the applicable standard of review in this case nor my conclusions.

[20] In *Vavilov*, at paragraphs 23–32, the majority sought to simplify how a court selects the standard of review applicable to the issues before it. The majority rejected the contextual and categorical approach taken in *Dunsmuir* in favour of instating a presumption that the reasonableness standard applies. However, the majority noted that this presumption can be set aside on the basis of (1) clear legislative intent to prescribe a different standard of review (*Vavilov*, at paragraphs 33–52), and (2) certain scenarios where the rule of law requires the application of the standard of correctness, such as constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies (*Vavilov*, at paragraphs 53–64).

[21] In this case, the applicants made no submissions on the standard of review. The respondent argues the decision to vacate is subject to a reasonableness review. I agree.

[22] There is nothing to rebut the presumption that the standard of reasonableness applies in this case. The

Canada (*Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*) c. *Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), et *Bell Canada c. Canada* (*Procureur général*), 2019 CSC 66. Toutefois, les mémoires des parties ont été fournis avant ces arrêts. Leurs observations quant à la norme de contrôle suivaient donc le cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*). Cependant, compte tenu des circonstances de l'espèce et des directives données par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vavilov*, au paragraphe 144, notre Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire de demander aux parties de soumettre d'autres observations écrites quant à la norme de contrôle. Dans mon examen de la demande, j'ai appliqué le cadre établi dans l'arrêt *Vavilov* et cela ne change ni la norme de contrôle applicable en l'espèce ni mes conclusions.

[20] Dans l'arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 23 à 32, la majorité a cherché à simplifier la façon dont une cour sélectionne la norme de contrôle applicable aux questions qui lui sont soumises. La majorité a rejeté l'approche contextuelle fondée sur des catégories suivie dans l'arrêt *Dunsmuir*, préférant partir du principe que la norme de la décision raisonnable s'applique. Toutefois, la majorité a noté que cette présomption pouvait être écartée en fonction 1) d'indications claires de la volonté du législateur de prescrire une norme de contrôle différente (*Vavilov*, aux paragraphes 33 à 52), et 2) de certains scénarios dans lesquels la primauté du droit exige que les cours de justice appliquent la norme de la décision correcte, notamment à l'égard des questions constitutionnelles, des questions de droit générales d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et des questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs (*Vavilov*, aux paragraphes 53 à 64).

[21] En l'espèce, les demandeurs n'ont présenté aucune observation à l'égard de la norme de contrôle. Le défendeur affirme que la décision d'annulation est assujettie à un examen selon la norme de la décision raisonnable. Je partage cet avis.

[22] Rien ne permet de réfuter la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique

application of the standard of reasonableness to these issues is also consistent with the existing jurisprudence prior to the Supreme Court of Canada's decision in *Vavilov*. See *Mella v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1587, at paragraph 23.

[23] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with whether it “bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at paragraph 99). Reasonableness is a single standard of review that varies and “takes its colour from the context” (*Vavilov*, at paragraph 89, citing *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59). These contextual constraints “dictate the limits and contours of the space in which the decision maker may act and the types of solutions it may adopt” (*Vavilov*, at paragraph 90). Put in another way, the Court should intervene only when “there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency” (*Vavilov*, at paragraph 100). The Supreme Court of Canada lists two types of fundamental flaws that make a decision unreasonable: (1) a failure of rationality internal to the decision maker's reasoning process; and (2) untenability “in light of the relevant factual and legal constraints that bear on it” (*Vavilov*, at paragraph 101).

VI. STATUTORY PROVISIONS

[24] The following sections of the IRPA are relevant to the Decision:

Vacation of refugee protection

109 (1) The Refugee Protection Division may, on application by the Minister, vacate a decision to allow a claim for refugee protection, if it finds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.

en l'espèce. L'application de la norme de la décision raisonnable à ces questions cadre également avec la jurisprudence antérieure à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vavilov*. Voir la décision *Mella c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1587, au paragraphe 23.

[23] Lorsqu'une décision est examinée selon la norme de la décision raisonnable, l'analyse tient à la question de savoir « si la décision possède les caractéristiques d'une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, au paragraphe 99). La raisonnablement constitue une norme unique qui « s'adapte au contexte » (*Vavilov*, au paragraphe 89, citant l'arrêt *Canada (Citoyenneté Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59). Ces contraintes d'ordre contextuel « cernent les limites et les contours de l'espace à l'intérieur duquel le décideur peut agir, ainsi que les types de solution qu'il peut retenir » (*Vavilov*, au paragraphe 90). Autrement dit, La Cour ne doit intervenir que si la décision « souffre de lacunes graves à un point tel qu'on ne peut pas dire qu'elle satisfait aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence » (*Vavilov*, au paragraphe 100). La Cour suprême du Canada établit deux types de lacunes fondamentales qui rendent une décision déraisonnable : 1) le manque de logique interne du raisonnement du décideur; et 2) le caractère indéfendable « compte tenu des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur la décision » (*Vavilov*, au paragraphe 101).

VI. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[24] Les articles suivants de la LIPR sont pertinents à la décision :

Demande d'annulation

109 (1) La Section de la protection des réfugiés peut, sur demande du ministre, annuler la décision ayant accueilli la demande d'asile résultant, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

Rejection of application

(2) The Refugee Protection Division may reject the application if it is satisfied that other sufficient evidence was considered at the time of the first determination to justify refugee protection.

Allowance of application

(3) If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected and the decision that led to the conferral of refugee protection is nullified.

[25] The applicants also rely on subsection 42(1) of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256 (RPD Rules):

Original documents

42 (1) A party who has provided a copy of a document to the Division must provide the original document to the Division

(a) without delay, on the written request of the Division; or

(b) if the Division does not make a request, no later than at the beginning of the proceeding at which the document will be used.

VII. ARGUMENTS**A. Applicants**

[26] The applicants raise three fundamental issues with the Decision to vacate their refugee protection. They say the RPD: (1) relied on non-credible and untrustworthy evidence from Kenya; (2) made three factual findings that were not based on the evidence; and (3) made an unreasonable material misrepresentation finding.

(1) *Credibility of the Kenyan evidence*

[27] The RPD found the Kenyan documents, which were based on information provided by the applicants to the Kenyan government, were not reliable. The Kenyan documents lacked clarity and one of the documents

Rejet de la demande

(2) Elle peut rejeter la demande si elle estime qu'il reste suffisamment d'éléments de preuve, parmi ceux pris en compte lors de la décision initiale, pour justifier l'asile.

Effet de la décision

(3) La décision portant annulation est assimilée au rejet de la demande d'asile, la décision initiale étant dès lors nulle.

[25] Les demandeurs s'appuient également sur le paragraphe 42(1) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256 (les Règles de la SPR) :

Documents originaux

42 (1) La partie transmet à la Section l'original de tout document dont elle lui a transmis copie :

a) sans délai, sur demande écrite de la Section;

b) sinon, au plus tard au début de la procédure au cours de laquelle le document sera utilisé.

VII. THÈSES DES PARTIES**A. Demandeurs**

[26] Les demandeurs soulèvent trois questions fondamentales à l'égard de la décision d'annuler leurs demandes d'asile. Ils affirment que la Section de la protection des réfugiés : 1) s'est appuyée sur des éléments de preuves douteux et non crédibles fournis par le Kenya; 2) a tiré trois conclusions factuelles qui n'étaient pas fondées sur les éléments de preuve; et 3) a tiré une conclusion déraisonnable en décidant qu'il y avait eu une présentation erronée sur un fait important.

1) *Crédibilité des éléments de preuve fournis par le Kenya*

[27] La Section de la protection des réfugiés a conclu au manque de fiabilité des documents provenant du Kenya; ces documents étaient fondés sur des renseignements que les demandeurs avaient fournis au gouvernement du

contained incorrect information about the applicants' marriage. All of the documents suggested the applicants had been born in Kenya, which was contrary to the applicants' assertions and contrary to their Yemeni documents. Due to these shortcomings with the Kenyan documents, the RPD preferred the Yemeni information.

[28] However, the Decision to vacate rested solely on the one Kenyan document the RPD did accept: a letter to the Canadian authorities confirming a biometric match with the fingerprints provided to the Kenyan authorities. The applicants say this letter should also have been found unreliable. The applicants point out that the Kenyan authorities did not provide a birth certificate, passport, or citizenship certificate for Lotfi or Suaad. Instead, there was just a letter from the Kenyan Office of the President. The applicants argue this was not enough to prove the applicants were Kenyan nationals, as it was not backed by credible or trustworthy evidence and the underlying information was no more than an "unidentified form containing basic biographical information and fingerprints." The fingerprint application form was "vague and illegible." The applicants say these issues with the Kenyan documents mean that relying on the biometric match is unreasonable.

[29] Further, the applicants say the Minister was unable to provide any original documents from Kenyan authorities or a reasonable explanation for its failure to do so. The RPD relied on the statement from the Minister that the documents "do not exist anymore." The applicants suggest this is contrary to subsection 42(1) of the RPD Rules which requires parties to provide original documents to the RPD for use at a hearing. The applicants suggest this failure to produce the original documents raises questions about the credibility of the Minister's entire case and the reliability of the Kenyan letter. The RPD should have drawn a negative credibility inference as it often does where claimants fail to produce originals of documents without explaining their failure to do so.

Kenya. Les documents du Kenya manquaient de clarté et l'un d'eux contenait des renseignements erronés quant au mariage des demandeurs. Tous les documents indiquaient que les demandeurs étaient nés au Kenya, ce qui ne cadrait ni avec les déclarations des demandeurs ni avec leurs documents du Yémen. Ces lacunes dans les documents du Kenya ont amené la Section de la protection des réfugiés à privilégier l'information fournie par le Yémen.

[28] Cependant, la décision d'annulation reposait uniquement sur le seul document kenyan accepté par la Section de la protection des réfugiés, à savoir une lettre adressée aux autorités canadiennes pour confirmer la correspondance biométrique avec les empreintes digitales fournies aux autorités kenyanes. Les demandeurs affirment que cette lettre aurait également dû être jugée non fiable. Ils soulignent que les autorités kenyanes n'ont fourni aucun certificat de naissance, passeport ou certificat de citoyenneté pour Lotfi ou pour Suaad. Seule une lettre du bureau du président du Kenya a été fournie. Les demandeurs font valoir que cela ne suffisait pas pour prouver qu'ils étaient ressortissants du Kenya puisqu'il n'y avait aucune preuve crédible ou digne de foi à l'appui et que l'information sous-jacente n'était qu'un [TRADUCTION] « formulaire non désigné contenant des données biographiques de base et des empreintes digitales ». Le formulaire de demande d'empreintes digitales était [TRADUCTION] « vague et illisible ». Les demandeurs affirment qu'en raison de ces problèmes quant aux documents kenyans, il n'est pas raisonnable de se fier à la correspondance biométrique.

[29] Les demandeurs ajoutent que le ministre n'a pas été en mesure de fournir les originaux des documents transmis par les autorités kenyanes et qu'il n'a donné aucune explication à ce sujet. La Section de la protection des réfugiés s'est appuyée sur une déclaration du ministre voulant que les documents [TRADUCTION] « n'existent plus ». Les demandeurs affirment que cela va à l'encontre du paragraphe 42(1) des Règles de la SPR qui oblige les parties à fournir les documents originaux à la Section de la protection des réfugiés afin qu'ils puissent être utilisés lors de l'audience. Selon les demandeurs, ce défaut de produire les documents originaux soulève des questions quant à la crédibilité de l'ensemble du dossier du ministre et quant à la fiabilité de la lettre envoyée par le Kenya. La Section de la protection

[30] The applicants also point to the grave consequences of a successful vacation application for Ahmed, who is currently residing in Canada but cannot obtain status in Canada for at least five years and, who has no alternative place to go due to a temporary suspension on removals to Yemen.

(2) *Factual findings that were unsupported by evidence*

[31] In their submissions, the applicants point to three factual findings which they say were not based upon the evidentiary record before the RPD.

[32] The first disputed factual finding is the RPD's conclusion that Lotfi's parents' disclosure of their connections to Kenya on their own previous Canadian applications meant that, unlike Lotfi, his parents complied with their duty of disclosure. The applicants note that the RPD lacked the proper record of what the grandparents disclosed on their Canadian applications for refugee status, permanent residency, or citizenship. The applicants say any conclusion about what Lotfi's parents disclosed is purely speculative given the lack of evidence from those separate proceedings.

[33] The second fact the applicants dispute is that Lotfi did not disclose that his parents were born in Kenya until the 2019 vacation application. The applicants argue this was based on groundless assumptions, as the documents Lotfi previously provided to obtain his Canadian visa were never actually provided to the RPD. The documents he later submitted on his permanent residence application—which was never processed to conclusion—were also not provided to the RPD. The applicants say that,

des réfugiés aurait dû tirer une conclusion défavorable en matière de crédibilité, comme elle le fait souvent lorsque des demandeurs ne produisent pas les documents originaux et ne donnent aucune explication à ce sujet.

[30] Les demandeurs soulignent également que les conséquences seraient graves pour Ahmed si la demande d'annulation était accueillie; en effet, Ahmed réside actuellement au Canada sans toutefois pouvoir y obtenir de statut avant au moins cinq ans, et il ne peut aller ailleurs compte tenu de la suspension temporaire des renvois vers le Yémen.

2) *Conclusions factuelles non étayées par les éléments de preuve*

[31] Dans leurs observations, les demandeurs soulignent trois conclusions factuelles qui, selon eux, n'étaient pas fondées sur le dossier de la preuve soumis à la Section de la protection des réfugiés.

[32] La première conclusion factuelle contestée est celle qu'a tiré la Section de la protection des réfugiés en affirmant que les parents de Lotfi, contrairement à leur fils, ont respecté l'obligation de divulgation puisqu'ils ont mentionné leurs liens avec le Kenya dans leurs propres demandes déposées antérieurement auprès du Canada. Les demandeurs notent que la Section de la protection des réfugiés ne disposait pas des documents nécessaires pour savoir ce que les grands-parents avaient divulgué dans les demandes d'asile, de résidence permanente ou de citoyenneté qu'ils avaient soumises au Canada. Ils affirment que toute conclusion quant à ce que les parents de Lotfi ont divulgué n'est que pure spéculation puisque les éléments de preuve quant à ces instances distinctes sont insuffisants.

[33] Le deuxième point que contestent les demandeurs est que Lotfi n'a pas indiqué que ses parents étaient nés au Kenya avant la demande d'annulation de 2019. Les demandeurs soutiennent que cette conclusion repose sur des hypothèses non fondées puisque les documents précédemment fournis par Lotfi pour obtenir son visa canadien n'ont jamais été fournis à la Section de la protection des réfugiés. La Section de la protection des réfugiés n'a pas non plus obtenu les documents que Lotfi a

without knowing the contents of his visa application and his permanent residence application, it is speculative to find that this information was disclosed for the first time in 2019.

[34] The third factual finding that is disputed is that the RPD referred to the applicants as “Kenyan citizens” in 1999 when there was no evidence that they ever actually obtained Kenyan citizenship. This argument was expanded upon in the applicants’ reply and will be addressed below.

(3) *Material misrepresentation finding was unreasonable*

(a) There was no misrepresentation

[35] As regards the primary issue of misrepresentation, the applicants claim that the finding that withholding their ties to Kenya was a material misrepresentation was unreasonable. The applicants point out that Lotfi and Suaad did not hold Kenyan citizenship in 1999. They could not misrepresent something they did not legally hold. Further, the applicants suggest they could not possibly have obtained Kenyan citizenship by descent. Given the RPD’s finding that both Lotfi and Suaad were, in fact, born in Yemen, they say they could not be Kenyan citizens by birth.

[36] The RPD noted that Lotfi’s parents were born in Kenya and that this was not disclosed, so the RPD found this could have been a path to citizenship. However, the RPD was “misguided” because Lotfi’s paternal grandparents were born outside Kenya (before Kenya was an independent state), and so his parents would not have been able to obtain and then pass on Kenyan citizenship by descent. For Lotfi to become a legal Kenyan citizen, he would need to comply with subsection 1(1) of the *Kenya Subsidiary Legislation*, 1963, which provides that a person cannot become a citizen of Kenya if neither

fournis par la suite à l’appui de sa demande de résidence permanente (qui n’a pas abouti). Les demandeurs affirment qu’il est hypothétique de conclure, sans connaître le contenu de la demande de visa et de la demande de résidence permanente de Lotfi, que cette information a été fournie pour la première fois en 2019.

[34] La troisième conclusion factuelle contestée est le fait que la Section de la protection des réfugiés a qualifié les demandeurs de [TRADUCTION] « citoyens kenyans » en 1999 alors que rien ne prouvait qu’ils avaient effectivement obtenu la citoyenneté kenyane. Cet argument, qui a été développé dans la réponse des demandeurs, sera examiné ci-dessous.

3) *Caractère déraisonnable de la conclusion de présentation erronée sur un fait important*

a) Il n’y a pas eu de présentation erronée

[35] En ce qui concerne la question principale de la présentation erronée, les demandeurs affirment qu’il était déraisonnable de conclure que la non-divulgence de leurs liens avec le Kenya constituait une présentation erronée sur un fait important. Les demandeurs soulignent que Lotfi et Suaad n’avaient pas la citoyenneté kenyane en 1999. Ils ne pouvaient pas faire de présentation erronée quant à quelque chose qu’ils ne détenaient pas légalement. De plus, les demandeurs soutiennent qu’il leur aurait été impossible d’obtenir la citoyenneté kenyane par filiation. La Section de la protection des réfugiés ayant conclu que Lotfi et Suaad étaient en fait nés au Yémen, les demandeurs affirment qu’ils ne pouvaient pas être citoyens kenyans de naissance.

[36] La Section de la protection des réfugiés, ayant noté que les parents de Lotfi étaient nés au Kenya et que ce fait n’avait pas été divulgué, en a conclu que cela aurait pu permettre d’obtenir la citoyenneté. Cependant, la Section de la protection des réfugiés était [TRADUCTION] « mal renseignée » puisque les grands-parents paternels de Lotfi étaient nés à l’extérieur du Kenya (avant que ce pays devienne un État indépendant) et que ses parents n’auraient donc pas pu obtenir la citoyenneté kenyane, puis la transmettre par filiation. Pour devenir citoyen en règle du Kenya, il aurait fallu que Lotfi respecte le

of his parents was born in Kenya. The applicants point to the following evidence about the applicants' backgrounds to support this argument:

- *Suaad was not entitled to Kenyan citizenship:* Suaad is entirely Yemeni, and there was no finding that Suaad was entitled to Kenyan citizenship — the RPD focused instead on Suaad's husband Lotfi;
- *Lotfi's mother, Asma, was not entitled to Kenyan citizenship even though she was born in Kenya:* In her affidavit, Asma said both her parents were born outside Kenya in the British colony of South Arabia which became South Yemen. The applicants argue she had no rights to Kenyan nationality;
- *Lotfi's father, Abdulrahman, was not entitled to Kenyan citizenship even though he was born in Kenya:* The applicants point to the affidavit of Abdulrahman (Lotfi's father, not Lotfi's son of the same name) which mentions he originated from Yemen. Abdulrahman's father (Lotfi's paternal grandfather) wanted him to "return back to Yemen" once he completed his education. The applicants say the RPD should have inferred from this that Abdulrahman's parents were not born in Kenya. This would mean Abdulrahman could not have passed Kenyan citizenship onto any of their children including Lotfi.

paragraphe 1(1) de la *Kenya Subsidiary Legislation* (législation subordonnée du Kenya) de 1963, qui dispose qu'une personne ne peut pas devenir citoyenne du Kenya si aucun de ses deux parents n'y est né. À ce propos, les demandeurs soulignent les éléments de preuve suivants quant à leurs antécédents :

- *Suaad n'avait pas droit à la citoyenneté kenyane :* Suaad est uniquement yéménite et on n'a pas conclu qu'elle avait droit à la citoyenneté kenyane — la Section de la protection des réfugiés s'est plutôt concentrée sur le cas de Lotfi, le mari de Suaad.
- *Asma, la mère de Lotfi, n'avait pas droit à la citoyenneté kenyane même si elle était née au Kenya :* dans son affidavit, Asma a déclaré que ses deux parents étaient nés à l'extérieur du Kenya, dans le protectorat d'Arabie du Sud de l'Empire colonial britannique (ce protectorat est par la suite devenu le Yémen du Sud). Les demandeurs soutiennent qu'elle n'avait pas droit à la citoyenneté kenyane.
- *Le père de Lotfi, Abdulrahman, n'avait pas droit à la citoyenneté kenyane bien qu'étant né au Kenya :* les demandeurs invoquent l'affidavit d'Abdulrahman (le père de Lotfi, et non le fils de Lotfi qui porte le même nom) selon lequel il est originaire du Yémen. Le père d'Abdulrahman (c.-à-d. le grand-père paternel de Lotfi) voulait qu'il [TRADUCTION] « revienne au Yémen » après ses études. Les demandeurs affirment que la Section de la protection des réfugiés aurait dû en déduire que les parents d'Abdulrahman n'étaient pas nés au Kenya. Par conséquent, Abdulrahman n'aurait pas pu transmettre la citoyenneté kenyane à Lotfi ni à aucun autre de ses enfants.

[37] The applicants argue that the RPD had a duty to consider Kenyan citizenship laws, and they say its comments that Lotfi could have obtained Kenyan citizenship by descent were unreasonable. They suggest the RPD did not perform the "highly nuanced analysis" required in the circumstances.

[37] Les demandeurs soutiennent que la Section de la protection des réfugiés avait l'obligation d'examiner la législation kenyane en matière de citoyenneté et ajoutent qu'il était déraisonnable de la part de la Section de la protection des réfugiés de prétendre que Lotfi aurait pu obtenir la citoyenneté kenyane par filiation. Ils font valoir que la Section de la protection des réfugiés n'a

[38] In addition to this argument, the applicants point out that their 1999 refugee claim was founded on the persecution of Lotfi's sister Maryam in Yemen. Maryam made her own successful claim for refugee protection and is now a Canadian citizen. The applicants suggest that by the RPD's logic in this vacation application, Maryam would have access to Kenyan nationality through descent just like Lotfi because they are siblings. Similarly, both of Lotfi's parents, Asma and Abdulrahman, are now Canadian citizens. The applicants say that in these family members' refugee protection proceedings, permanent residency proceedings and citizenship proceedings, the Canadian government could have canvassed the materiality of supposed "access" to Kenyan nationality. Yet no concerns were raised and Lotfi's sister and parents successfully obtained Canadian citizenship.

- (b) If there was a misrepresentation, it was not material

[39] Alternatively, the applicants argue that if a misrepresentation or omission was made, it was not material. They point to portions of the RPD transcript which show Lotfi procured Kenyan paperwork in 1994 but only for the purposes of escaping Yemen during the 1994 Yemeni civil war. Due to this motivation, they say the 1994 attempt to illicitly procure a Kenyan ID card was peripheral to the 1999 Canadian refugee claim.

[40] Moreover, the documents in 1994 were obtained illegally through a broker, so Lotfi could not have a lawful right to Kenyan citizenship. The applicants argue that a well-educated individual like Lotfi would not have gone through the complicated, illicit process to obtain fraudulent Kenyan documents in 1994 if he believed he had a legal right to obtain Kenyan citizenship by legitimate means.

pas mené [TRADUCTION] « l'analyse très nuancée » qui s'imposait.

[38] En plus de cet argument, les demandeurs soulignent que leur demande d'asile de 1999 était fondée sur la persécution de la sœur de Lotfi, Maryam, au Yémen. Maryam a elle-même déposé une demande d'asile qui a été accueillie et elle est désormais citoyenne canadienne. Les demandeurs soutiennent que suivant la logique de la Section de la protection des réfugiés dans cette demande d'annulation, Maryam aurait accès à la nationalité kenyane par filiation tout comme Lotfi, puisqu'ils sont frère et sœur. De même, les deux parents de Lotfi, Asma et Abdulrahman, sont maintenant citoyens canadiens. Les demandeurs affirment que lors des procédures d'examen des demandes d'asile, de résidence permanente et de citoyenneté déposées par les membres de la famille, le gouvernement canadien aurait pu étudier l'importance du prétendu [TRADUCTION] « accès » à la nationalité kenyane. Cependant, aucune objection n'a été formulée et la sœur ainsi que les parents de Lotfi ont obtenu la citoyenneté canadienne.

- b) S'il y a eu présentation erronée, elle ne portait pas sur un fait important

[39] Subsidièrement, les demandeurs soutiennent que s'il y a eu présentation erronée ou omission, elle ne portait pas sur un fait important. Ils renvoient à des parties de la transcription de l'audience devant la Section de la protection des réfugiés qui montrent que Lotfi a obtenu des documents kenyans en 1994, mais dans le seul but de s'échapper du Yémen pendant la guerre civile yéménite de 1994. Cette motivation les amène à affirmer que la tentative d'obtenir illégalement des cartes d'identité du Kenya en 1994 n'était liée qu'indirectement à la demande d'asile au Canada déposée en 1999.

[40] En outre, les documents obtenus en 1994 l'ont été illégalement, par l'entremise d'un intermédiaire, et Lotfi ne pouvait donc pas avoir droit à la citoyenneté kenyane. Les demandeurs soutiennent qu'une personne instruite comme Lotfi n'aurait pas entrepris des démarches compliquées et illégales pour obtenir des documents kenyans frauduleux en 1994 s'il pensait pouvoir obtenir légalement la citoyenneté kenyane en ayant recours à des moyens légitimes.

(c) The two sons were minors at the time of the refugee claim

[41] In addition to their arguments about materiality, the applicants point to the permissive language in subsection 109(1) of the IRPA which states the RPD “may” vacate an individual’s refugee status if it finds it was obtained as a result of misrepresenting or withholding material facts. The applicants say this implies discretion, which the RPD should have exercised given that Ahmed was two years old at the time of the refugee claim and he had no control over the alleged misrepresentation. While there is no *mens rea* requirement for a misrepresentation, the applicants say there still has to be a guilty “act”, and since Ahmed was merely a toddler, he should not be found to have misrepresented his origins. The applicants cite the *Convention on the Rights of the Child* [November, 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3] which states:

Article 12

1. States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

...

Article 14

...

2. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child.

[42] The applicants claim that the two minor applicants, Ahmed and Abdulrahman, were incapable of forming and expressing their own views at the material time, and should not be penalized for the actions of

c) Les deux fils étaient mineurs au moment de la demande d’asile

[41] En plus de leurs arguments quant au caractère important d’une éventuelle présentation erronée, les demandeurs renvoient au libellé permissif du paragraphe 109(1) de la LIPR, où il est indiqué que la Section de la protection des réfugiés « peut » annuler le statut de réfugié d’une personne si elle conclut que la décision ayant accueilli la demande d’asile résulte de présentations erronées sur un fait important ou de réticence sur ce fait. Selon les demandeurs, cela suppose un pouvoir discrétionnaire que la Section de la protection des réfugiés aurait dû exercer étant donné qu’Ahmed avait deux ans au moment de la demande d’asile et n’avait aucun contrôle sur la prétendue présentation erronée. Même s’il n’y a pas d’exigence relative à la *mens rea* en matière de présentation erronée, les demandeurs affirment qu’il doit tout de même y avoir un « acte » coupable et, puisqu’Ahmed n’était qu’un petit enfant, on ne devrait pas conclure qu’il a fait de fausses déclarations quant à ses origines. Les demandeurs citent la *Convention relative aux droits de l’enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3], où on peut lire ce qui suit :

Article 12

1. Les États parties garantissent à l’enfant qui est capable de discernement le droit d’exprimer librement son opinion sur toute question l’intéressant, les opinions de l’enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

[...]

Article 14

[...]

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l’enfant, de guider celui-ci dans l’exercice du droit susmentionné d’une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

[42] Les demandeurs allèguent que les deux demandeurs mineurs, Ahmed et Abdulrahman, n’étaient pas en mesure de formuler et d’exprimer leur opinion à l’époque pertinente et ne devraient pas être pénalisés à

their parents. The applicants rely on *Kisana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 189, [2010] 1 F.C.R. 360, at paragraph 27, a humanitarian and compassionate grounds application which noted that children should not be punished for the sins of their parents. Based on these principles and the *Convention on the Rights of the Child*, the applicants say it was unreasonable to penalize Ahmed and Abdulrahman by vacating their refugee status due to the acts of their parents.

B. Respondent

- (1) The findings on reliability were reasonable

[43] The respondent says the applicants' argument about the Kenyan and Yemeni documents is misleading. There were two types of documents provided by the Kenyan government. The first was the Kenyan government's response to the Canadian authorities' request for the applicants' status in Kenya on May 3, 2000 (page 234 of certified tribunal record). The letter confirmed a biometric match with the applicants and confirmed they were registered Kenyan nationals. The respondent says the RPD reasonably assessed this evidence and found the biometric match to be credible and reliable.

[44] Second, there were other Kenyan documents provided by the applicants, including their fingerprints and their application forms to obtain the Kenyan ID cards, which the RPD noted had inconsistencies, and so the RPD preferred the contents of the Yemeni documents for the purpose of confirming the applicants' country of birth. The respondent says this approach was reasonable and further submits that the applicants' birthplace is ultimately not the central issue. The RPD's key finding was that the applicants never disclosed any relationship with Kenya at the time their refugee claims were being processed.

cause de ce qu'ont fait leurs parents. Ils invoquent l'arrêt *Kisana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 189, [2010] 1 R.C.F. 360, au paragraphe 27, dans lequel il a été indiqué, au sujet d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, que les enfants ne devraient pas être punis pour les fautes commises par leurs parents. S'appuyant sur ces principes et sur la *Convention relative aux droits de l'enfant*, les demandeurs affirment qu'il était déraisonnable de pénaliser Ahmed et Abdulrahman en annulant leur statut de réfugié à cause de ce qu'ont fait leurs parents.

B. Défendeur

- 1) Les conclusions quant à la fiabilité étaient raisonnables

[43] Le défendeur affirme que l'argument avancé par les demandeurs quant aux documents du Kenya et du Yémen est fallacieux. Le gouvernement du Kenya a fourni deux types de documents. Le premier était la réponse du gouvernement kenyan à la demande des autorités canadiennes quant au statut des demandeurs au Kenya le 3 mai 2000 (page 234 du dossier certifié du tribunal). La lettre permettait de confirmer la correspondance biométrique avec les demandeurs et le fait que ces derniers étaient des ressortissants kenyans enregistrés. Le défendeur affirme que la Section de la protection des réfugiés a conclu, après avoir fait une évaluation raisonnable de ces éléments de preuve, que la correspondance biométrique était crédible et fiable.

[44] En ce qui concerne le deuxième type de documents, il s'agissait d'autres documents kenyans fournis par les demandeurs, notamment leurs empreintes digitales et leurs formulaires de demande afin d'obtenir des cartes d'identité du Kenya. La Section de la protection des réfugiés y a relevé des incohérences et a donc privilégié le contenu des documents du Yémen pour confirmer le pays de naissance des demandeurs. Le défendeur indique que cette approche était raisonnable et ajoute qu'en fin de compte, le lieu de naissance des demandeurs n'est pas la question fondamentale. La principale conclusion de la Section de la protection des réfugiés était que les demandeurs n'ont jamais déclaré aucun lien avec le Kenya lors du traitement de leurs demandes d'asile.

[45] With regard to the Minister's failure to produce any original documents, the respondent claims this issue is unrelated to the credibility of the biometric data obtained directly from the Kenyan government.

(2) The factual findings were reasonable

[46] The respondent says Lotfi's parents' documentation was not before the RPD, therefore their disclosure of Kenyan ties on their own application is irrelevant to these proceedings. With respect to the factual finding that the applicants did not reveal their ties to Kenya until 2019, the respondent says:

... the Applicants have failed to point to any evidence that they informed *the RPD* (or any other Canadian immigration tribunal or official) at any point prior to May 2019 that the grandparents were born in Kenya.

[47] The respondent also submits that the applicants' arguments rely on an erroneous view that the RPD concluded they were Kenyan citizens in 1999 when they made their Canadian refugee claim. It says the RPD did not rely on such a finding. Instead, the RPD [at page 4] relied upon two omissions: they were "trying to obtain documentation to be citizens of Kenya in 1994" and Lotfi's "parents were both born in Kenya."

(3) *The finding of material misrepresentation was reasonable*

[48] Due to the withholding of facts, the RPD was given no opportunity to assess Kenya as a potential country of reference. The respondent points to pages 7–8 of the Decision which states that the non-disclosure of the ties to Kenya would have:

... at the very least raised some suspicions about his other documents from Yemen at the time and caused some more

[45] En ce qui concerne le défaut du ministre de produire les documents originaux, le défendeur déclare que cette question n'a aucun rapport avec la crédibilité des données biométriques obtenues directement auprès du gouvernement kenyan.

2) Les conclusions factuelles étaient raisonnables

[46] Le défendeur affirme que puisque les documents concernant les parents de Lotfi n'ont pas été soumis à la Section de la protection des réfugiés, le fait que ces derniers ont divulgué des liens avec le Kenya dans leurs propres demandes n'est pas pertinent en l'espèce. En ce qui concerne la conclusion factuelle selon laquelle les demandeurs n'ont révélé leurs liens avec le Kenya qu'en 2019, voici ce que déclare le défendeur :

[TRADUCTION] [...] les demandeurs n'ont apporté aucune preuve voulant qu'ils aient informé la SPR (ou tout autre tribunal ou agent d'immigration canadien), avant mai 2019, du fait que les grands-parents étaient nés au Kenya.

[47] Le défendeur ajoute que les arguments des demandeurs reposent sur une opinion erronée voulant que la Section de la protection des réfugiés ait conclu qu'ils étaient citoyens du Kenya en 1999 lorsqu'ils ont déposé leur demande d'asile au Canada. Selon le défendeur, la Section de la protection des réfugiés ne s'est pas fondée sur une telle conclusion. Elle s'est plutôt appuyée sur deux omissions : les demandeurs « n'ont pas fait part de leur tentative d'obtenir de la documentation pour devenir citoyens du Kenya en 1994 » et « les parents [de Lotfi] sont tous les deux nés au Kenya » [à la page 4].

3) *La conclusion quant à l'existence d'une présentation erronée sur un fait important était raisonnable*

[48] La réticence sur des faits a empêché la Section de la protection des réfugiés d'évaluer le Kenya en tant que pays de référence possible. Le défendeur renvoie à la page 8 de la décision, où il est indiqué que la non-divulgence des liens avec le Kenya aurait :

[...] dû à tout le moins soulever certains doutes à propos de ses autres documents du Yémen à l'époque et donner

enquiries as to the facts of his claim, at the very least and I find also, that disclosure of Kenya as a country of potential nationality, whether it be from the principal respondent's own efforts in 1994 or the fact that his parents were born in Kenya, I find all of which would have cause [*sic*] much more of an enquiry into this case, perhaps even a Ministerial intervention and it simply would not have been the same type of hearing or the same type of case and there would have been analysis of whether he is able to obtain that sort of nationality and pass it on to the rest of the family and it would have been a potential country of reference.

[49] The respondent relies on *Zheng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 619 (*Zheng*), where the applicant failed to disclose his citizenship in Dominica when making his refugee claim against China. In *Zheng*, the Court found the RPD's decision to vacate was reasonable given that the withholding of this material fact prevented the RPD from assessing Dominica as a country of reference.

[50] Furthermore, the respondent says the arguments about whether the applicants would, in fact, have obtained Kenyan citizenship are not relevant since the RPD reasonably found [at page 5]:

It is not for me to analyze now in May of 2019, the law of Canadian citizenship for Kenya as it was back then in 1999 and it is not for me, as the RPD in 2019, to ask ... [the parties] ... to hunt for documents from various family members to determine if they lost their citizenship to Kenya and if so, how the respondents could have been able to re-obtain their citizenship to Kenya, as of 1999.

All of this should have happened in 1999 properly with proper disclosure.

[51] On the materiality argument, the respondent reiterates that the applicants made no mention of Kenya during their refugee claim proceedings. Hence, the RPD was precluded from considering Kenya in any way, and the RPD is entitled to deference in finding that this was a material omission in the circumstances.

lieu à d'autres enquêtes sur les faits de sa demande d'asile, à tout le moins. J'estime également que la communication du fait que le Kenya est un pays de nationalité potentiel, qu'elle ait été faite par l'intimé principal en 1994 ou le fait que ses parents sont nés au Kenya, j'estime que tout cela se serait beaucoup plus soldé par une enquête sur son cas, peut-être même une intervention ministérielle, et cela n'aurait tout simplement pas été le même type d'audition ou au même type de cas, et il y aurait eu une analyse de la question visant à savoir s'il peut obtenir ce type de nationalité et le transmettre au reste de la famille, et cela aurait été un pays de référence possible.

[49] Le défendeur s'appuie sur la décision *Zheng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 619 (*Zheng*), dans laquelle le demandeur n'a pas indiqué qu'il était citoyen de la Dominique lorsqu'il a présenté une demande d'asile à l'égard de la Chine. Dans la décision *Zheng*, la Cour a conclu que la décision d'annulation rendue par la Section de la protection des réfugiés était raisonnable puisque la réticence sur ce fait important avait empêché la Section de la protection des réfugiés d'évaluer la Dominique en tant que pays de référence.

[50] En outre, le défendeur affirme que les arguments concernant la question de savoir si les demandeurs auraient effectivement obtenu la citoyenneté kenyane ne sont pas pertinents puisque la Section de la protection des réfugiés a raisonnablement tiré la conclusion suivante [à la page 5]:

Il ne m'appartient pas d'analyser maintenant en mai 2019 la loi sur la citoyenneté canadienne pour le Kenya telle qu'elle était alors en 1999 ni, en tant que commissaire de la SPR en 2019, de demander [aux parties] de chercher des documents auprès de divers membres de la famille pour s'établir s'ils ont perdu leur citoyenneté kenyane et, le cas échéant, comment les intimés auraient pu l'obtenir de nouveau en 1999.

Toute cette affaire aurait été dûment traitée en 1999 si cette information avait été divulguée en bonne et due forme.

[51] Pour ce qui est du caractère important, le défendeur répète que les demandeurs n'ont pas mentionné le Kenya lors de leurs procédures de demande d'asile. Par conséquent, la Section de la protection des réfugiés ne pouvait aucunement prendre en compte le Kenya et la déférence est de mise à l'égard de sa conclusion selon

[52] In response to the applicants' argument that the RPD should not punish Ahmed because he was a minor at the time of the misrepresentation and has nowhere else to live other than Canada, the respondent says the applicants have not provided any evidence that Ahmed cannot live with his immediate family members in Saudi Arabia, Malaysia, Egypt, or the United States. Misrepresentation does not require malice or an intention to deceive as innocent misrepresentations are captured by section 109 of the IRPA. The respondent says the RPD reasonably exercised its discretion and found Ahmed to be bound by his parents' failure to mention any ties to Kenya.

C. Applicants' Reply

[53] The applicants' reply reiterates that the Minister erroneously found the applicants were "Kenyan nationals" in 1999 when this was not the case. The applicants say they did not lawfully hold Kenyan citizenship and they had obtained the underlying paperwork illegitimately, so they could not have been Kenyan nationals.

[54] The applicants dispute two assertions made by the respondent. First, the respondent suggests that the applicants presented themselves in Kenya in 1994 to apply for Kenyan ID cards and were Kenyan residents at the time, but nothing in the record supports this claim that they ever physically entered Kenya. Second, the respondent says the RPD made no finding of Kenyan citizenship, yet at line 45 of page 2 of the Decision, the RPD refers to the applicants as "duly registered [Kenyan] nationals" in 1999. The applicants say the use of the word "ties" to Kenya distorts the facts of this case, namely, that the applicants did not legally hold Kenyan citizenship and never had legal access to Kenyan citizenship.

laquelle il s'agissait d'une omission importante dans les circonstances.

[52] En réponse à l'argument des demandeurs qui affirment que la Section de la protection des réfugiés ne devrait pas pénaliser Ahmed parce qu'il était mineur au moment de la présentation erronée et n'a aucun autre endroit que le Canada pour vivre, le défendeur affirme que les demandeurs n'ont fourni aucun élément de preuve indiquant qu'Ahmed ne peut pas vivre avec des membres de sa famille immédiate en Arabie saoudite, en Malaisie, en Égypte ou aux États-Unis. La malveillance et l'intention de tromper ne sont pas nécessaires pour conclure à une présentation erronée, puisque les déclarations inexactes faites de bonne foi sont assujetties à l'article 109 de la LIPR. Le défendeur affirme que la Section de la protection des réfugiés a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire et conclu qu'Ahmed était lié par le fait que ses parents avaient omis de mentionner leurs liens avec le Kenya.

C. Réponse des demandeurs

[53] Dans leur réponse, les demandeurs répètent que le ministre a conclu à tort qu'ils étaient des [TRADUCTION] « ressortissants kenyans » en 1999, alors que ce n'était pas le cas. Ils affirment qu'ils n'avaient pas légalement la citoyenneté kenyane et qu'ils avaient obtenu illégalement les papiers nécessaires à l'obtention de cette citoyenneté, de sorte qu'ils n'auraient pas pu être ressortissants kenyans.

[54] Les demandeurs contestent deux affirmations du défendeur. Premièrement, le défendeur soutient que les demandeurs se sont présentés au Kenya en 1994 pour demander des cartes d'identité de ce pays et qu'ils en étaient résidents à l'époque, mais rien dans le dossier n'appuie l'affirmation selon laquelle ils sont un jour entrés sur le territoire kenyan. Deuxièmement, le défendeur affirme que la Section de la protection des réfugiés n'a tiré aucune conclusion sur la citoyenneté kenyane; cependant, à la ligne 45 de la deuxième page de la décision, la Section de la protection des réfugiés indique que les demandeurs étaient des « ressortissants [kenyans] dûment enregistrés » en 1999. Les demandeurs soutiennent qu'en évoquant des « liens » avec le Kenya, la

[55] The applicants say that the Yemen border war in 1994 is what caused Lotfi to procure Kenyan documentation and that this is peripheral to the merits of the Canadian refugee claim, which was made over four years later. The applicants also point out that, unlike the current forms, the 1998 version of the Personal Information Form (PIF) “made no inquiries as to an applicant’s parentage beyond a declaration of the parent’s citizenship.”

[56] The applicants distinguish *Zheng* because in that case the applicant actually held citizenship in Dominica, yet this was not disclosed during his Canadian refugee proceedings. In their case, the applicants say they were not “citizens” of a second country, as the Kenyan ID cards were procured in a fraudulent manner and any eventual citizenship that could have followed from this process was illegitimate.

[57] As regards the reliability of the Kenyan letter, the applicants say the documents from Kenyan authorities that lacked credibility were provided by the Minister. These documents contained inaccurate material, and so the RPD accepted the Yemeni documents instead. The applicants say these credibility concerns, and the Minister’s failure to provide “any” original documents, make the Decision unreasonable. They do not contest the biometric match based on the fingerprints.

[58] With respect to Lotfi’s parents’ own applications, the applicants reiterate that there was no evidence of what they did or did not disclose. They emphasize that Lotfi’s parents’ Kenyan birthplace alone does not entitle them to Kenyan nationality.

Section de la protection des réfugiés déforme la réalité de l’espèce, à savoir que les demandeurs n’avaient pas légalement la citoyenneté kenyane et n’ont jamais eu de possibilité légale de l’obtenir.

[55] Les demandeurs affirment que c’est à cause de la guerre civile yéménite, en 1994, que Lotfi a obtenu des documents kenyans et que cette question n’est liée qu’indirectement à la demande d’asile au Canada, qui a été déposée plus de quatre ans après. Ils soulignent également que, contrairement aux formulaires actuels, la version de 1998 du Formulaire de renseignements personnel (FRP) [TRADUCTION] « ne contenait, en dehors d’une déclaration de la citoyenneté des parents, aucune question sur la parenté du demandeur ».

[56] Les demandeurs font une distinction avec la décision *Zheng* puisque dans cette affaire, le demandeur détenait bel et bien la citoyenneté de la Dominique sans toutefois l’avoir déclaré lors des procédures de demande d’asile au Canada. Ils affirment qu’ils n’étaient pas « citoyens » d’un deuxième pays étant donné que les cartes d’identité du Kenya avaient été obtenues frauduleusement et que toute citoyenneté qui aurait pu être acquise à l’aide de ces cartes n’était pas légitime.

[57] En ce qui concerne la fiabilité de la lettre envoyée par le Kenya, les demandeurs déclarent que c’est le ministre qui a fourni les documents des autorités kenyanes qui ont été jugés non crédibles. Ces documents contenaient des renseignements inexacts, c’est pourquoi la Section de la protection des réfugiés a plutôt accepté ceux du Yémen. Les demandeurs affirment que la décision est déraisonnable à cause de ces doutes quant à la crédibilité et du défaut du ministre de fournir de [TRADUCTION] « tout » document original. Ils ne contestent pas la correspondance biométrique fondée sur les empreintes digitales.

[58] En ce qui concerne les demandes déposées par les parents de Lotfi, les demandeurs répètent qu’aucune preuve n’a été apportée quant à ce qu’ils ont ou non divulgué. Ils soulignent que le fait que les parents de Lotfi sont nés au Kenya ne donne pas droit, à lui seul, à la nationalité kenyane.

[59] Finally, regarding the transcript where applicants' counsel confirms they left Kenya in 1994, the applicants advance two positions. First, they say it is unreasonable to rely on a statement made by counsel in closing submissions as evidence. Second, they suggest that counsel made a mistake in summarizing the facts, and point to the full quotation in the closing submissions at page 36 of the application record:

Their efforts to leave Kenya around 1994 had no *unintelligible* or bearing on the problems that ultimately caused the family to flee and ultimately come to Canada to make a refugee claim. They dealt with the general civil unrest in the country at the time as a result of the civil war between the north and the south. In the aftermath of the Gulf war, Yemeni citizens had difficulty working in Gulf countries.... [Emphasis added.]

[60] The context shows that applicants' counsel meant they were leaving *Yemen* in 1994 and never left Kenya because they never, in fact, lived in Kenya. They say they never mentioned living in Kenya in their refugee claims precisely because, they never lived in Kenya. This passage was not relied upon by the RPD but, instead, was included in the respondent's argument, so the misstatement in the closing submissions should not influence this judicial review.

D. Respondent's Further Memorandum

[61] The respondent's further memorandum generally follows its initial arguments: the applicants withheld material facts which prevented the RPD from properly assessing Kenya as a potential country of reference. At paragraph 12, the respondent lists key findings underpinning the Decision:

(i) the Applicants did not disclose any connection to Kenya in 1999;

[59] Enfin, en ce qui concerne la transcription dans laquelle l'avocate des demandeurs confirme qu'ils ont quitté le Kenya en 1994, les demandeurs font valoir deux arguments. Premièrement, ils affirment qu'il est déraisonnable de considérer comme une preuve une déclaration que l'avocate a faite dans ses observations finales. Deuxièmement, ils soutiennent que l'avocate a fait une erreur en résumant les faits; à cet effet, ils renvoient à la citation complète extraite des observations finales, que l'on trouve à la page 36 du dossier de demande :

[TRADUCTION] Leurs efforts en vue de quitter le Kenya aux alentours de 1994 n'avaient pas de *inintelligible* ni de rapport avec les problèmes qui ont finalement amené la famille à s'enfuir et, au bout du compte, à venir au Canada pour y déposer une demande d'asile. Ils faisaient face, à l'époque, aux troubles civils qui secouaient le pays à la suite de la guerre civile entre le nord et le sud. Après la guerre du Golfe, il était difficile pour les citoyens yéménites de travailler dans les pays du Golfe [...] [Non souligné dans l'original.]

[60] Le contexte permet de constater que l'avocate des demandeurs voulait dire qu'ils avaient quitté *le Yémen* en 1994 et n'avaient jamais quitté le Kenya puisqu'ils n'y avaient en fait jamais vécu. Les demandeurs soutiennent qu'ils n'ont jamais indiqué avoir vécu au Kenya dans leurs demandes d'asile justement parce qu'ils n'y avaient jamais vécu. La Section de la protection des réfugiés ne s'est pas appuyée sur ce passage, qui a plutôt été inclus dans l'argument du défendeur; par conséquent, l'inexactitude dans les observations finales ne doit pas influencer sur le présent contrôle judiciaire.

D. Mémoire supplémentaire du défendeur

[61] Le défendeur, dans son mémoire supplémentaire, suit généralement ses arguments initiaux : les demandeurs ont dissimulé des faits importants, empêchant ainsi la Section de la protection des réfugiés d'évaluer comme il se doit le Kenya en tant que pays de référence possible. Au paragraphe 12, le défendeur énumère les principales conclusions qui sous-tendent la décision :

[TRADUCTION]

i) Les demandeurs n'ont pas révélé de liens avec le Kenya en 1999.

(ii) the Applicants did not dispute that they did not disclose any connection to Kenya;

(iii) they did not disclose until 2019 that the Principal Applicant's parents were both born in Kenya;

(iv) they did not disclose that they had applied for Kenyan status in 1994;

(v) it is possible that the Principal Applicant could have obtained Kenyan citizenship by descent;

(vi) Kenya could have been assessed as a potential country of reference in 1999;

(vii) the existence of potential countries of reference and attempts to obtain status in such countries go to the core of the determination of refugee protection;

(viii) the Applicants' failure to disclose their ties to Kenya was either a material misrepresentation or the withholding of material facts.

ii) Ils n'ont pas contesté le fait qu'ils n'avaient pas révélé de liens avec le Kenya.

iii) Ils n'ont pas révélé avant 2019 que les deux parents du demandeur principal étaient nés au Kenya.

iv) Ils n'ont pas révélé qu'ils avaient déposé des demandes pour obtenir le statut de Kenyan en 1994.

v) Le demandeur principal aurait peut-être pu obtenir la citoyenneté kenyane par filiation.

vi) Le Kenya aurait pu être évalué comme pays de référence possible en 1999.

vii) L'existence de pays de référence possibles et les tentatives d'obtenir un statut dans ces pays sont au cœur de la décision d'accorder l'asile.

viii) Le fait que les demandeurs n'ont pas divulgué leurs liens avec le Kenya constituait soit une présentation erronée sur un fait important, soit une réticence sur un fait important.

[62] The respondent submits that the Decision did not turn on whether the applicants, in fact, held Kenyan citizenship, but rather whether they withheld information related to *potential* Kenyan citizenship. The respondent also cites cases where this Court has confirmed an applicant need not intend to misrepresent the facts for the RPD to vacate refugee status.

[63] Finally, the respondent says any alleged errors by the RPD that do not go to the issue of misrepresentation are inconsequential. The RPD was unable to probe the issues of the applicants' credibility, including the possibility that other documents before the 1999 panel were obtained in a fraudulent manner, and the RPD was unable to assess Kenya as a country of reference at all.

[64] In light of this withholding of information, the respondent says the Decision to vacate was reasonable.

[62] Le défendeur prétend qu'il n'était pas question, dans la décision, de savoir si les demandeurs avaient effectivement la citoyenneté kenyane, mais plutôt de savoir s'ils avaient dissimulé des renseignements en lien avec une *possible* citoyenneté kenyane. Le défendeur cite également des dossiers dans lesquels notre Cour a confirmé qu'il n'était pas nécessaire, pour que la Section de la protection des réfugiés annule le statut de réfugié, que le demandeur ait l'intention de faire une présentation erronée des faits.

[63] Enfin, le défendeur affirme que toute erreur imputée à la Section de la protection des réfugiés qui ne porte pas sur la présentation erronée est sans conséquence. La Section de la protection des réfugiés n'a pas été en mesure d'approfondir les questions liées à la crédibilité des demandeurs, notamment la possibilité que d'autres documents soumis au tribunal de 1999 aient été obtenus frauduleusement. De plus, elle n'a pas du tout pu évaluer le Kenya en tant que pays de référence.

[64] Compte tenu de cette non-déclaration de renseignements, le défendeur affirme que la décision d'annulation était raisonnable.

VIII. ANALYSIS

[65] The misrepresentation finding at the heart of this Decision reads as follows [at page 8]:

I find that the first prong of the Section 109 test is met and there is a misrepresentation by withholding or concealing material information, more specifically, as the words are in the *Act*.

I find that you directly or indirectly misrepresented or withheld material facts relating to a relevant matter. One may say that, he indirectly misrepresented that in fact by 1999 he probably had—was registered as a Kenyan national so that’s really indirect misrepresentation or withholding but I find that he directly withheld the fact that his parents were born in Kenya and all that goes to the relevant, important matters of ID, nationality and country of reference.

So, I find that the first prong is met.

In my view, Kenya was a potential country of reference for the principal respondent in 1999 and I find also, it would have been a potential country of reference for the rest of the respondents as members of his family and as descendants of him, as well and, of course, being married to him, all of which would have been important to deal with as potential countries of reference and perhaps even exclusion under Article 1E for the wife, perhaps.

Again, we don’t have the full information as to the law at that time but I find all that should have been in 1999, not in 2019.

[66] The “you” here appears to be the “principal respondent”, who is Mr. Lotfi Abdulrahman Ahmed Bafakih, who the RPD refers to as “Lotfi”.

[67] So the direct or indirect misrepresentations relied upon are:

- (a) “by 1999 he probably has—was registered as a Kenyan national”

VIII. ANALYSE

[65] Voici la conclusion de présentation erronée sur un fait important qui est au cœur de la décision :

J’estime que le premier volet du critère prévu à l’article 109 est rempli et qu’il y a eu des présentations erronées par une réticence sur une information importante ou la dissimulation de cette information, plus particulièrement, selon le libellé de la Loi.

Je conclus que vous avez, directement ou indirectement, fait des présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait. Il est possible de dire qu’il a indirectement fait des présentations erronées sur le fait que, à vrai dire, en 1999 il avait [...] était probablement inscrit comme ressortissant kényan, alors il s’agit vraiment de présentations erronées ou de réticences indirectes, mais j’estime qu’il a directement dissimulé le fait que ses parents sont nés au Kenya, et tout cela concerne les questions importantes et pertinentes que sont l’identité, la nationalité et le pays de référence.

Je conclus donc qu’il est satisfait au premier volet.

À mon avis, le Kenya était un pays de référence potentiel pour l’intimé principal en 1999, et j’estime aussi qu’il aurait été un pays de référence potentiel pour les autres intimés à titre de membres de sa famille ainsi que ses descendants, également, et, bien sûr, à titre d’épouse, et il aurait été important de traiter toutes ces personnes selon leur pays de référence potentiel, voire une exclusion au titre de la section E de l’article premier pour l’épouse, peut-être.

Encore une fois, nous n’avons pas toute l’information en ce qui concerne la loi telle qu’elle était à l’époque, mais j’estime que toutes ces questions auraient dû être tranchées en 1999, et non pas en 2019.

[66] Dans ce passage, « vous » semble désigner « l’intimé [défendeur] principal », c’est-à-dire M. Lotfi Abdulrahman Ahmed Bafakih, que la Section de la protection des réfugiés appelle « Lotfi ».

[67] Les présentations erronées faites directement ou indirectement et sur lesquelles se fonde la Section de la protection des réfugiés sont donc les suivantes :

- a) « en 1999 [...] il était probablement inscrit en tant que ressortissant kényan »

(b) “the fact that his parents were born in Kenya”.

[68] The RPD holds that, by withholding these facts, the applicants prevented the RPD from considering Kenya as a “potential country of reference” in the applicants’ 1999 refugee claims that resulted in their obtaining refugee status in Canada. In 1999, the applicants were found to be Convention refugees as citizens of Yemen.

[69] So, potentially at least, the applicants could have been refused refugee status in Canada because they had a right to go to Kenya. There is, however, no evidence to suggest that the applicants had any right to go to Kenya. The evidence only suggests, at best, that Kenya was a possible country of reference that could have been explored as part of their refugee claim and/or that the applicants might not have been credible at that time.

[70] The RPD [at page 7] steadfastly refuses to consider whether there is any legal basis for considering Kenya as a country of “potential nationality” for the applicants. The concern appears to be that the failure of the applicants to disclose their connections with Kenya meant that the RPD, in considering their 1999 refugee claim, was precluded from considering Kenya as a possible country of reference [at pages 4–8]:

I find that I reject all these explanations as unreasonable because I would observe that the existence of potential countries of reference and attempts to obtain citizenships from potential countries of reference where the principal respondent has an actual descent by parentage, that I find goes to the very core of refugee protection, which, as is well-known, is only surrogate protection and that every refugee claimant is required to exhaust all of their avenues against each and every country of reference and disclosure is also required for potential country of reference to allow a refugee status determination [inaudible] tribunal like the RPD to determine that in fact, Yemen, is the only country of reference for these people.

The fact that other people in the Middle East the way [Lotfi] explained to me in Africa engaged in corrupt

b) « le fait que ses parents sont nés au Kenya ».

[68] La Section de la protection des réfugiés conclut qu’en omettant ces faits, les demandeurs l’ont empêché d’examiner le Kenya en tant que [TRADUCTION] « pays de référence possible » dans les demandes d’asile qu’ils ont déposées en 1999 et qui leur ont permis d’obtenir le statut de réfugié au Canada. En 1999, les demandeurs se sont vu reconnaître la qualité de réfugiés au sens de la Convention, en tant que citoyens du Yémen.

[69] Ainsi, du moins en théorie, l’asile au Canada aurait pu être refusé aux demandeurs parce qu’ils avaient le droit d’aller au Kenya. Toutefois, rien n’indique que les demandeurs avaient le droit d’aller dans ce pays. Au mieux, les éléments de preuve indiquent seulement que le Kenya était un pays de référence possible qui aurait pu être examiné lors de leur demande d’asile, et qu’il se peut que les demandeurs n’aient pas été crédibles à l’époque.

[70] La Section de la protection des réfugiés [à la page 8] refuse catégoriquement de statuer sur l’existence d’un fondement juridique pour considérer que le Kenya est un pays de « nationalité potentiel » pour les demandeurs. Le problème semble être que le défaut des demandeurs de révéler leurs liens avec le Kenya a empêché la Section de la protection des réfugiés, lorsqu’elle a examiné leur demande d’asile de 1999, de considérer le Kenya comme pays de référence possible [aux pages 4, 5, 6 et 8] :

J’estime devoir rejeter toutes ces explications comme déraisonnables, parce que je ferais observer que l’existence de pays de référence potentiels et les tentatives d’obtenir la citoyenneté de pays de référence potentiels dont le [défendeur] principal a de réelles origines par ses parents... j’estime que ces facteurs vont au cœur même de l’asile, qui, comme cela est bien connu, n’est qu’une protection auxiliaire et chaque demandeur d’asile doit épuiser tous les recours dont il dispose à l’égard de chaque pays de référence et également faire part des pays de référence potentiels pour permettre à un tribunal [inaudible] d’octroi de l’asile comme la SPR d’établir que, en fait, le Yémen est le seul pays de référence pour ces personnes.

Le fait que d’autres personnes au Moyen-Orient [...] en Afrique, se soient livrées à des tentatives de corruption

attempts to obtain Kenyan citizenship as is found in Exhibit II, does not excuse the respondents from failing to disclose these attempts to gain Kenyan citizenships, especially when they have a personal connection to that country by way of the personal respondent's both parents being born there.

The fact, as is stated in the grandparents' affidavits that they appear to have had no interest in obtaining Kenyan citizenship makes no difference to the duty of the respondents to disclose these facts.

Now the fact that the grandparents disclosed these facts in their own applications and Canada appears to have accepted their applications and did not prevent them from getting refugee, permanent residence or citizenship, I find, does not help the claimants because these complied with their duty of disclosure. They disclosed their potential country of reference which would have allowed, at the time, the disclosure for Canada, the authorities, to analyze the situation at the time and to make a determination.

...

There may have been at the time all sorts of reasons as to the inconsistencies, such as, a different birth certificate for the grandfather, listing the adults as single as opposed to married but the problem is that all of these concerns should [have] been brought out and analyzed in 1999, not now in 2019 and the Minister should have been given a chance and the Board should have been given a chance to review these issues and to determine what the practices were at the time in Kenya. For example, is the creation of birth certificates, the creation of birthplaces in Kenya, even though perhaps not factually correct, whether they had an legitimate purpose or not.

...

The 1999 panel, K. Wamar(sp), who was the presiding Member and James Waters, who rendered a decision on June 9, 1999, pursuant to Exhibit I, the first page, were all unaware of all these facts and at the very least, the principal respondent's ability to obtain with fair ease, improperly obtained Kenyan documents, should have at the very least raised some suspicions about his other documents from Yemen at the time and caused some more enquiries as to the facts of his claim, at the very least and I find also, that disclosure of Kenya as a country of potential nationality, whether it be from the principal respondent's own efforts in 1994 or the fact that his parents were born in Kenya, I find all of which would have caused much more of an enquiry into this case, perhaps even a Ministerial intervention and it simply would not have been the same

pour obtenir la citoyenneté kényane, comme il est possible de le constater à la pièce 11, n'excuse pas le fait que les [défendeurs] n'ont pas fait part de ces tentatives d'obtenir la citoyenneté kényane, d'autant plus qu'ils ont un lien personnel avec ce pays, parce que les deux parents [du défendeur principal] y sont nés.

Le fait, comme il est mentionné dans les affidavits des grands-parents, qu'ils ne semblaient pas souhaiter la citoyenneté kényane ne change rien à l'obligation des [demandeurs] de divulguer ces faits.

Maintenant, j'estime que le fait que les grands-parents ont divulgué ces faits dans leurs propres demandes et que le Canada semble avoir accueilli celles-ci et ne les a pas empêchés d'obtenir l'asile, la résidence permanente ou la citoyenneté, n'aide pas les [défendeurs] d'asile parce que ces personnes ont respecté leur obligation de divulgation. [Ils] ont divulgué leur pays de référence potentiel ce qui a alors permis aux autorités canadiennes d'analyser la situation et de prendre une décision.

[...]

Il peut y avoir eu à l'époque toutes sortes de raisons expliquant les incohérences, comme un acte de naissance différent, le fait qu'il était indiqué que les adultes étaient célibataires et non pas mariés, mais le problème est que toutes ces questions auraient dû être soulevées et analysées en 1999, et non pas maintenant en 2019, et le ministre et la Commission auraient dû avoir la possibilité d'examiner ces questions et d'établir quelles étaient alors les pratiques au Kenya. Par exemple, la création d'actes de naissance, la création de lieux de naissance au Kenya, même si les faits ne sont peut-être pas exacts, avaient-elles un but légitime ou non ?

[...]

Les commissaires du tribunal de 1999, K. Wamar [transcription phonétique], qui présidait l'audience, et James Waters, qui ont rendu une décision le 9 juin 1999, selon la première page de la pièce 1, n'étaient ni l'un ni l'autre au courant de tous ces faits et, à tout le moins, la capacité [du défendeur] principal d'obtenir, avec une relative facilité et de manière illicite, des documents kényans aurait dû à tout le moins soulever certains doutes à propos de ses autres documents du Yémen à l'époque et donner lieu à d'autres enquêtes sur les faits de sa demande d'asile, à tout le moins. J'estime également que la communication du fait que le Kenya est un pays de nationalité potentiel, qu'elle ait été faite par [le défendeur] principal en 1994 ou le fait que ses parents sont nés au Kenya, j'estime que tout cela se serait beaucoup plus soldé par une enquête sur son

type of hearing or the same type of case and there would have been analysis of whether he is able to obtain that son of nationality and pass it on to the rest of the family and it would have been a potential country of reference.

[71] So the RPD does not find that Kenya was, or was not, a country of reference; it finds that Kenya was a “potential country of reference” that the applicants should have disclosed, and their failure to do so precluded a line of inquiry that, potentially, could have led to the refusal of their refugee claim.

[72] It seems to me that this approach by the RPD is fundamentally flawed and is based upon a logical fallacy. Section 109 of the IRPA reads as follows:

Vacation of refugee protection

109 (1) The Refugee Protection Division may, on application by the Minister, vacate a decision to allow a claim for refugee protection, if it finds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.

Rejection of application

(2) The Refugee Protection Division may reject the application if it is satisfied that other sufficient evidence was considered at the time of the first determination to justify refugee protection. [Emphasis added.]

[73] If any connection which the applicants had with Kenya in 1999 was not capable of yielding Kenyan nationality, then, in my view, there was no misrepresentation or withholding of material facts relating to a relevant matter. If the 1999 panel was precluded from pursuing a line of inquiry, this does not mean that, in accordance with subsection 109(1), the 1999 decision was obtained “as a result of”, in this case, “withholding material facts relating to a relevant matter”. If Kenya was not, in fact, a possible alternative refuge for the applicants, then no material fact was withheld that could have, either directly or indirectly, resulted in the decision to award them refugee status at that time. This is not a decision under section 40 of the IRPA where the words “induces or could induce an error” appear. In my

cas, peut-être même une intervention ministérielle et cela n’aurait tout simplement pas été le même type d’audience ou le même type de cas, et il y aurait eu une analyse de la question visant à savoir s’il aurait pu obtenir ce type de nationalité et le transmettre au reste de la famille, et cela aurait été un pays de référence potentiel.

[71] La Section de la protection des réfugiés ne conclut donc pas que le Kenya était ou n’était pas un pays de référence; elle conclut que c’était un « pays de référence potentiel » que les demandeurs auraient dû mentionner et que cette omission a fait obstacle à certaines questions qui auraient pu déboucher sur le rejet de leur demande d’asile.

[72] Il me semble que l’approche de la Section de la protection des réfugiés est fondamentalement déficiente et repose sur une erreur de logique. L’article 109 de la LIPR est ainsi libellé :

Demande d’annulation

109 (1) La Section de la protection des réfugiés peut, sur demande du ministre, annuler la décision ayant accueilli la demande d’asile résultant, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

Rejet de la demande

(2) Elle peut rejeter la demande si elle estime qu’il reste suffisamment d’éléments de preuve, parmi ceux pris en compte lors de la décision initiale, pour justifier l’asile. [Je souligne.]

[73] Si un éventuel lien que les demandeurs avaient avec le Kenya en 1999 ne leur a pas permis d’obtenir la citoyenneté kenyane, alors, à mon avis, il n’y a pas de présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ni de réticence sur ce fait. Si le tribunal de 1999 n’a pas eu la possibilité de poser certaines questions, cela ne signifie pas, conformément au paragraphe 109(1), que la décision de 1999 a « résult[é] », en l’espèce, de « réticence sur » « un fait important quant à un objet pertinent ». Si le Kenya n’était pas, dans les faits, un autre refuge possible pour les demandeurs, alors il n’y a eu aucune réticence sur un fait important qui aurait pu, directement ou indirectement, mener à la décision de leur octroyer le statut de réfugié à l’époque. Il ne s’agit pas d’une décision rendue en application de

view, under subsection 109(1) the Minister must show that the “decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.” Parliament would not have used such different wording in these two misrepresentation provisions if it had intended them to be applied in the same way. In my view, the respondent’s position is, essentially, that the failure to disclose a possible Kenyan connection “could have” led to the applicants obtaining refugee protection where it was not available, or that it doesn’t matter whether the applicants would have obtained refugee protection or not because the failure to disclose prevented a possible line of inquiry. But this is not, in my view, what subsection 109(1) says. It says “was obtained” not “could have been obtained”.

[74] In my view, then, section 109 required the Minister to demonstrate that the applicants’ failure to mention any possible connections to Kenya in 1999 led to a decision that was a direct or indirect result of withholding that information.

[75] All that the RPD says in this case is that the applicants’ failure to mention Kenya could “potentially” have resulted from a withholding of “potentially” material facts. But, in my view, section 109 required the RPD to find that the 1999 decision “was obtained” because material facts were withheld. The test under section 109 is not, as the RPD finds [at page 7], that the disclosure of certain facts “would have cause[d] much more of an enquiry into this case”.

[76] Even if the test proposed by the Minister is used—that the “RPD panel could have assessed Kenya as a possible country of reference,”—the Minister has provided no evidence that the applicants have any right to Kenyan citizenship, or that the RPD could have assessed Kenya as a possible country of reference.

l’article 40 de la LIPR où l’on peut lire les mots « entraîne ou risque d’entraîner une erreur ». À mon avis, conformément au paragraphe 109(1), le ministre doit prouver que la « la décision [...] résult[e], directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait ». Le législateur n’aurait pas eu recours à des formulations aussi différentes dans ces deux dispositions sur les fausses déclarations s’il avait voulu qu’elles soient appliquées de la même manière. À mon avis, le défendeur soutient essentiellement que la non-divuligation d’un lien possible avec le Kenya « pourrait avoir » permis aux demandeurs d’obtenir l’asile alors qu’ils ne pouvaient pas en bénéficier, ou qu’il importe peu que les demandeurs aient pu ou non obtenir l’asile puisque la non-divuligation faisait obstacle à certaines questions. Cependant, à mon avis, ce n’est pas ce qui est énoncé au paragraphe 109(1). On y lit « résultant », et non « pouvant avoir résulté ».

[74] Je suis donc d’avis que l’article 109 obligeait le ministre à prouver que le défaut des demandeurs de mentionner d’éventuels liens avec le Kenya en 1999 a mené à une décision résultant directement ou indirectement de la réticence sur cette information.

[75] En l’espèce, la Section de la protection des réfugiés affirme seulement que le défaut des demandeurs de mentionner le Kenya aurait [TRADUCTION] « potentiellement » pu résulter d’une réticence sur des faits [TRADUCTION] « potentiellement » importants. Cependant, je suis d’avis que l’article 109 obligeait la Section de la protection des réfugiés à conclure que la décision de 1999 était une décision « résultant » d’une réticence sur des faits importants. Le critère de l’article 109 n’est pas, comme le conclut la Section de la protection des réfugiés, que la divulgation de certains faits [TRADUCTION] « aurait provoqué une enquête beaucoup plus poussée quant à ce dossier ».

[76] Même si on utilise le critère proposé par le ministre (c’est-à-dire que le [TRADUCTION] « tribunal de la Section de la protection des réfugiés aurait pu examiner le Kenya en tant que pays de référence possible »), le ministre n’a fourni aucune preuve selon laquelle les demandeurs avaient droit à la citoyenneté kenyane ou

[77] There is no evidence on the record before me that the applicants misrepresented anything. Given the PIF and other forms that the applicants were required to complete in the 1990s, there was nothing to alert them to the fact that they should have indicated that grandparents were born in Kenya or that their own attempts to obtain Kenyan ID cards were anything more than an attempt to secure jobs outside of Yemen because of the difficult situation in that country. The Minister has also failed to provide the transcript from the refugee hearing so there is no indication of whether Kenya was raised or whether there were any credibility concerns with the applicants. No documents have been produced to show that the applicants have a right to Kenyan citizenship. It is clear that Lotfi and Suaad were born in Yemen. There is no evidence to suggest that the fact of Lotfi's parents having been born in Kenya provides any right to Kenyan nationality or residence for any of the applicants.

[78] The respondent does not appear to disagree with any of this and points out that:

- (a) The applicants made no mention of Kenya in their PIFs or at any other stage of their refugee determination process;
- (b) The applicants did not disclose that Lotfi's parents were born in Kenya; and
- (c) The applicants did not disclose that they themselves sought Kenyan status prior to coming to Canada.

[79] The respondent does not argue that the evidence suggests that the applicants had any right to Kenyan citizenship. Nor do the applicants deny that they failed to make any references to Kenya in their applications for refugee protection or at any point during their initial refugee determination process in 1998–1999.

selon laquelle la Section de la protection des réfugiés aurait pu examiner le Kenya en tant que pays de référence possible.

[77] Le dossier dont je suis saisi n'apporte aucune preuve que les demandeurs ont fait une présentation erronée. Compte tenu du Formulaire de renseignements personnels (FRP) et d'autres formulaires que les demandeurs ont dû remplir dans les années 1990, rien ne leur indiquait qu'ils auraient dû préciser que leurs grands-parents étaient nés au Kenya ou que leurs propres tentatives d'obtenir des cartes d'identité du Kenya visaient simplement à obtenir des emplois à l'extérieur du Yémen où la situation était difficile. Le ministre n'a pas non plus fourni la transcription de l'audition de la demande d'asile; on ne sait donc pas s'il a été question du Kenya ou si des réserves ont été émises quant à la crédibilité des demandeurs. Aucun document n'a été fourni pour montrer que les demandeurs avaient droit à la citoyenneté kenyane. Il est clair que Lotfi et Suaad sont nés au Yémen. Rien n'indique que le fait que les parents de Lotfi sont nés au Kenya donne à l'un ou l'autre des demandeurs le droit de résider au Kenya ou d'obtenir la nationalité kenyane.

[78] Le défendeur ne semble pas en désaccord avec tout cela; il souligne ce qui suit :

- a) Les demandeurs n'ont pas mentionné le Kenya dans leurs FRP, ni à aucun autre moment au cours du processus de détermination de leur statut de réfugié.
- b) Les demandeurs n'ont pas révélé que les parents de Lotfi étaient nés au Kenya.
- c) Les demandeurs n'ont pas révélé qu'ils avaient eux-mêmes tenté d'obtenir le statut de Kenyan avant de venir au Canada.

[79] Le défendeur ne prétend pas que les éléments de preuve indiquent que les demandeurs avaient droit à la citoyenneté kenyane. Les demandeurs, quant à eux, ne nient pas qu'ils ont omis de mentionner le Kenya dans leurs demandes d'asile et tout au long du processus initial de détermination de leur statut de réfugié en 1998–1999.

[80] The respondent simply takes the position that, because Lotfi's parents were born in Kenya and the applicants had sought status in Kenya back in 1994, these undisclosed facts could reasonably have led the RPD in 1999 to assess Kenya as a potential country of reference. This means that the refugee hearing could have been conducted in a different manner and credibility issues could have been explained. There is, however, no indication as to how any further inquiry about Kenya could have led to any conclusion that the applicants had rights to nationality or residence there. In other words, there is no proof that the applicants' failure to mention Kenya was in any way material to their successful refugee claims. Without establishing materiality, the respondent simply falls back on the assertion that the failure to mention Kenya prevented a possible line of inquiry by the RPD when it heard their refugee claim. It was only material to a possible line of inquiry which, on the evidence before me, would have led nowhere. There is no evidence it was material to the actual granting of refugee status.

[81] The evidence before me suggests that the applicants made no mention of Kenya because they knew they couldn't go there and they had no reason to believe that the RPD might want to explore Kenya as a possible country of reference.

[82] Under section 109, I do not think it is sufficient for the Minister to establish material facts that could have led to further inquiries as to whether Kenya was a possible country of reference.

[83] In my view, under subsection 109(1) of the IRPA, refugee protection can only be vacated if the RPD finds "that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter." It appears that, the Member conflates subsection 109(1) with paragraph 40(1)(a) of the IRPA. However, the wording of these two provisions is distinctly different and, as the facts of this case demonstrate, for good reason.

[80] Le défendeur soutient simplement que, puisque les parents de Lotfi sont nés au Kenya et que les demandeurs ont tenté d'obtenir la citoyenneté kenyane en 1994, la Section de la protection des réfugiés aurait raisonnablement pu, en 1999, évaluer le Kenya en tant que pays de référence possible. Par conséquent, l'audition de la demande d'asile aurait pu se dérouler différemment et des explications auraient pu être fournies quant aux questions de crédibilité. Rien n'indique toutefois de quelle façon une enquête plus poussée à propos du Kenya aurait pu déboucher sur la conclusion que les demandeurs avaient le droit de résider au Kenya ou d'obtenir la nationalité kenyane. Autrement dit, rien ne prouve que le défaut des demandeurs de mentionner le Kenya a contribué de façon importante à l'acceptation de leurs demandes d'asile. Le défendeur n'établit pas qu'il s'agit d'un élément essentiel et se contente d'affirmer que le défaut de mentionner le Kenya a enlevé à la Section de la protection des réfugiés la possibilité de poser certaines questions lorsqu'elle a entendu leurs demandes d'asile. Il ne s'agissait d'un élément essentiel que pour d'éventuelles questions qui, d'après les éléments de preuve dont je dispose, n'auraient mené nulle part. Rien n'indique que cela aurait joué un rôle important dans l'octroi même du statut de réfugié.

[81] D'après les éléments de preuve dont je dispose, les demandeurs n'ont pas mentionné le Kenya parce qu'ils savaient qu'ils ne pouvaient pas y aller et qu'ils n'avaient aucune raison de croire que la Section de la protection des réfugiés voudrait examiner le Kenya en tant que pays de référence possible.

[82] Conformément à l'article 109, je ne crois pas qu'il suffise que le ministre établisse des faits importants qui auraient pu mener à une enquête plus poussée afin de savoir si le Kenya était un pays de référence possible.

[83] À mon avis, selon le paragraphe 109(1) de la LIPR, le droit d'asile ne peut être annulé que si la Section de la protection des réfugiés conclut que « la décision [...] résult[e], directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait ». Le commissaire semble confondre le paragraphe 109(1) et l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. Cependant, ces deux dispositions ont des libellés complètement différents, et ce,

[84] Before me, the respondent has not demonstrated how the failure of the applicants to mention their Kenyan connections was the omission of a “relevant matter” by which the refugee decision “was obtained”. The respondent can only say that the failure to mention the Kenyan connections prevented a line of inquiry into whether Kenya was a possible country of reference. We now know that it was not. The respondent did not, before the RPD, and has not before the Court, established an omission that, in accordance with subsection 109(1), resulted in the decision to grant the applicants refugee status.

[85] It seems to me that to interpret subsection 109(1) in the way the respondent suggests and in the way adopted by the RPD in the present Decision, would mean that a genuine refugee could lose refugee status simply by failing to mention a fact that “could have” opened up a possible line of inquiry, even if protection was not obtained as a result of that omission.

[86] As the respondent asserts, the evidence only suggests a possible line of inquiry that could have been explored by the RPD when it decided to award refugee status as to whether Kenya could be considered a possible country of reference.

[87] In my opinion, it would be unreasonable and unconscionable if the Minister could simply move to vacate refugee status on the basis of an innocent, and not unreasonable, omission that the Minister has not demonstrated was material to the granting of refugee status, but which has merely prevented a possible line of inquiry that the Minister has not demonstrated could have led to the refusal of refugee status.

IX. CERTIFICATION

[88] The applicants propose the following question for certification:

comme le montrent les faits de l’espèce, pour une excellente raison.

[84] Devant moi, le défendeur n’a pas démontré en quoi le défaut des demandeurs de mentionner leurs liens avec le Kenya constituait l’omission d’un « objet pertinent » dont a « résulté » la décision au sujet des demandes d’asile. Le défendeur ne peut qu’affirmer que le défaut de mentionner les liens avec le Kenya l’a empêché de poser certaines questions pour déterminer si ce pays était un pays de référence possible. Nous savons que ce n’était pas le cas. Le défendeur n’a pas, ni devant la Section de la protection des réfugiés ni devant la Cour, établi l’existence d’une omission ayant, conformément au paragraphe 109(1), conduit à la décision d’octroyer le statut de réfugié aux demandeurs.

[85] Il me semble que si on interprète le paragraphe 109(1) de la façon avancée par le défendeur et adoptée par la Section de la protection des réfugiés dans la décision qui nous occupe, un véritable réfugié pourrait perdre son statut de réfugié simplement parce qu’il n’a pas mentionné un fait qui « pourrait avoir » donné lieu à certaines questions, même si l’obtention de l’asile ne résulte pas de cette omission.

[86] Comme l’affirme le défendeur, les éléments de preuve ne font qu’indiquer que la Section de la protection des réfugiés aurait peut-être pu, lorsqu’elle a décidé d’octroyer le statut de réfugié, poser certaines questions afin de savoir si le Kenya pouvait être considéré comme pays de référence possible.

[87] À mon avis, il serait déraisonnable et inique que le ministre puisse simplement demander l’annulation du statut de réfugié en raison d’une omission innocente, et non déraisonnable, dont le ministre n’a pas prouvé l’importance quant à l’octroi du statut de réfugié et qui a seulement enlevé la possibilité de poser certaines questions dont le ministre n’a pas prouvé qu’elles auraient pu mener au refus du statut de réfugié.

IX. QUESTION À CERTIFIER

[88] Les demandeurs proposent la question à certifier suivante :

Does a finding under section 109(1) of the *IRPA* [that a grant of Convention Refugee protection be vacated] require that the direct or indirect misrepresenting/withholding of a material fact(s) have led to a different result at the initial refugee protection proceedings before the RPD?

[89] The respondent's position on this question is as follows:

The Respondent submits that a question related to the proper interpretation of section 109(1) would meet the test for certification as set out in the jurisprudence of the Federal Court of Appeal (*Lunyamila v. Canada (MPSEP)*, 2018 FCA 22).

However, the Respondent is of the position that an interpretation of section 109(1) which requires the RPD to find that a misrepresentation or withholding definitely led to the granting of refugee protection would be either an impossible or impractical task in most cases and could not have been the intention of Parliament. Requiring the RPD vacation panel to determine what questions might have been asked and what the answers would have been would be an exercise in speculation and conjecture and would require the vacation panel to engage in what would essentially be a second refugee hearing.

However, if this Court is of the view that a question on this issue should be certified, the Respondent proposes the following question:

“Is the RPD required to find, before vacating a decision allowing refugee protection under section 109(1), that any misrepresentation or withholding of material facts definitely led to a different conclusion by the original RPD panel, or is it sufficient for the RPD to find that a different conclusion might have been reached by the original panel?”

[90] In *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, the Federal Court of the Appeal set out the following criteria for the certification of a question:

- (a) It must be dispositive of the appeal;
- (b) It must transcend the interests of the immediate parties to the litigation, as well as contemplate issues of broad significance or general importance;

Pour conclure à [l'annulation de la décision d'accorder le statut de réfugié au sens de la Convention] en vertu du paragraphe 109(1) de la LIPR, est-il nécessaire que la présentation erronée ou la réticence directe ou indirecte sur un fait important ait modifié le résultat lors de la procédure initiale d'examen des demandes d'asile devant la SPR?

[89] La position du défendeur quant à cette question est la suivante :

[TRADUCTION] Le défendeur prétend qu'une question liée à la bonne interprétation du paragraphe 109(1) satisferait au critère de certification tel qu'il est énoncé dans la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale (*Lunyamila c Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22).

Cependant, selon le défendeur, il serait impossible ou irréaliste, dans la plupart des cas, d'interpréter le paragraphe 109(1) d'une manière qui obligerait la SPR à conclure que l'asile a certainement été conféré en raison d'une présentation erronée ou d'une réticence, et cela n'aurait pas pu être l'intention du législateur. Exiger que le tribunal de la SPR saisi de la demande d'annulation décide quelles questions auraient pu être posées ou quelles réponses auraient été données reposerait sur des conjectures et obligerait le tribunal saisi de la demande d'annulation à entreprendre ce qui reviendrait à une deuxième audition de la demande d'asile.

Toutefois, si notre Cour estime qu'il faudrait certifier une question à ce sujet, le défendeur propose la question suivante :

« La SPR est-elle tenue de conclure, avant d'annuler une décision d'accorder le statut de réfugié conformément au paragraphe 109(1), qu'une présentation erronée de faits importants ou réticence quant à ces faits a assurément modifié la conclusion du tribunal initial de la SPR, ou suffit-il que la SPR juge que le tribunal initial aurait pu parvenir à une conclusion différente? »

[90] Dans l'arrêt *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, la Cour d'appel fédérale a établi les critères suivants pour la certification d'une question :

- a) Elle doit être déterminante quant à l'issue de l'appel.
- b) Elle doit transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale.

- (c) It must have been raised and dealt with by the court below; and
- (d) It must arise from the case, not from the judge's reasons.

[91] In my view, these criteria are all satisfied in the present case.

[92] In essence, the parties have addressed the same issue and have asked the same question which I think is best formulated as follows:

Before vacating a decision granting refugee protection under s 109(1) of the *IRPA*, is the Respondent required to demonstrate, and is the RPD required to find, a misrepresentation or withholding of a material fact that would have led to a different conclusion by the original RPD panel, or is it sufficient for the RPD to find a misrepresentation or withholding of a material fact that could have led to a possible line of inquiry that may, or may not, have resulted in a denial of refugee protection by the original RPD panel?

JUDGMENT IN IMM-4154-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application is allowed. The Decision is quashed and the matter is returned for reconsideration by a differently constituted RPD.
2. The following question is certified:

Before vacating a decision granting refugee protection under s 109(1) of the *IRPA*, is the Respondent required to demonstrate, and is the RPD required to find, a misrepresentation or withholding of a material fact that would have led to a different conclusion by the original RPD panel, or is it sufficient for the RPD to find a misrepresentation or withholding of a material fact that could have led to a possible line of inquiry that may, or may not, have resulted in a denial of refugee protection by the original RPD panel?

- c) Elle doit avoir été soulevée et examinée dans la décision de la cour d'instance inférieure.
- d) Elle doit découler de l'affaire, et non des motifs du juge.

[91] À mon avis, tous ces critères sont satisfaits en l'espèce.

[92] En substance, les parties se sont penchées sur le même point et ont posé la même question qui, je pense, devrait plutôt être formulée ainsi :

Avant d'annuler une décision d'accorder le statut de réfugié en vertu du paragraphe 109(1) de la LIPR, faut-il que le défendeur démontre et que la SPR conclue qu'il existe une présentation erronée de faits importants ou une réticence quant à ces faits qui aurait modifié la conclusion du tribunal initial de la SPR, ou suffit-il que la SPR conclue qu'il y a eu une présentation erronée ou une réticence quant à un fait important qui aurait pu donner lieu à des questions susceptibles d'entraîner le rejet de la demande d'asile par le tribunal initial de la SPR?

JUGEMENT DANS LE DOSSIER IMM-4154-19

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande est accueillie. La décision est annulée et l'affaire est renvoyée pour réexamen par un tribunal de la Section de la protection des réfugiés constitué différemment.
2. La question suivante est certifiée :

Avant d'annuler une décision d'accorder le statut de réfugié en vertu du paragraphe 109(1) de la LIPR, faut-il que le défendeur démontre et que la Section de la protection des réfugiés conclue qu'il existe une présentation erronée de faits importants ou une réticence quant à ces faits qui aurait modifié la conclusion du tribunal initial de la Section de la protection des réfugiés, ou suffit-il que la Section de la protection des réfugiés conclue qu'il y a eu une présentation erronée ou une réticence quant à un fait important qui aurait pu donner lieu à des questions susceptibles d'entraîner le rejet de la demande d'asile par le tribunal initial de la Section de la protection des réfugiés?

T-1465-19
2020 FC 725

T-1465-19
2020 CF 725

Innovative Medicines Canada, AbbVie Corporation, Amgen Canada Inc., Astellas Pharma Canada, Inc., AstraZeneca Canada Inc., Bristol-Myers Squibb Canada Co., Eli Lilly Canada Inc., Hoffmann-La Roche Limited, Ipsen Biopharmaceuticals Canada, Inc., Leo Pharma Canada Inc., Lundbeck Canada Inc., Novartis Pharmaceuticals Canada Inc., Novo Nordisk Canada Inc., Otsuka Canada Pharmaceuticals Inc., Pfizer Canada ULC, Sanofi-Aventis Canada Inc., and Takeda Canada Inc. (*Applicants*)

Médicaments novateurs Canada, Corporation AbbVie, Amgen Canada Inc., Astellas Pharma Canada, Inc., AstraZeneca Canada Inc., Société Bristol-Myers Squibb Canada Co., Eli Lilly Canada Inc., Hoffmann-La Roche Limitée, Ipsen Biopharmaceuticals Canada, Inc., Leo Pharma Canada Inc., Lundbeck Canada Inc., Novartis Pharmaceuticals Canada Inc., Novo Nordisk Canada Inc., Otsuka Canada Pharmaceuticals Inc., Pfizer Canada ULC, Sanofi-Aventis Canada Inc., et Takeda Canada Inc. (*demandereses*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

Canadian Organization for Rare Disorders (*Intervener*)

Canadian Organization for Rare Disorders (*intervenante*)

INDEXED AS: INNOVATIVE MEDICINES CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : MÉDICAMENTS NOVATEURS CANADA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Manson J.—Vancouver and Toronto by videoconference, June 1 and 2; Ottawa, June 29, 2020.

Cour fédérale, juge Manson—Vancouver et Toronto par vidéoconférence, 1^{er} et 2 juin; Ottawa, 29 juin 2020.

Patents — Patented Medicines Regulations — Judicial review of Governor in Council’s decision to promulgate amendments to Regulations — Applicants seeking declaration that certain provisions of Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements) (Amendments) invalid, ultra vires Patent Act — Taking issue with Amendments, s. 4 (introducing new mandatory economic factors), s. 6 (changing list of price comparator countries in schedule to Regulations), s. 3(4) (requiring patentees to alter way that prices calculated) — Whether impugned Amendments ultra vires Patent Act — New mandatory factors, corresponding reporting requirements falling within Governor in Council’s regulation-making authority — Applicants misconstruing relevance of pharmacoeconomic value to determination of excessive pricing — Board having to consider this value alongside all other mandatory factors — New mandatory factors complementing pre-existing factors — Patentees of medicines not having unfettered pricing discretion — Preventing excessive patented medicines prices

Brevets — Règlement sur les médicaments brevetés — Contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil de promulguer des modifications apportées au Règlement — Les demandereses ont sollicité une déclaration selon laquelle certaines dispositions du Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements) (les modifications) sont invalides parce qu’elles outrepassent la Loi sur les brevets — Elles contestent les modifications, soit l’art. 4 (qui introduit de nouveaux facteurs économiques obligatoires), l’art. 6 (qui remplace la liste des pays qui figure à l’annexe du Règlement et qui est utilisée pour comparer les prix des médicaments brevetés), l’art. 3(4) (qui exige que les brevetés modifient la façon dont ils calculent les prix) — Il s’agissait de savoir si les modifications contestées outrepassent la Loi sur les brevets — Les nouveaux facteurs obligatoires et les exigences connexes en matière de rapports relèvent du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil — Les demandereses ont mal interprété la pertinence de la valeur

within Parliament's jurisdiction — Patented medicines regime authorising Board to monitor, challenge, patentee's ability to set prices — Governor in Council, Board different entities with separate roles, powers within patented medicines regime — Language of Patent Act, s. 101(1)(d) not limiting type of factors Governor in Council may specify — Regulation-making authority thereof not limited by existing Patent Act, s. 85(1) factors — Decision to amend basket of comparator countries reasonable — Consistent with purpose of Patent Act — List of countries not form of price control — Patented medicines regime empowering Board to make determinations of excessive pricing — However, new price calculation ultra vires Patent Act — Allowing Board to factor third party rebates into its calculation of average transaction prices to inform existing factors — Information provided by patentees to Board under Patent Act, s. 80(1)(b) having to be related to sale of medicines by patentees to customers — Amended language of Regulations, s. 4(4)(a) not limited to adjustments made by patentee or customer, but extending to any adjustments made by any party — New price calculation therefore not limited to sales transactions made by patentee at factory-gate — Interpreting term "sale" as to encompass relationship between patentees, third parties who do not purchase medicines from patentees would do violence to ordinary meaning of term — New price calculation inconsistent with Regulations, s. 4(1)(f)(i) — Rebates provided by patentees to third party insurers unrelated to "price" at which patented medicines "sold" — New price calculation irreconcilable with enabling statute — Governor in Council exceeding scope of her regulation-making authority within scheme of Patent Act in advancing this objective — Application allowed in part.

This was an application for judicial review of the Governor in Council's decision to promulgate amendments to the *Patented Medicines Regulations* (Regulations). The applicants sought a declaration that certain provisions of the *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)* (Amendments) are invalid because they are *ultra vires* the *Patent Act*.

pharmacoéconomique pour une détermination du caractère excessif des prix — Le Conseil doit tenir compte de la valeur ainsi que de tous les autres facteurs obligatoires — Les nouveaux facteurs obligatoires complètent les facteurs qui étaient déjà prévus — Les titulaires de brevets de médicaments n'ont aucun pouvoir discrétionnaire illimité en matière d'établissement des prix — La prévention de la vente de médicaments brevetés à des prix excessifs se rattache à la compétence fédérale — Le régime des médicaments brevetés autorise le Conseil à surveiller et à contester la capacité d'un breveté à fixer des prix — Le gouverneur en conseil et le Conseil sont des entités différentes ayant des rôles et des pouvoirs distincts aux termes du régime des médicaments brevetés — Le libellé de l'art. 101(1)d) de la Loi sur les brevets ne limite pas le type de facteurs que le gouverneur en conseil peut définir par règlement — Le pouvoir de réglementation à cet égard n'est pas limité par les facteurs déjà prévus à l'art. 85(1) — La décision de modifier l'ensemble des pays de comparaison était raisonnable — Elle était compatible avec l'objet de la Loi sur les brevets — La liste de pays ne constitue pas une forme de contrôle des prix — Le régime des médicaments brevetés permet au Conseil de prendre des décisions concernant des prix excessifs — Toutefois, le nouveau calcul des prix a outrepassé la Loi sur les brevets — Il permettait au Conseil de tenir compte des remises offertes à des tiers dans son calcul du prix moyen des transactions pour informer les facteurs existants — Les renseignements que les brevetés fournissent au Conseil suivant l'art. 80(1)b) de la Loi sur les brevets doivent porter sur la vente de médicaments par les brevetés à des clients — La formulation modifiée de l'art. 4(4)a) du Règlement ne se limite pas aux ajustements apportés par le breveté ou le client, mais s'étend à tous les ajustements apportés par une partie — Le nouveau calcul des prix ne se limite donc pas aux ventes conclues par le breveté au prix du fabricant — Une interprétation du terme « vente » qui englobe la relation entre les brevetés et les tiers qui n'achètent pas des médicaments des brevetés irait à l'encontre du sens ordinaire du terme — Le nouveau calcul des prix est incompatible avec l'art. 4(1)f)(i) du Règlement — Les remises et les rabais accordés par les brevetés à des tiers assureurs ne sont pas liés au « prix » auquel les médicaments brevetés sont « vendu[s] » — Le nouveau calcul des prix est incompatible avec la loi habilitante — Le gouverneur en conseil a dépassé la portée de son pouvoir de réglementation sous le régime de la Loi sur les brevets pour tenter de faire avancer cet objectif — Demande accueillie en partie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil de promulguer des modifications apportées au *Règlement sur les médicaments brevetés* (le *Règlement*). Les demanderessees ont sollicité une déclaration selon laquelle certaines dispositions du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la*

The applicants, a national association of research-based pharmaceutical companies, and several Canadian innovative pharmaceutical companies, challenged the use of the Patented Medicine Prices Review Board (Board) as a mechanism to reduce patented medicines prices in Canada, taking issue with three aspects of the Amendments. The impugned Amendments at issue were: (1) section 4 of the Amendments, which introduces new section 4.4 of the Regulations, requiring the Board to consider three new mandatory economic factors under paragraph 85(1)(e) of the *Patent Act*, as well as new sections 4.1, 4.2, and 4.3 of the Regulations, requiring patentees to report related information (the new mandatory factors); (2) section 6 and the schedule to the Amendments, which replace the price comparator countries listed in the schedule to the Regulations; and (3) subsection 3(4) of the Amendments, which amends paragraphs 4(4)(a) and (b) of the Regulations, requiring patentees to alter the way that price is calculated (the new price calculation). The Amendments updated the Board's regulatory framework to include new price regulatory factors and patentee information reporting requirements in order to protect Canadian consumers from excessive prices. The new mandatory factors (i.e. the pharmacoeconomic value of the medicine; the size of the market for the medicine in Canada; and the Gross Domestic Product (GDP) in Canada and GDP per capita in Canada) and the corresponding reporting requirements are intended to enable the Board to assess the economic impact of a patented medicine's price on both insurers and individual consumers. The schedule of countries was updated to better align with the Board's consumer protection mandate and the federal government's commitment to improve affordability of prescription drugs in Canada. The applicants made arguments directed at both the scope of the Governor in Council's mandate, and the purpose of the *Patent Act*. They argued, *inter alia*, that the impugned Amendments as a whole are unrelated to the purpose of the *Patent Act*; that the new mandatory factors are both inconsistent with the purpose of the *Patent Act*, and were promulgated by the Governor in Council exceeding the scope of her mandate under sections 85 and 101 of the *Patent Act*; that the purpose of selecting the new price comparator countries was to import price controls into the *Patent Act*; and that the Governor in Council exceeded the scope of her regulation-making authority by enacting the new price calculation. The applicants, in applying the *ejusdem generis* rule, submitted that "in paragraph 85(1)(e), Parliament provides the Governor in Council with a limited jurisdiction to add new mandatory factors." Regarding the new price calculation, the applicants submitted, *inter alia*, that the Court in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (Pfizer)* held that the Board's jurisdiction is limited to the "sale" of the medicine by the patentee, and that the scheme of the excessive pricing factors in section 85 distinguishes between the price of a medicine and its

fourniture de renseignements) (les modifications) sont invalides parce qu'elles outrepassent la *Loi sur les brevets*.

Les demandresses, une association nationale de sociétés de recherche pharmaceutique et plusieurs sociétés pharmaceutiques innovatrices du Canada, ont contesté le recours au Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) comme mécanisme de réduction des prix des médicaments brevetés au Canada, contestant trois aspects des modifications. Les modifications contestées en cause étaient les suivantes : 1) l'article 4 des modifications, qui introduit le nouvel article 4.4 du Règlement et qui exige que le Conseil examine trois nouveaux facteurs économiques obligatoires en vertu de l'alinéa 85(1)e) de la *Loi sur les brevets*, ainsi que les nouveaux articles 4.1, 4.2 et 4.3 du Règlement, qui exigent que les brevetés déclarent des renseignements connexes (les nouveaux facteurs obligatoires); 2) l'article 6 et l'annexe des modifications, qui remplacent la liste des pays qui figure à l'annexe du Règlement et qui est utilisée pour comparer les prix des médicaments brevetés; et 3) le paragraphe 3(4) des modifications, qui modifie les alinéas 4(4)a) et b) du Règlement, et qui exige que les brevetés modifient la façon dont ils calculent le prix de leurs médicaments brevetés (le nouveau calcul des prix). Les modifications ont mis à jour le cadre réglementaire du Conseil afin d'inclure de nouveaux facteurs de réglementation du prix et des dispositions sur la production de rapports faisant état de renseignements sur les titulaires de brevets pour protéger les consommateurs canadiens contre les prix excessifs. Les nouveaux facteurs obligatoires (la valeur pharmacoeconomique du médicament; la taille du marché de ce médicament au Canada; le produit intérieur brut (PIB) du Canada et le PIB par habitant au Canada) et les dispositions connexes sur la production de rapports visent à permettre au Conseil d'évaluer l'incidence économique du prix d'un médicament breveté sur les assureurs et les consommateurs individuels. L'annexe des pays a été mise à jour afin de mieux l'harmoniser avec le mandat du Conseil relatif à la protection des consommateurs, ainsi qu'avec l'engagement du gouvernement fédéral consistant à améliorer l'abordabilité des médicaments sur ordonnance au Canada. Les demandresses ont présenté des arguments visant à la fois la portée du mandat du gouverneur en conseil et l'objet de la *Loi sur les brevets*. Elles ont fait valoir notamment que, dans leur ensemble, les modifications contestées ne sont pas liées à l'objet de la *Loi sur les brevets*; que les nouveaux facteurs obligatoires sont incompatibles avec l'objet de la *Loi sur les brevets* et ont été promulgués par le gouverneur en conseil, qui outrepassé ainsi la portée de son mandat en vertu des articles 85 et 101 de la *Loi sur les brevets*; que le choix de la nouvelle liste des pays visait à introduire des mesures de contrôle des prix dans la *Loi sur les brevets*; et que le gouverneur en conseil a outrepassé la portée de son pouvoir de réglementation en adoptant le nouveau calcul des prix. Les demandresses, en appliquant la règle *ejusdem generis*, ont fait valoir qu'« à l'alinéa 85(1)e), le législateur accorde au gouverneur en conseil une compétence limitée pour ajouter de

manufacturing and marketing costs. The applicants argued that listing payments are a cost of market access, and should not be considered part of the “price” at which a medicine was sold under subsection 85(1) and paragraph 80(1)(b).

At issue was whether the impugned Amendments were *ultra vires* the *Patent Act*.

Held, the application should be allowed in part.

The new mandatory factors and corresponding reporting requirements fall within the Governor in Council’s regulation-making authority pursuant to paragraph 101(1)(d) of the *Patent Act*. The applicants misconstrued the relevance of pharmacoeconomic value to a determination of excessive pricing. Assessing pharmacoeconomic value is an objective exercise using a standardized measure of benefit. Such an exercise could justify higher prices for patented medicines that offer pharmacoeconomic value. The Board must consider this value alongside all the other mandatory factors—none of the factors are looked at in isolation. Otherwise, any decision of the Board could be reviewed based on unreasonableness for failing to consider all mandatory factors. The three new mandatory factors complement the four pre-existing factors in subsection 85(1) of the *Patent Act*. The weight given to any given factor by the Board will depend on the facts of each case. Patentees of medicines do not have unfettered pricing discretion. They must comply with Parliament’s excessive pricing scheme as contained in the Patented medicines regime and implemented by the Board. The prevention of excessive patented medicines prices comes within Parliament’s jurisdiction over patents under subsection 91(22) of the *Constitution Act, 1867*. The patented medicines regime, validly enacted pursuant to Parliament’s constitutional jurisdiction over patents, expressly authorises the Board to monitor, and when necessary challenge, a patentee’s ability to set prices based on what the Board determines to be excessive, and expressly authorises the Governor in Council to make regulations that the Board must consider in making its determination. The text and structure of the *Patent Act* does not support a finding that the Governor in Council exceeded the scope of her regulation-making authority by promulgating the new mandatory factors. At issue was the scope of the Governor in Council’s regulation-making authority, as found in section 101 of the *Patent Act*. The decision under review was that of the Governor in Council, not the Board. These

nouveaux facteurs obligatoires ». En ce qui concerne le nouveau calcul des prix, les demandereses ont fait valoir notamment que, dans l’affaire *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (Pfizer)*, la Cour a conclu que la compétence du Conseil se limite à la « vente » de médicaments par les brevetés, et que le régime des facteurs relatifs aux prix excessifs prévu à l’article 85 établit une distinction entre le prix des médicaments et leurs coûts de fabrication et de commercialisation. Les demandereses ont soutenu que les paiements d’inscription constituent un coût d’accès au marché et ne devraient pas être considérés comme faisant partie du « prix » auquel un médicament a été vendu, visé au paragraphe 85(1) et à l’alinéa 80(1)(b).

Il s’agissait de savoir si les modifications contestées outrepassent le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*.

Jugement : la demande doit être accueillie en partie.

Les nouveaux facteurs obligatoires et les exigences connexes en matière de rapports relèvent du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil conféré par l’alinéa 101(1)(d) de la *Loi sur les brevets*. Les demandereses ont mal interprété la pertinence de la valeur pharmacoéconomique pour une détermination du caractère excessif des prix. L’évaluation de la valeur pharmacoéconomique est un exercice objectif qui utilise une mesure normalisée des effets bénéfiques. Cet exercice pourrait justifier des prix plus élevés pour les médicaments brevetés qui offrent une valeur pharmacoéconomique. Le Conseil doit tenir compte de la valeur pharmacoéconomique, ainsi que de tous les autres facteurs obligatoires; aucun des facteurs n’est pris en compte de façon isolée. Autrement, toutes les décisions du Conseil seraient susceptibles de contrôle au motif qu’elles sont déraisonnables pour omission de tenir compte de tous les facteurs obligatoires. Les trois nouveaux facteurs obligatoires complètent les quatre facteurs que prévoyait déjà le paragraphe 85(1) de la *Loi sur les brevets*. Le poids accordé à un facteur donné par le Conseil dépendra des faits propres à chaque affaire. Les titulaires de brevets de médicaments n’ont aucun pouvoir discrétionnaire illimité en matière d’établissement des prix. Ils doivent se conformer au régime des prix excessifs du législateur, tel qu’il est prévu dans le régime des médicaments brevetés et mis en œuvre par le Conseil. La prévention de la vente de médicaments brevetés à des prix excessifs se rattache à la compétence fédérale en matière de brevets en vertu du paragraphe 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le régime des médicaments brevetés, validement adopté en vertu de la compétence fédérale en matière de brevets, conférée par la Constitution, autorise expressément le Conseil à surveiller et, au besoin, à contester la capacité d’un breveté à fixer des prix en fonction de ce que le Conseil estime excessif, et autorise expressément le gouverneur en conseil à prendre des règlements dont le Conseil doit tenir compte pour prendre sa décision. Le libellé et la structure de la *Loi sur les brevets* ne permettent pas

are different entities with separate roles and powers within the patented medicines regime. On its face, the language of paragraph 101(1)(d) does not limit the type of factors the Governor in Council may specify by way of regulation, so long as such factors are “for the purposes of subsection 85(1) or (2)”. Paragraph 85(1)(e) is not the power-conferring provision at issue. The applicants misconstrued the statutory scheme in an attempt to use the *ejusdem generis* rule to limit the addition of new factors to those related to the original factors set out by Parliament at the time of drafting. The Governor in Council’s regulation-making authority to specify factors for the purposes of subsection 85(1) is found in paragraph 101(1)(d) of the *Patent Act*, and is not limited by the existing subsection 85(1) factors. The term “for the purposes of subsection 85(1) or (2)” as used in paragraph 101(1)(d) means for the purpose of specifying additional mandatory and optional factors for the Board to consider in determining whether a patented medicine has been sold at an excessive price.

The Governor in Council’s decision to amend the basket of comparator countries was reasonable. The purpose for selecting the new list of countries was consistent with the purpose of the *Patent Act*. The list of countries does not, in and of itself, constitute a form of price control. The schedule merely requires patentees to file pricing information from the 11 countries listed, if available. The Board staff use this pricing information to identify prices that appear to be excessive based on its guidelines, and the Board can only order price reductions if, following a hearing, it determines that the price of a patented medicine is excessive based on all of the subsection 85(1) factors. The patented medicines regime empowers the Board to make determinations of excessive pricing, having considered particular factors.

The new price calculation was *ultra vires* the Patent Act. The purpose of the new price calculation was to require patentees to report price information net of discounts and rebates offered to parties further down the supply chain, such as insurers, allowing the Board to factor third party rebates into its calculation of average transaction prices to inform existing factors. While *Pfizer* focused on the Board’s stakeholder communiqué, much of the Court’s analysis therein of the statutory scheme remained relevant to the interpretation of the regulation-making authority at issue in the present case. Any regulations made by the Governor in Council specifying

de conclure que le gouverneur en conseil a dépassé la portée de son pouvoir de réglementation en promulguant les nouveaux facteurs obligatoires. La question en litige portait sur la portée du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil, comme prévu à l’article 101 de la *Loi sur les brevets*. La décision faisant l’objet du présent contrôle est celle du gouverneur en conseil, et non pas celle du Conseil. Il s’agit d’entités différentes ayant des rôles et des pouvoirs distincts aux termes du régime des médicaments brevetés. À première vue, le libellé de l’alinéa 101(1)d) ne limite pas le type de facteurs que le gouverneur en conseil peut définir par règlement, à condition qu’il s’agisse de facteurs « d’application des paragraphes 85(1) ou (2) ». L’alinéa 85(1)e) n’est pas la disposition habilitante en cause. Les demanderesse ont mal interprété le régime législatif en tentant d’utiliser la règle *ejusdem generis* pour limiter l’ajout de nouveaux facteurs aux facteurs initiaux établis par le législateur à l’époque de la rédaction de la *Loi sur les brevets*. Le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil de définir les facteurs d’application du paragraphe 85(1) est conféré par l’alinéa 101(1)d) de la *Loi sur les brevets*, et n’est pas limité par les facteurs prévus au paragraphe 85(1). L’énoncé « d’application des paragraphes 85(1) ou (2) » figurant à l’alinéa 101(1)d) signifie qu’il faut définir d’autres facteurs obligatoires et facultatifs dont le Conseil doit tenir compte lorsqu’il détermine si un médicament breveté a été vendu à un prix excessif.

La décision du gouverneur en conseil de modifier l’ensemble des pays de comparaison était raisonnable. L’objet de la sélection de la nouvelle liste de pays était compatible avec l’objet de la *Loi sur les brevets*. La liste de pays ne constitue pas en soi une forme de contrôle des prix. L’annexe exige simplement que les brevetés présentent des renseignements sur les prix dans les 11 pays énumérés, si ceux-ci sont disponibles. Le personnel du Conseil utilise ces renseignements sur les prix pour déterminer les prix qui semblent excessifs selon ses lignes directrices, et le Conseil ne peut ordonner des réductions de prix que si, après la tenue d’audiences, il détermine que le prix d’un médicament breveté est excessif, compte tenu de tous les facteurs prévus au paragraphe 85(1). Le régime des médicaments brevetés permet au Conseil de prendre des décisions concernant des prix excessifs, compte tenu de facteurs particuliers.

Le nouveau calcul des prix a outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*. Le nouveau calcul des prix visait à obliger les brevetés à déclarer des renseignements sur les prix, sans les remises et les rabais offerts aux parties qui figurent en aval de la chaîne d’approvisionnement, comme les assureurs, afin de permettre au Conseil de tenir compte des remises offertes à des tiers dans son calcul du prix moyen des transactions pour informer les facteurs existants. Bien que la décision *Pfizer* ait porté principalement sur le communiqué du Conseil à l’intention des intervenants, une grande partie de l’analyse du régime législatif réalisée par la

information or documents that patentees must provide to the Board under paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act* must relate to sale of medicines by patentees to customers. The expansive language of paragraph 4(4)(a) of the Regulations, as amended by subsection 3(4) of the Amendments, is not limited to adjustments made by the patentee or the customer, but extends to any adjustments made by any party. The new price calculation is therefore not limited to sales transactions made by the patentee at the factory-gate. The Supreme Court decisions in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)* and the Federal Court of Appeal decision in *Canada (Attorney General) v. Sandoz Canada Inc.* do not instruct the Court to adopt a broad interpretation of the price at which a medicine is sold. In both *Celgene* and *Sandoz*, the Courts recognized that the Board's jurisdiction is over sales made by patentees to customers. Because the new price calculation directly links to paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*, the Governor in Council's regulation-making authority is limited to specifying information respecting the price at which the patentee sells the medicine. To interpret the term "sale" (or "sold") in such a way as to encompass the relationship between patentees and third parties who do not purchase or take title of medicines from patentees would "do violence to the ordinary meaning of the term". Furthermore, the new price calculation is inconsistent with subparagraph 4(1)(f)(i) of the Regulations. Requiring patentees to take into account financial transactions with third parties who are not customers exceeds the scope of the Governor in Council's statutory mandate by untethering the price calculation from the sale of the patented medicine. The Governor in Council's decision did not meet the threshold of acceptability and defensibility characteristic of a reasonable decision in light of the relevant constraints. Rebates and discounts provided by patentees to third party insurers are unrelated to the "price" at which patented medicines are "sold" within the meaning of paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*. Applying a broad, purposive approach to subsection 3(4) of the Amendments and sections 80 and 101 of the *Patent Act*, the new price calculation was irreconcilable with the enabling statute. While the new price calculation is ostensibly intended to protect consumers from excessive pricing of patented medicines, the Governor in Council cannot exceed the scope of her regulation-making authority within the scheme of the *Patent Act* in attempting to advance this objective.

In conclusion, the impugned Amendments in sections 4 and 6, and the schedule to the Amendments were found to be *intra vires* the *Patent Act*. The impugned Amendment in subsection 3(4) of the Amendments was found to be *ultra vires* the *Patent Act*.

Cour demeure pertinente à l'interprétation du pouvoir de réglementation en cause en l'espèce. Tout règlement pris par le gouverneur en conseil et qui définit les renseignements ou les documents que les brevetés sont tenus de fournir au Conseil suivant l'alinéa 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets* doit porter sur la vente de médicaments par les brevetés à des clients. La formulation large de l'alinéa 4(4)a) du Règlement, tel que modifié par le paragraphe 3(4) des modifications, ne se limite pas aux ajustements apportés par le breveté ou le client, mais s'étend à tous les ajustements apportés par une partie. Le nouveau calcul des prix ne se limite donc pas aux ventes conclues par le breveté au prix du fabricant. Les arrêts de la Cour suprême dans *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)* et de la Cour d'appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. Sandoz Canada Inc.* n'obligent pas la Cour à adopter une interprétation large du prix auquel un médicament est vendu. Dans les arrêts *Celgene* et *Sandoz*, les tribunaux ont reconnu que la compétence du Conseil est liée aux ventes conclues par les brevetés avec des clients. Étant donné que le nouveau calcul des prix a un lien direct avec l'alinéa 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets*, le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil se limite à définir les renseignements sur le prix auquel le breveté vend le médicament. Une interprétation du terme « vente » (ou « vendue ») qui englobe la relation entre les brevetés et les tiers qui n'achètent pas ou n'acquièrent pas le titre des médicaments des brevetés « irait [...] clairement à l'encontre du sens ordinaire du terme ». De plus, le nouveau calcul des prix est incompatible avec le sous-alinéa 4(1)(f)(i) du Règlement. Exiger que les brevetés tiennent compte des transactions financières avec des tiers qui ne sont pas des clients dépasse la portée du mandat conféré par la loi au gouverneur en conseil en dissociant le calcul du prix de la vente du médicament breveté. La décision du gouverneur en conseil n'appartenait pas aux issues possibles acceptables se justifiant au regard des contraintes pertinentes et, par conséquent, si elle est raisonnable. Les remises et les rabais accordés par les brevetés à des tiers assureurs ne sont pas liés au « prix » auquel les médicaments brevetés sont « vendu[s] » au sens de l'alinéa 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets*. En appliquant une interprétation large et téléologique au paragraphe 3(4) des modifications et aux articles 80 et 101 de la *Loi sur les brevets*, le nouveau calcul des prix est incompatible avec la loi habilitante. Bien que le nouveau calcul des prix vise apparemment à protéger les consommateurs contre les médicaments brevetés à prix excessifs, le gouverneur en conseil ne peut dépasser la portée de son pouvoir de réglementation sous le régime de la *Loi sur les brevets* pour tenter de faire avancer cet objectif.

En conclusion, les modifications contestées prévues aux articles 4 et 6, ainsi que l'annexe des modifications, ont été jugées conformes à la *Loi sur les brevets*. La modification contestée prévue au paragraphe 3(4) des modifications a été jugée outrepasser le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(22).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 317.
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.01.043(1).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
 Order in Council P.C. 2019-1197.
 Order in Council P.C. 2020-413.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 42, 65, 66, 79–103, 80, 83, 85, 101.
Patented Medicines Regulations, SOR/94-688, ss. 4.1, 4.2, 4.3, 4.4.
Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements), SOR/2019-298, ss. 3(4), 4, 6, Sch.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299, Arts. 27, 28.
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, Art. 1709.

CASES CITED

APPLIED:

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General), 2009 FC 719, 76 C.P.R. (4th) 135; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

CONSIDERED:

Free World Trust v. Électro Santé Inc., 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45; *Genentech Canada Inc. (Re)* (1992), 44 C.P.R. (3d) 316, 1992 CarswellNat 1661 (WL Can.) (P.M.P.R.B.); *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Décret C.P. 2019-1197.
 Décret C.P. 2020-413.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(22).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 42, 65, 66, 79 à 103, 80, 83, 85, 101.
Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements), DORS/2019-298, art. 3(4), 4, 6, ann.
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.01.043(1).
Règlement sur les médicaments brevetés, DORS/94-688, art. 4.1, 4.2, 4.3, 4.4.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 317.

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, art. 1709.
Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299, arts. 27, 28.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général), 2009 CF 719; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Free World Trust c. Électro Santé Inc., 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Harvard College c. Canada (Commissaire au brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45; *Genentech Canada Inc. (Re)* (1992), 44 C.P.R. (3d) 316, 1992 CarswellNat 1661 (WL Can.) (C.E.P.M.B.); *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S.

Canadian Union of Public Employees v. Canada (Attorney General), 2018 FC 518; *Airport Taxicab (Pearson Airport) Association v. Toronto (City)* (2009), 61 M.P.L.R. (4th) 8, 2009 CanLII 25973 (Ont. S.C.); *Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577; *Canada (Attorney General) v. Sandoz Canada Inc.*, 2015 FCA 249, 390 D.L.R. (4th) 691; *Johnston v. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1932] S.C.R. 219, [1932] 2 D.L.R. 462; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, (1990), 74 D.L.R. (4th) 197; *Newfoundland (Minister of Forest Resources and Agrifoods) v. A.L. Stuckless and Sons Ltd.*, 2005 NLCA 11, 244 Nfld. & P.E.I.R. 298; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342; *H.W. Liebig Co. v. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 70, (1986), 25 D.L.R. (4th) 161.

REFERRED TO:

Sanofi Pasteur Limited v. Canada (Attorney General), 2011 FC 859, 94 C.P.R. (4th) 405; *Portnov v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FC 1248; *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 365; *Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625; *Canada (Attorney General) v. Galderma Canada Inc.*, 2019 FCA 196; *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485, 1991 CanLII 8289 (Man. Q.B.), affd (1992), 96 D.L.R. (4th) 606, 1992 CanLII 8541 (Man. C.A.); *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Patented Medicine Prices Review Board* (1996), 66 C.P.R. (3d) 45, 1996 CanLII 11903 (F.C.T.D.), affd [1997] 1 F.C. 32, 1996 CanLII 4089 (C.A.); *Synchrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 776, 91 C.E.L.R. (3d) 46, affd 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1155, 357 F.T.R. 35; *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165; *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 734, [2019] 4 F.C.R. 418; *Leo Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 306, 57 C.P.R. (4th) 174.

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-22*, 33rd Parl., 2nd Sess., Issue No. 1 (December 11 and 16, 1986).

3; *Syndicat canadien de la fonction publique c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 518; *Airport Taxicab (Pearson Airport) Association v. Toronto (City)* (2009), 61 M.P.L.R. (4th) 8, 2009 CanLII 25973 (C.S. Ont.); *Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106; *Canada (Procureur général) c. Sandoz Canada Inc.*, 2015 CAF 249; *Johnston v. Canadian Credit Men's Trust Association*, [1932] R.C.S. 219; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Newfoundland (Minister of Forest Resources and Agrifoods) v. A.L. Stuckless and Sons Ltd.*, 2005 NLCA 11, 244 Nfld. & P.E.I.R. 298; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342; *H.W. Liebig Co. c. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 70.

DÉCISIONS CITÉES :

Sanofi Pasteur Limited c. Canada (Procureur général), 2011 CF 859; *Portnov c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CF 1248; *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 365; *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625; *Canada (Procureur général) c. Galderma Canada Inc.*, 2019 CAF 196; *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485, 1991 CanLII 8289 (B.R. Man.), conf. par (1992), 96 D.L.R. (4th) 606, 1992 CanLII 8541 (C.A. Man.); *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés*, 1996 CanLII 11903 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par [1997] 1 C.F. 32 1996 CanLII 4089 (C.A.); *Synchrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 776, conf. par 2016 CAF 160; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1155; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 734, [2019] 4 R.C.F. 418; *Leo Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 306.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-22*, 33^e lég., 2^e sess., fascicule n° 1 (11 et 16 décembre 1986).

Canada. Parliament. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-22*, 33rd Parl., 2nd Sess., Issue No. 16 (February 18 and 19, 1987).

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 33rd Parl., 2nd Sess., Vol. 1 (November 20, 1986).

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 33rd Parl., 2nd Sess., Vol. 1 (October 7 and November 20, 1986).

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 34th Parl., 3rd Sess., Vol. 10 (September 17, 1992).

Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 42nd Parl., 1st Sess., Vol. 148, No. 433 (June 13, 2019).

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Subject-matter of Bill C-22*, 33rd Parl., 2nd Sess., Issue No. 19 (July 7, 1987).

Oxford English Dictionary, “price”, “sale”.

Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2017.I.4497.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2019-298, *C. Gaz.* 2019.II.5946.

APPLICATION for judicial review by the applicants who sought a declaration that certain provisions of the *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)* are invalid because they are *ultra vires* the *Patent Act*. Application allowed in part.

APPEARANCES

Orestes Pasparakis and *Kristin Wall* for applicants.

Joseph Cheng and *James Schneider* for respondent.

John Norman for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, for intervener.

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-22*, 33^e lég., 2^e sess., fascicule n^o 16 (18 et 19 février 1987).

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 33^e lég., 2^e sess., vol. 1 (le 7 octobre et 20 novembre 1986).

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 33^e lég., 2^e sess., vol. 1 (le 20 novembre 1986).

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 34^e lég., 3^e sess., vol. 10 (le 17 septembre 1992).

Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 42^e lég., 1^{re} sess., vol. 148, n^o 433 (le 13 juin 2019).

Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du Comité spécial du Sénat sur la Teneur du Projet de loi C-22*, 33^e lég., 2^e sess., fascicule n^o 19 (le 7 juillet 1987).

Oxford English Dictionary, [TRANSCRIPTION] « prix », [TRANSCRIPTION] « vente ».

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2017.I.4497.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2019-298, *Gaz. C.* 2019.II.5946.

DEMANDE de contrôle judiciaire des demandereses, qui ont sollicité une déclaration selon laquelle certaines dispositions du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)* sont invalides parce qu'elles outrepassent la *Loi sur les brevets*. Demande accueillie en partie.

ONT COMPARU :

Orestes Pasparakis et *Kristin Wall* pour les demandereses.

Joseph Cheng et *James Schneider* pour le défendeur.

John Norman pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Toronto, pour les demandereses.

La sous-procureure-générale du Canada pour le défendeur.

Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, pour l'intervenante.

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

MANSON J.:

I. Introduction

[1] This is an application for judicial review of recent amendments to the *Patented Medicines Regulations*, SOR/94-688 (the Regulations), under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. The applicants seek a declaration that certain provisions of the *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)*, SOR/2019-298 (the Amendments) are invalid because they are *ultra vires* the *Patent Act*.

[2] The applicants essentially challenge the federal government's use of the Patented Medicine Prices Review Board (the Board) as a mechanism to reduce patented medicines prices in Canada. The applicants take issue with three aspects of the Amendments. First, the Amendments specify additional factors that the Board must consider when determining whether the price of a patented medicine is excessive. Second, the Amendments change the "basket" of comparator countries for the purpose of reference pricing. Third, the Amendments require patentees to take into account discounts and rebates provided to third parties when reporting medicine prices to the Board (collectively, the Impugned Amendments).

[3] The Amendments were scheduled to come into force on July 1, 2020. At the outset of the hearing, the respondent informed the Court that by Order in Council P.C. 2020-413, dated May 30, 2020, the coming into force of the Amendments has been deferred until January 1, 2021.

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

LE JUGE MANSON :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée à l'encontre des récentes modifications apportées au *Règlement sur les médicaments brevetés*, DORS/94-688 (le Règlement), en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. Les demanderesse sollicitent une déclaration selon laquelle certaines dispositions du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)*, DORS/2019-298 (les modifications) sont invalides parce qu'elles outrepassent le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*.

[2] Les demanderesse contestent essentiellement le recours par le gouvernement fédéral au Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) comme mécanisme de réduction des prix des médicaments brevetés au Canada. Les demanderesse contestent trois aspects des modifications. Premièrement, les modifications définissent des facteurs additionnels dont le Conseil doit tenir compte lorsqu'il détermine si le prix d'un médicament breveté est excessif. Deuxièmement, les modifications entraînent des changements en ce qui concerne l'« ensemble » des pays de comparaison servant à établir les prix de référence. Troisièmement, les modifications exigent que les brevetés tiennent compte des remises et des rabais accordés à des tiers lorsqu'ils font rapport des prix des médicaments au Conseil (collectivement, les modifications contestées).

[3] Les modifications devaient entrer en vigueur le 1^{er} juillet 2020. Au début de l'audience, le défendeur a informé la Cour que l'entrée en vigueur des modifications était reportée au 1^{er} janvier 2021 par le décret C.P. 2020-413, daté du 30 mai 2020.

II. Background

A. *The Parties*

[4] The applicants are Innovative Medicines Canada (IMC), a national association of research-based pharmaceutical companies, and several Canadian innovative pharmaceutical companies. Each pharmaceutical company applicant is a member of IMC and a patentee subject to the requirements of the Regulations, and will be directly affected by the Impugned Amendments.

[5] The intervener, the Canadian Organization for Rare Disorders (CORD), is a national network of patient organizations representing Canadians with rare disorders. By definition, rare disorders affect 1 in 2 000 people, and ultra-rare disorders affect fewer than 20 people per million. Patients with rare diseases rely on innovative medicines for treatment.

[6] CORD was granted leave to intervene to speak to the unique perspective of patients with rare disorders. CORD takes similar positions to the applicants, albeit from a different perspective.

B. *History of the Patented Medicine Prices Review Board*

[7] Created by Parliament in 1987, the Board is a quasi-judicial body that regulates the prices that patentees can charge for patented medicines during the statutory monopoly period. The Board's mandate includes a type of consumer protection: ensuring that patentees do not abuse their patent rights by charging "excessive" prices for patented medicines. The Board's mandate is not to set prices for patented medicines, but to ensure patentees do not sell patented medicines at excessive prices (*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 719, 76 C.P.R. (4th) 135 (*Pfizer*), at paragraph 11; *Sanofi Pasteur Limited v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 859, 94 C.P.R. (4th) 405 (*Sanofi*), at paragraph 17).

[8] The Board was created to balance expanded patent rights extended to patentees of medicines pursuant

II. Contexte

A. *Les parties*

[4] Les demanderesse sont Médicaments novateurs Canada (MNC), une association nationale de sociétés de recherche pharmaceutique et de sociétés pharmaceutiques innovatrices du Canada. Chaque société pharmaceutique demanderesse est membre de MNC et une brevetée assujettie aux exigences du Règlement qui sera directement touchée par les modifications contestées.

[5] L'intervenante, la Canadian Organization for Rare Disorders (CORD), est un réseau national d'associations de patients qui représentent les Canadiens atteints de maladies rares. Par définition, les maladies rares touchent une personne sur 2 000, et les maladies ultras rares touchent moins de 20 personnes sur un million. Les patients atteints de maladies rares dépendent de médicaments novateurs pour leur traitement.

[6] La CORD a été autorisée à intervenir pour parler de la perspective unique des patients atteints de maladies rares. La CORD adopte des positions similaires à celles des demanderesse, mais d'un point de vue différent.

B. *Historique du Conseil*

[7] Établi par le Parlement en 1987, le Conseil est un organisme quasi judiciaire qui réglemente les prix fixés par les brevetés à l'égard des médicaments brevetés au cours de la période de monopole de droit. Le mandat du Conseil comprend un type de protection du consommateur : s'assurer que les brevetés n'abusent pas de leurs droits de brevet en fixant des prix « excessifs » pour les médicaments brevetés. Le rôle du Conseil n'est pas de fixer les prix des médicaments brevetés, mais de veiller à ce que les brevetés ne vendent pas les médicaments brevetés à des prix excessifs (*Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 719 (*Pfizer*), au paragraphe 11; *Sanofi Pasteur Limited c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 859 (*Sanofi*), au paragraphe 17).

[8] Le Conseil a été établi pour concilier les droits de brevet étendus accordés aux titulaires de brevets visant

to the 1987 amendments to the *Patent Act* with the need to prevent excessive pricing of those medicines by patentees. The 1987 amendments significantly curtailed the compulsory licensing regime, opened up patent protection to pharmaceutical products, and extended the patent term to 20 years from the date of filing of a patent application. Parliament sought to ensure that patented medicines prices would not become excessive because of these changes.

[9] During the legislative process leading up to the 1987 amendments, the Honourable Harvie Andre, then Minister of Consumer and Corporate Affairs, stated that the purpose of the Board is to “ensure that prices of drugs not yet discovered...will be reasonable” and that the proposed amendments included “enormous checks and balances” to meet this objective (*House of Commons Debates*, 33rd Parl., 2nd Sess., Vol. 1 (October 7 and November 20, 1986), at page 152 and page 1373 (Hon. Harvie Andre)).

[10] In 1993, Parliament further amended the Patented Medicines Regime, abolishing the compulsory licensing regime altogether in order to better align Canada’s patent system with international treaty obligations. Amongst other changes, the 1993 *Patent Act* amendments enhanced the Board’s powers to address excessive pricing of patented medicines sold in Canada. The Board was given the power to address introductory prices of patented medicines, and expanded powers to make new types of orders including orders to offset past excess revenues, and orders imposing fines or imprisonment on patentees.

[11] The 1993 amendments defined the Minister of Health and Welfare (now the Minister of Health) as the Minister responsible for sections 79 to 103 of the *Patent Act* (the Patented Medicines Regime). Prior to 1993, this regime fell under the purview of the Minister of Consumer and Corporate Affairs.

des médicaments en vertu des modifications apportées à la *Loi sur les brevets* en 1987 et la nécessité d’empêcher les titulaires de brevets de fixer des prix excessifs pour ces médicaments. Les modifications de 1987 ont considérablement restreint le régime d’octroi de licences obligatoires, ont ouvert la protection par brevet aux produits pharmaceutiques et ont prolongé la durée du brevet à 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande de brevet. Le Parlement a cherché à s’assurer que les prix des médicaments brevetés ne deviennent pas excessifs en raison de ces changements.

[9] Au cours du processus législatif qui a mené aux modifications de 1987, l’honorable Harvie Andre, alors ministre de la Consommation et des Corporations, a déclaré que la mission du Conseil est de « [s’]assurer que les prix des médicaments non encore découverts [...] seront raisonnables » et que les modifications proposées comprenaient un « énorme mécanisme de poids et de contrepoids » pour atteindre cet objectif (*Débats de la Chambre des communes*, 33^e lég., 2^e sess., vol. 1 (les 7 octobre et 20 novembre 1986), aux pages 152 et 1373 (l’honorable Harvie Andre)).

[10] En 1993, le Parlement a modifié davantage le régime des médicaments brevetés en abolissant le régime d’octroi de licences obligatoires afin de mieux harmoniser le régime des brevets du Canada avec les obligations découlant des traités internationaux. Les modifications apportées à la *Loi sur les brevets* en 1993 ont notamment renforcé les pouvoirs du Conseil de s’attaquer aux prix excessifs des médicaments brevetés vendus au Canada. Le Conseil s’est vu conférer le pouvoir de fixer les prix de lancement des médicaments brevetés, ainsi que des pouvoirs étendus pour rendre de nouveaux types d’ordonnances, y compris des ordonnances visant à rembourser les recettes excédentaires antérieures, et des ordonnances imposant des amendes ou des peines d’emprisonnement aux brevetés.

[11] Les modifications de 1993 ont désigné le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (maintenant le ministre de la Santé) comme le ministre responsable de l’application des articles 79 à 103 de la *Loi sur les brevets* (le régime des médicaments brevetés). Avant 1993, ce régime relevait du ministre de la Consommation et des Corporations.

[12] Further, these amendments updated the factors that the Board considers when determining whether a medicine has been sold at an excessive price in Canada, and provided the Governor in Council with an express regulation-making authority to specify additional factors for the Board to consider. Prior to the regulations at issue in this application, the Governor in Council had never exercised this authority.

[13] In the legislative debates surrounding the 1993 amendments, the Government again highlighted the Board's role in protecting Canadian consumers from excessive patented medicines prices. The Honourable Pierre Blais, then Minister of Consumer and Corporate Affairs, stated that the amendments to the Patented Medicines Regime were a "guarantee that Canadians can continue to buy patented drugs at a price that is and will remain reasonable" (*House of Commons Debates*, 34th Parl., 3rd Sess., Vol. 10 (September 17, 1992), at page 13258 (Hon. Pierre Blais)).

C. Operation of the Governing Statutory Scheme

[14] As noted above, the Patented Medicines Regime is set out in sections 79 to 103 of the *Patent Act*.

[15] Section 83 of the *Patent Act* empowers the Board to issue certain orders to patentees who are selling or have sold medicines in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, is excessive. Upon such a finding, the Board may, amongst other things, order the patentee to reduce the price to a non-excessive level, and order the patentee to pay a specified amount to Her Majesty in right of Canada.

[16] Section 83 also provides patentees with a right to a hearing prior to the Board making any order.

[17] In practice, price reductions and repayment of excess revenues by patentees occur pursuant to a Voluntary Compliance Undertaking (VCU), or a Board order made following a public hearing and Board determination that the medicine has been sold at an excessive price.

[12] De plus, ces modifications ont mis à jour les facteurs dont le Conseil tient compte lorsqu'il détermine si un médicament a été vendu à un prix excessif au Canada, et ont conféré au gouverneur en conseil un pouvoir de réglementation explicite pour définir d'autres facteurs dont le Conseil doit tenir compte. Avant l'entrée en vigueur du règlement contesté dans la présente demande, le gouverneur en conseil n'avait jamais exercé ce pouvoir.

[13] Dans les débats législatifs entourant les modifications de 1993, le gouvernement a de nouveau souligné le rôle du Conseil dans la protection des consommateurs canadiens contre les prix excessifs des médicaments brevetés. L'honorable Pierre Blais, alors ministre de la Consommation et des Corporations, a déclaré que les modifications apportées au régime des médicaments brevetés visaient à « garanti[r] que les Canadiens et les Canadiennes continueront à se procurer des médicaments brevetés à un prix qui soit et qui demeure raisonnable » (*Débats de la Chambre des communes*, 34^e lég., 3^e sess., vol. 10 (le 17 septembre 1992), à la page 13258 (l'honorable Pierre Blais)).

C. Application du régime législatif

[14] Comme je l'ai déjà mentionné, le régime des médicaments brevetés est énoncé aux articles 79 à 103 de la *Loi sur les brevets*.

[15] L'article 83 de la *Loi sur les brevets* habilite le Conseil à rendre certaines ordonnances visant les brevetés qui vendent ou ont vendu sur un marché canadien des médicaments à un prix qu'il juge être excessif. En conséquence, le Conseil peut notamment ordonner au breveté de réduire le prix à un niveau non excessif et de verser un montant déterminé à Sa Majesté du chef du Canada.

[16] L'article 83 accorde également aux brevetés le droit d'être entendu avant que le Conseil ne rende une ordonnance.

[17] En pratique, les réductions de prix et le remboursement des recettes excédentaires par les brevetés résultent d'un engagement de conformité volontaire (ECV), ou d'une ordonnance rendue par le Conseil à la suite d'une audience publique et d'une décision du Conseil

[18] A VCU is a written undertaking by a patentee to adjust its price to conform to the Board's guidelines. Following a finding that the price of a patented medicine appears to have been sold at an excessive price, the Board, pursuant to its guidelines, offers patentees the opportunity to submit a VCU.

[19] Section 85 of the *Patent Act* prescribes factors for the Board to consider when determining whether the price of a patented medicine is excessive under section 83. Subsection 85(1) defines mandatory factors that the Board *must* consider, and subsection 85(2) sets out additional factors the Board *may* consider where it is unable to determine whether a patented medicine has been sold at an excessive price based only on the mandatory factors.

[20] The mandatory factors defined in subsection 85(1) require the Board to consider the price of the medicine at issue as compared to the prices of other medicines in the same therapeutic class, and the prices of the same and similar medicines in other countries. This comparison is referred to as "reference pricing". The schedule to the Regulations sets out a list of comparator countries to be used as international reference pricing benchmarks. From 1988 to 2019, the comparator countries were France, Germany, Italy, Sweden, Switzerland, the United Kingdom, and the United States (the PMPRB7).

[21] Subsection 85(1) also requires that the Board consider changes in the Consumer Price Index and "such other factors as may be specified in any regulations made for the purposes of this subsection." Prior to 2019, no regulations had been enacted for the purposes of applying subsection 85(1).

[22] Section 80 of the *Patent Act* governs information that patentees must provide to the Board to enable it to conduct excessive price reviews. Patentees with inventions pertaining to medicines must provide the Board

selon laquelle le médicament a été vendu à un prix excessif.

[18] L'ECV est un engagement écrit par lequel le breveté s'engage à ajuster son prix afin de respecter les lignes directrices du Conseil. À la suite d'une conclusion selon laquelle le prix d'un médicament breveté semble avoir été vendu à un prix excessif, le Conseil offre aux brevetés la possibilité de présenter un ECV, conformément à ses lignes directrices.

[19] L'article 85 de la *Loi sur les brevets* énonce les facteurs dont le Conseil doit tenir compte lorsqu'il détermine si le prix d'un médicament breveté est excessif conformément à l'article 83. Le paragraphe 85(1) définit les facteurs obligatoires dont le Conseil doit tenir compte, et le paragraphe 85(2) définit les facteurs additionnels dont le Conseil doit tenir compte lorsqu'il n'est pas en mesure de déterminer, en fonction seulement des facteurs obligatoires, si un médicament breveté a été vendu à un prix excessif.

[20] Les facteurs obligatoires définis au paragraphe 85(1) exigent que le Conseil tienne compte du prix du médicament en cause par rapport au prix d'autres médicaments de la même catégorie thérapeutique et au prix du même médicament et de médicaments similaires à l'étranger. Cette comparaison est appelée « prix de référence ». L'annexe du Règlement dresse une liste de pays de comparaison à utiliser comme points de référence sur le plan international en matière de prix de référence. De 1988 à 2019, les pays de comparaison étaient la France, l'Allemagne, l'Italie, la Suède, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis (CEPMB7).

[21] Le paragraphe 85(1) exige également que le Conseil tienne compte des modifications apportées à l'Indice des prix à la consommation et d'« autres facteurs précisés par les règlements d'application du présent paragraphe ». Avant 2019, aucun règlement d'application du paragraphe 85(1) n'avait été pris.

[22] L'article 80 de la *Loi sur les brevets* régit les renseignements que les brevetés doivent fournir au Conseil pour lui permettre de procéder à l'examen des prix excessifs. Les brevetés dont les inventions liées à des

with information and documents as prescribed by regulation with respect to:

Pricing information, etc., required by regulations

80 (1) ...

- (a) the identity of medicine;
- (b) the price at which the medicine is being ... sold ... in Canada and elsewhere;
- (c) the costs of making and marketing the medicine ...;
- (d) the factors referred to in section 85; and
- (e) any other related matters.

[23] Subsection 101(1) provides the Governor in Council with broad regulation-making authority. Relevant to this proceeding, the Governor in Council may make regulations “specifying the information and documents that shall be provided to the Board under subsection 80(1) or (2)” (paragraph 101(1)(a)) and “specifying factors for the purposes of subsection 85(1) or (2)” (paragraph 101(1)(d)).

[24] Subsection 101(2) states that no regulations may be made under paragraphs 101(1)(d), (f), (h), and (i) except on the recommendation of the Minister of Health, made after the Minister has consulted with the provincial health ministers, and consumer groups and pharmaceutical industry representatives that the Minister deems appropriate.

[25] It bears emphasizing that the Board, the Minister of Health, and the Governor in Council are separate entities, each with different mandates, powers, and responsibilities under the Patented Medicines Regime.

D. Events Leading to the Amendments

[26] The parties frame the consultation and amendment process differently. The applicants assert that following a January 2016 meeting between the federal, provincial, and territorial Ministers of Health to discuss

médicaments doivent fournir au Conseil des renseignements et des documents réglementaires sur les points suivants :

Renseignements réglementaires à fournir sur les prix

80 (1) [...]

- a) l’identification du médicament en cause;
- b) le prix de vente — antérieur ou actuel — du médicament sur les marchés canadien et étranger;
- c) les coûts de réalisation et de mise en marché du médicament [...];
- d) les facteurs énumérés à l’article 85;
- e) tout autre point afférent précisé par règlement.

[23] Le paragraphe 101(1) confère au gouverneur en conseil un vaste pouvoir de réglementation. Dans le cadre de la présente instance, le gouverneur en conseil peut adopter un règlement « précis[ant] les renseignements et les documents à fournir au Conseil en application des paragraphes 80(1) ou (2) » (alinéa 101(1)a)) et « défini[ssant] les facteurs d’application des paragraphes 85(1) ou (2) » (alinéa 101(1)d)).

[24] Le paragraphe 101(2) prévoit que les règlements visés aux alinéas 101(1)d), f), h) et i) sont pris sur recommandation du ministre de la Santé faite après consultation par celui-ci des ministres provinciaux de la Santé et des représentants des groupes de consommateurs et de l’industrie pharmaceutique qu’il juge utile de consulter.

[25] Il convient de souligner que le Conseil, le ministre de la Santé et le gouverneur en conseil sont des entités distinctes, dont chacune a un mandat, des pouvoirs et des responsabilités différents en vertu du régime des médicaments brevetés.

D. Événements ayant mené aux modifications

[26] Les parties décrivent le processus de consultation et de modification différemment. Les demanderesse affirment que, après la tenue d’une réunion en janvier 2016 entre les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux de

health care funding, the federal government formed a plan to use the Board to lower prices of patented medicines.

[27] In particular, in a May 2017 letter to the Ontario Minister of Health and Long-Term Care, the federal Minister of Health referenced the governments' commitment to improve the affordability, accessibility, and appropriate use of prescription drugs. She noted that within federal jurisdiction, this includes lowering high drug prices through modernization of the regulatory framework that guides the work of the Board.

[28] The respondent notes that in light of relatively high patented drug prices and record low pharmaceutical research and development in Canada, the Board itself had identified the need for modernization as early as 2014. The Minister of Health's recognition of this need at the outset of the consultation process signified the government taking up the Board's call for modernization.

[29] The Regulatory Impact Analysis Statement (the RIAS) that accompanied the Amendments describes how the pharmaceutical industry has changed significantly since the Board was created, making it more difficult for the Board to fulfill its statutory mandate of identifying and preventing excessive patented medicine prices (*Canada Gazette*, Part II, Vol. 153, No. 17, at pages 5946–5996).

[30] Specifically, the RIAS notes that patentees are increasingly focusing on high-cost patented medicines with few, if any, direct comparators. These types of medicines pose the potential for an increased risk of excessive prices. Further, the PMPRB7 comparator countries were selected on the understanding that price and patent protection were key determinants of the location of worldwide pharmaceutical research and development. The RIAS states that this understanding has not been borne out in reality, and is no longer considered an appropriate basis for selecting comparator countries.

la Santé pour discuter du financement des soins de santé, le gouvernement fédéral a élaboré un plan en vue d'utiliser le Conseil pour réduire les prix des médicaments brevetés.

[27] Plus précisément, dans une lettre de mai 2017 adressée au ministre de la Santé et des Soins de longue durée de l'Ontario, la ministre fédérale de la Santé a mentionné l'engagement du gouvernement à améliorer l'abordabilité, l'accessibilité et l'utilisation adéquate des médicaments sur ordonnance. Elle a fait remarquer que la réduction des prix élevés des médicaments par la modernisation du cadre réglementaire qui oriente les travaux du Conseil relève de la compétence fédérale.

[28] Le défendeur fait remarquer que, compte tenu des prix relativement élevés des médicaments brevetés et de la recherche et du développement pharmaceutiques au Canada, qui n'ont jamais connu de résultats aussi faibles, le Conseil avait lui-même déterminé en 2014 qu'une modernisation était nécessaire. La reconnaissance par la ministre de la Santé de cette nécessité au début du processus de consultation signifiait que le gouvernement avait accepté l'appel de modernisation du Conseil.

[29] Le résumé de l'étude d'impact de la réglementation (le REIR) qui accompagnait les modifications décrit comment l'industrie pharmaceutique a sensiblement changé depuis la création du Conseil, ce qui rend plus difficile pour le Conseil de remplir le mandat que lui confère la loi de déterminer et de prévenir l'établissement de prix excessifs pour les médicaments brevetés (*Gazette du Canada*, partie II, vol. 153, n° 17, aux pages 5946 à 5996).

[30] Plus précisément, il est indiqué dans le REIR que les brevetés se concentrent de plus en plus sur les médicaments brevetés à coût élevé n'ayant peu, voire aucun comparateur direct. Ces types de médicaments présentent un risque accru d'établissement de prix excessifs. De plus, les pays de comparaison du CEPMB7 ont été choisis en tenant compte du fait que les prix et la protection des brevets constituaient des facteurs déterminants clés de l'objectif de l'investissement en recherche et développement pharmaceutique à l'échelle mondiale. Le REIR indique que cette compréhension n'a pas été

Finally, over time the discrepancy between the net prices reported by patentees to the Board and the actual prices and revenues realized by drug companies has increased. The RIAS states that this increase is attributable to the practice of manufacturers negotiating confidential rebates and discounts with third parties in exchange for having their products listed on public and private formularies.

[31] The Board identified each of these trends prior to the Minister of Health commencing the pre-amendment consultation process. The Board conducted consultation on updating its guidelines to combat these trends, completing the first phase of consultation in October 2016. As explained in the RIAS, simply changing the Board's guidelines could not address underlying limitations in the Regulations, and the Board opted not to adopt the proposed guideline changes.

[32] Pursuant to subsection 101(2) of the *Patent Act*, the Minister of Health started a pre-consultation process in May 2017, consulting with her provincial and territorial counterparts and engaging numerous other stakeholders, including innovative and generic pharmaceutical companies, insurers, academics, and patient organizations.

[33] Consultation and refinement of the proposed amendments took place between May 2017 and August 2019. In December 2017, proposed amendments and an accompanying RIAS were published in the *Canada Gazette*, Part I [C. Gaz. 2017.I.4497], followed by a 75-day consultation period. Roundtable consultation meetings between pharmaceutical industry representatives and Health Canada were held in April 2018, October 2018, and May 2019.

III. Decision Under Review

[34] The decision under review is the Governor in Council's decision to promulgate the Impugned Amendments.

confirmée en pratique et qu'elle n'est plus considérée comme un critère approprié pour choisir les pays de comparaison. Enfin, au fil du temps, l'écart entre les prix après déduction déclarés par les brevetés au Conseil, et les prix réels et les recettes réalisées par les sociétés pharmaceutiques a augmenté. Le REIR indique que cette augmentation est attribuable à la pratique pour les fabricants de négocier des remises et des rabais confidentiels avec des tiers en échange de l'inscription de leurs produits aux formulaires publics et privés.

[31] Le Conseil a cerné chacune de ces tendances avant que la ministre de la Santé n'entame le processus de consultation préalable aux modifications. Le Conseil a mené des consultations sur la mise à jour de ses lignes directrices visant à combattre ces tendances, et a terminé la première phase de consultation en octobre 2016. Comme il est expliqué dans le REIR, le simple fait de modifier les lignes directrices du Conseil n'a pas permis d'éliminer les restrictions sous-jacentes du Règlement, et le Conseil a choisi de ne pas apporter les modifications proposées aux lignes directrices.

[32] Conformément au paragraphe 101(2) de la *Loi sur les brevets*, la ministre de la Santé a entamé un processus de consultation préalable en mai 2017, en consultant ses homologues provinciaux et territoriaux, et en mobilisant de nombreux autres intervenants, y compris des sociétés pharmaceutiques innovatrices et les sociétés pharmaceutiques fabriquant des produits génériques, des assureurs, des universitaires et des associations de patients.

[33] La consultation et le raffinement des modifications proposées ont eu lieu de mai 2017 à août 2019. En décembre 2017, les modifications proposées et un REIR connexe ont été publiés dans la partie I de la *Gazette du Canada* [Gaz. C. 2017.I.4497]; cette publication a été suivie d'une période de consultation de 75 jours. Des tables rondes de consultation entre les représentants de l'industrie pharmaceutique et Santé Canada ont eu lieu en avril 2018, en octobre 2018 et en mai 2019.

III. Décision faisant l'objet du présent contrôle

[34] Le présent contrôle porte sur la décision du gouverneur en conseil de promulguer les modifications contestées.

[35] On the recommendation of the Minister of Health, the Governor in Council made the Amendments by Order in Council P.C. 2019-1197, dated August 7, 2019, published in the *Canada Gazette*, Part II, on August 21, 2019. By Order in Council P.C. 2020-413 dated May 30, 2020, the Amendments will come into force on January 1, 2021.

[36] The Impugned Amendments at issue are:

- i. Section 4 of the Amendments, which introduces new section 4.4 of the Regulations, requiring the Board to consider three new mandatory economic factors under paragraph 85(1)(e) of the *Patent Act*, as well as new sections 4.1, 4.2, and 4.3 of the Regulations, requiring patentees to report related information (the new mandatory factors);
- ii. Section 6 and the schedule to the Amendments, which replace the price comparator countries listed in the schedule to the Regulations; and
- iii. Subsection 3(4) of the Amendments, which amends paragraphs 4(4)(a) and (b) of the Regulations, requiring patentees to alter the way that price is calculated (the new price calculation).

[37] The full text of the Impugned Amendments is included in the Appendix.

[38] The applicants made a rule 317 [of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106] request for the record of the Governor in Council's decision. They were provided with the Order in Council, but other material before the Governor in Council concerning the Amendments was withheld as a confidence of the Queen's Privy Council for Canada. That said, the RIAS sets out the rationale for the decision.

[39] The RIAS identifies the issues that led to the Amendments: (1) the Board's regulatory framework

[35] Sur la recommandation de la ministre de la Santé, le gouverneur en conseil a apporté les modifications par le décret C.P. 2019-1197, daté du 7 août 2019 et publié le 21 août 2019 dans la partie II de la *Gazette du Canada*. En vertu du décret C.P. 2020-413, daté du 30 mai 2020, les modifications entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2021.

[36] Les modifications contestées en l'espèce sont les suivantes :

- i. l'article 4 des modifications, qui introduit le nouvel article 4.4 du Règlement et qui exige que le Conseil examine trois nouveaux facteurs économiques obligatoires en vertu de l'alinéa 85(1)e) de la *Loi sur les brevets*, ainsi que les nouveaux articles 4.1, 4.2 et 4.3 du Règlement, qui exige que les brevetés déclarent des renseignements connexes (les nouveaux facteurs obligatoires);
- ii. l'article 6 et l'annexe des modifications, qui remplacent la liste des pays qui figure à l'annexe du Règlement et qui est utilisée pour comparer les prix des médicaments brevetés;
- iii. le paragraphe 3(4) des modifications, qui modifie les alinéas 4(4)a) et b) du Règlement, et qui exige que les brevetés modifient la façon dont ils calculent le prix de leurs médicaments brevetés (le nouveau calcul des prix).

[37] Le libellé complet des modifications contestées est reproduit à l'annexe.

[38] Les demanderesse ont présenté une demande en vertu de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106] pour obtenir le dossier de la décision du gouverneur en conseil. Elles ont reçu le décret, alors que les autres documents dont disposait le gouverneur en conseil concernant les modifications n'ont pas été transmis, car il s'agissait de renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Cela étant dit, le REIR fournit la justification de la décision.

[39] Le REIR identifie les éléments qui ont mené aux modifications : 1) le cadre réglementaire du Conseil

had not been substantively updated since its inception in 1987; (2) since that time, market changes had eroded the Board's ability to fulfill its mandate, as it was relying on outdated regulatory tools and information that pricing authorities in other countries had long-since updated; (3) because of this outdated regulatory framework, Canada's patented medicines prices were among the highest in the world; and (4) the Board was in need of modernization.

[40] Accordingly, the Amendments update the Board's regulatory framework to include new price regulatory factors and patentee information reporting requirements in order to protect Canadian consumers from excessive prices.

[41] Section 4 of the Amendments adds three new mandatory factors that the Board must consider in determining whether the price of a patented medicine is "excessive" for the purposes of subsection 85(1) of the *Patent Act*:

- i. The pharmacoeconomic value of the medicine;
- ii. The size of the market for the medicine in Canada;
- iii. The Gross Domestic Product (GDP) in Canada and GDP per capita in Canada.

[42] Pharmacoeconomic value is a measure of how much a medicine costs for the health benefit it provides. The pharmacoeconomic value for a given medicine can be compared to other medicines or treatments, such as surgery, by using a standard measure of benefit. This factor was selected to allow the Board to take into account the concept of opportunity cost in determining whether a patented medicine price is excessive (RIAS, above, at pages 5954–5955).

[43] The RIAS expressly states that the policy intent behind adding pharmacoeconomic value as a mandatory factor is to require the Board to adopt the perspective of the public health care system (RIAS, at page 5955):

n'avait pas été mis à jour de façon substantielle depuis son adoption en 1987; 2) depuis, les changements du marché avaient érodé la capacité du Conseil à remplir son mandat, car celui-ci s'appuyait sur des outils de réglementation et des renseignements désuets que les organismes d'établissement des prix d'autres pays avaient mis à jour depuis longtemps; 3) en raison de ce cadre réglementaire désuet, les prix des médicaments brevetés au Canada étaient parmi les plus élevés au monde; et 4) le Conseil avait besoin d'être modernisé.

[40] Par conséquent, les modifications mettent à jour le cadre réglementaire du Conseil afin d'inclure de nouveaux facteurs de réglementation du prix et des dispositions sur la production de rapports faisant état de renseignements sur les titulaires de brevets pour protéger les consommateurs canadiens contre les prix excessifs.

[41] L'article 4 des modifications ajoute trois nouveaux facteurs obligatoires dont le Conseil doit tenir compte lorsqu'il détermine si le prix d'un médicament breveté est « excessif » en application du paragraphe 85(1) de la *Loi sur les brevets* :

- i. la valeur pharmacoéconomique du médicament;
- ii. la taille du marché de ce médicament au Canada;
- iii. le produit intérieur brut (PIB) du Canada et le PIB par habitant au Canada.

[42] La valeur pharmacoéconomique est la mesure du coût d'un médicament par rapport à son effet bénéfique sur la santé. La valeur pharmacoéconomique d'un médicament donné peut être comparée à d'autres médicaments ou technologies de la santé, comme une chirurgie, en recourant à une mesure normalisée du bienfait. Ce facteur a été choisi pour permettre au Conseil de tenir compte du principe du coût d'option au moment de déterminer si le prix d'un médicament breveté est excessif (REIR, aux pages 5954 et 5955).

[43] Le REIR indique expressément que l'ajout de la valeur pharmacoéconomique en tant que facteur obligatoire repose sur l'intention stratégique d'exiger que le Conseil adopte le point de vue du système de soins de santé public (REIR, à la page 5955) :

Given that the private market for pharmaceuticals in Canada is an offshoot of the public system and cannot function without it, the policy intent is for the PMPRB to adopt the perspective of the public health care system and favour a supply-side cost-effectiveness threshold in estimating opportunity cost.

[44] The RIAS further states that in Canada, consumer protection from excessively priced patented medicines includes the protection of both individual and institutional purchasers.

[45] Patentees will be required to provide the Board with cost-utility analyses prepared by a publicly funded Canadian organization such as the Canadian Agency for Drugs and Technologies in Health (CADTH) or the Institut national d'excellence en santé et services sociaux (INESSS). CADTH and INESSS specialize in clinical and economic evaluation of medicines and their cost-utility analyses help inform coverage and reimbursement decisions made by public drug plans. Both organizations communicate their reports to patentees. This reporting requirement only applies to medicines whose annual cost exceeds 50 percent of Canada's GDP per capita, and patentees are not required to prepare a cost-utility analysis if one does not already exist (RIAS, at pages 5959–5960).

[46] Market size was added to ensure that the Board considers the economic impact of paying for the medicine for everyone who needs it, and to allow the Board to reassess prices of patented medicines as market size changes over time (RIAS, at page 5956).

[47] Patentees must provide the Board with the estimated maximum use of the patented medicine in Canada as measured by the quantity of the medicine that is estimated to be sold in final dosage form (RIAS, at page 5961).

[48] GDP is considered an indicator of overall societal wealth, and GDP per capita can be viewed as an indicator of individual wealth within that society. GDP and

Étant donné que le marché privé des produits pharmaceutiques au Canada est une ramification du système public et qu'il ne peut fonctionner sans ce dernier, selon l'intention stratégique, le CEPMB peut adopter le point de vue du système de soins de santé public et favoriser un seuil du rapport coût-efficacité de l'offre en estimant le coût d'option.

[44] Le REIR précise également qu'au Canada, la protection des consommateurs contre les prix excessifs de médicaments brevetés comprend nécessairement la protection des acheteurs individuels et institutionnels.

[45] Les brevetés seront tenus de fournir au Conseil les analyses coût-utilité préparées par une organisation publique canadienne, comme l'Agence canadienne des médicaments et des technologies de la santé (ACMTS) ou l'Institut national d'excellence en santé et en services sociaux (INESSS). L'ACMTS et l'INESSS sont spécialisés dans l'évaluation clinique et économique des médicaments, et leurs analyses coût-utilité contribuent à informer les décisions en matière de couverture et de remboursement des régimes d'assurance-médicaments. Les deux organismes communiquent leurs rapports aux brevetés. Cette exigence en matière de rapports ne s'applique qu'aux médicaments dont le coût annuel dépasse 50 p. 100 du PIB par habitant du Canada, et les brevetés ne sont pas tenus de préparer une analyse coût-utilité si elle n'existe pas (REIR, aux pages 5959 et 5960).

[46] La taille du marché a été ajoutée pour s'assurer que le Conseil tienne compte des répercussions de payer les médicaments pour toutes les personnes qui en ont besoin, ainsi que pour permettre au Conseil d'évaluer de nouveau les prix des médicaments brevetés au fil du temps, à mesure que la taille de leur marché change (REIR, à la page 5956).

[47] Les brevetés doivent fournir au Conseil l'utilisation maximale estimative du médicament breveté au Canada, en fonction de la quantité approximative du médicament à être vendue dans sa forme posologique définitive (REIR, à la page 5961).

[48] Le PIB est considéré comme un indicateur de la richesse globale de la société, tandis que le PIB par habitant est considéré comme un indicateur de la richesse

GDP per capita were added as mandatory factors under subsection 85(1) to serve as a rough proxy for what the entire Canadian population and individual consumers, respectively, can afford to pay for new patented medicines that come to market (RIAS, at page 5956).

[49] Overall, the new mandatory factors and the corresponding reporting requirements are intended to enable the Board to assess the economic impact of a patented medicine's price on both insurers and individual consumers. With this information in hand, the Board will be empowered to develop screening criteria and market size tests for medicines that are likely to pose affordability challenges to the health care system as a whole (RIAS, at page 5957).

[50] Section 6 of the Amendments updates the schedule of countries for which patentees must report publicly available ex-factory prices to the Board. Switzerland and the United States were removed from the previous list, and Australia, Belgium, Japan, the Netherlands, Norway, and Spain were added. France, Germany, Italy, Sweden, and the United Kingdom remain on the list. The new list of countries is referred to as the PMPRB11.

[51] The schedule of countries was updated to better align with the Board's consumer protection mandate and the federal government's commitment to improve affordability of prescription drugs in Canada. Three criteria were used to select the new basket of countries: policy measures constraining free market pricing, similar economic standing to Canada, and similar market characteristics to Canada, such as population, consumption, and access to medicines containing new active ingredients (RIAS, at page 5957).

des personnes au sein de la société. Le PIB et le PIB par habitant ont été ajoutés à titre de facteurs obligatoires en vertu du paragraphe 85(1) pour servir d'indicateur approximatif de ce que l'ensemble de la population canadienne et les consommateurs individuels, respectivement, peuvent se permettre de payer pour les nouveaux médicaments brevetés qui entrent sur le marché (REIR, à la page 5956).

[49] Dans l'ensemble, les nouveaux facteurs obligatoires et les dispositions connexes sur la production de rapports visent à permettre au Conseil d'évaluer l'incidence économique du prix d'un médicament breveté sur les assureurs et les consommateurs individuels. Grâce à ces renseignements, le Conseil sera en mesure d'élaborer des critères de sélection et des tests de la taille du marché des médicaments qui sont susceptibles de présenter des défis relatifs à l'abordabilité pour le système de soins de santé canadien dans son ensemble (REIR, à la page 5957).

[50] L'article 6 des modifications met à jour l'annexe des pays dont les prix départ usine accessibles au public doivent être déclarés au Conseil par les brevetés. La Suisse et les États-Unis ont été retirés de la liste précédente, et l'Australie, la Belgique, le Japon, les Pays-Bas, la Norvège et l'Espagne ont été ajoutés. La France, l'Allemagne, l'Italie, la Suède et le Royaume-Uni demeurent sur la liste. La nouvelle liste des pays est appelée « CEPMB11 ».

[51] L'annexe des pays a été mise à jour afin de mieux l'harmoniser avec le mandat du Conseil relatif à la protection des consommateurs, ainsi qu'avec l'engagement du gouvernement fédéral consistant à améliorer l'abordabilité des médicaments sur ordonnance au Canada. Trois critères ont été utilisés pour sélectionner le nouvel ensemble de pays : des mesures stratégiques qui limitent l'établissement libre des prix marchands; une situation économique comparable à celle du Canada; et des caractéristiques semblables sur le marché à celles du Canada, comme la population, la consommation et l'accès aux médicaments contenant de nouvelles substances actives (REIR, à la page 5957).

[52] Subsection 3(4) of the Amendments changes how patentees report prices and revenues to the Board. Patentees will be required to report the actual price obtained for the medicine, taking into account any adjustments made by the patentee or any party that directly or indirectly purchases the medicine or reimburses for the purchase of the medicine. The actual price obtained must also take into account any reduction given to any party in the form of free goods, free services, gifts or any other similar benefit.

[53] The current reporting requirements only require patentees to report information on price adjustments for the first point of sale, referred to as the “ex-factory” or “factory-gate” price. Patentees are not required to report rebates and discounts they may provide to third party insurers, such as public drug plans, that reimburse consumers for the cost of a medicine. According to the RIAS and the respondent, the new reporting requirement to deduct adjustments such as indirect rebates will allow the Board to better understand the actual prices patentees charge for medicines.

[54] The Amendments also reduce reporting requirements for patented veterinary, non-prescription, and “generic” drugs. The applicants do not challenge this aspect of the Amendments.

IV. Evidence

[55] The applicants submitted affidavits from four expert witnesses and three fact witnesses. The respondent submitted affidavits from two fact witnesses. None of the witnesses were cross-examined, so all of the evidence is uncontroverted.

[56] The respondent’s fact evidence predominantly details the legislative history of the Patented Medicines Regime and the consultation process that took place in the lead up to promulgation of the Amendments. The applicants’ fact evidence describes some of the same

[52] Le paragraphe 3(4) des modifications modifie la façon dont les brevetés déclarent leurs prix et leurs recettes au Conseil. Les brevetés seront tenus de déclarer le prix réel obtenu pour le médicament, compte tenu des ajustements apportés par le breveté ou toute partie qui, directement ou indirectement, achète le médicament ou en rembourse l’achat. Le prix réel obtenu doit également tenir compte de toute réduction accordée à toute partie sous forme de biens ou services gratuits, de cadeaux ou d’autres avantages semblables.

[53] Selon les exigences en matière de rapports existantes, il suffit que les brevetés fournissent des renseignements concernant les ajustements de prix pour le premier point de vente, appelé le prix « départ usine » ou « du fabricant ». Les brevetés ne sont pas tenus de déclarer les rabais et les remises qu’ils consentent peut-être à de tiers assureurs, comme les régimes d’assurance-médicaments publics qui remboursent aux consommateurs le coût d’un médicament. Selon le REIR et le défendeur, la nouvelle exigence en matière de rapports pour déduire les ajustements comme les remises indirectes permettra au Conseil de mieux comprendre les prix réels que les brevetés facturent pour leurs médicaments.

[54] Les modifications réduisent également les exigences en matière de rapports applicables aux médicaments brevetés à usage vétérinaire, les médicaments en vente libre brevetés et les médicaments génériques brevetés. Les demandereses ne contestent pas cet aspect des modifications.

IV. Preuve

[55] Les demandereses ont déposé des affidavits provenant de quatre témoins experts et de trois témoins de fait. Le défendeur a soumis des affidavits provenant de deux témoins de fait. Aucun des témoins n’a été contre-interrogé, de sorte qu’aucun élément de preuve n’est contesté.

[56] La preuve de faits du défendeur décrit principalement l’historique législatif du régime des médicaments brevetés et le processus de consultation qui a eu lieu au cours de la période précédant la promulgation des modifications. La preuve de faits des demandereses décrit

history, but also details how medicines are sold and reimbursed in Canada, and how the Amendments will affect pharmaceutical patentees.

[57] The applicants filed affidavits from the following expert witnesses:

- Wayne Critchley, Executive Director of the Board from 1990–2005. Mr. Critchley gave evidence on the origins of the Board and its regulatory mandate and operation;
- Dr. Pierre-Gerlier Forest, Director of the School of Public Policy at the University of Calgary. Dr. Forest gave evidence on the Canadian health care system, the genesis of the Amendments, and the impact of the Impugned Amendments on the role of the Board;
- Dr. Jean Lachaine, professor of Pharmacy at the University of Montreal. Dr. Lachaine gave evidence describing pharmacoeconomics, and how it is already used in the Canadian health care system;
- Dr. Ian Cockburn, business school professor at Boston University. Dr. Cockburn opined on the economic benefits of the patent monopoly, the role of reference pricing, and the consequences of the Impugned Amendments.

[58] The respondent alleges the applicants' expert opinion evidence is largely irrelevant as it is directed towards the purported *effect* of the Amendments and the wisdom of the policy choices upon which they are based, rather than whether the Impugned Amendments are consistent with the purposes of the enabling legislation.

[59] In general, I agree with the respondent. Some of the expert evidence assists in understanding the complex patented medicine market in Canada, but much of the relevant context is also included in the applicants'

une partie du même historique, mais explique également en détail la façon dont les médicaments sont vendus et remboursés au Canada, ainsi que la façon dont les modifications toucheront les titulaires de brevets pharmaceutiques.

[57] Les demandresses ont déposé les affidavits des témoins experts suivants :

- Wayne Critchley, directeur exécutif du Conseil de 1990 à 2005 : M. Critchley a témoigné au sujet de l'origine du Conseil, ainsi que de son mandat et de ses activités réglementaires;
- Pierre-Gerlier Forest, directeur de l'École de politique publique de l'Université de Calgary : M. Forest a présenté des éléments de preuve sur le système de soins de santé du Canada, l'origine des modifications et l'incidence des modifications contestées sur le rôle du Conseil;
- Jean Lachaine, professeur à la Faculté de pharmacie de l'Université de Montréal : M. Lachaine a fourni des éléments de preuve décrivant la pharmacoeconomie et la façon dont elle est déjà utilisée dans le système de soins de santé du Canada;
- Ian Cockburn, professeur à l'École de commerce de l'Université de Boston : M. Cockburn a exprimé son opinion sur les avantages économiques du monopole conféré par les brevets, le rôle de l'établissement des prix de référence et les conséquences des modifications contestées.

[58] Le défendeur prétend que la preuve d'opinion d'expert des demandresses est en grande partie non pertinente puisqu'elle porte sur l'*effet* présumé des modifications et la sagesse des choix stratégiques sur lesquels elles sont fondées, plutôt que sur la question de savoir si les modifications contestées sont conformes aux objectifs de la loi habilitante.

[59] De façon générale, je suis d'accord avec le défendeur. Certains des éléments de preuve d'expert permettent de mieux comprendre le marché complexe des médicaments brevetés au Canada, mais une grande partie

fact evidence. To the extent the expert evidence canvasses policy considerations and potential effects of the Amendments on the pharmaceutical industry in Canada, it is beyond the scope of this application. As will be discussed further below, a *vires* challenge inquiry does not involve assessing the policy merits of the regulations at issue.

V. Issue

[60] The issue is whether the Impugned Amendments are *ultra vires* the *Patent Act*.

VI. Standard of Review

[61] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), a majority of the Supreme Court of Canada (Supreme Court) held that it would “cease to recognize jurisdictional questions as a distinct category attracting correctness review” (at paragraph 65). Prior to *Vavilov*, the issue of whether a regulation had been enacted within the jurisdiction of its enabling statute was treated as a legal question attracting the correctness standard (*Portnov v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FC 1248, at paragraphs 25–26, citing *Canadian Council for Refugees v. Canada*, 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136, at paragraph 57).

[62] Pursuant to *Vavilov*, determination of the standard of review begins with a presumption that reasonableness is the applicable standard in all cases. None of the exceptions to this presumption apply here, and therefore the standard of review when considering the exercise of the Governor in Council’s regulation-making authority is reasonableness (*Vavilov*, above, at paragraphs 23, 66–68).

[63] For the reasons that follow, I find that:

du contexte pertinent est également inclus dans la preuve de faits des demanderesse. Dans la mesure où la preuve d’experts se rapporte aux considérations stratégiques et aux effets potentiels des modifications sur l’industrie pharmaceutique au Canada, elle dépasse la portée de la présente demande. Comme j’examinerai plus loin, l’analyse d’une contestation de la validité ne comporte pas l’examen du bien-fondé du règlement contesté.

V. Question en litige

[60] La question est celle de savoir si les modifications contestées outrepassent le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*.

VI. Norme de contrôle

[61] Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada (la Cour suprême) étaient d’avis de « mettre fin à la reconnaissance des questions de compétence comme une catégorie distincte devant faire l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision correcte » (au paragraphe 65). Avant l’arrêt *Vavilov*, la question de savoir si le règlement avait été pris dans les limites de la portée de sa loi habilitante constituait une question de droit, qui était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Portnov c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CF 1248, aux paragraphes 25 et 26, citant *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136, au paragraphe 57).

[62] Conformément à l’arrêt *Vavilov*, le cadre d’analyse de la norme de contrôle repose sur la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable est la norme applicable dans tous les cas. Aucune des exceptions à cette présomption ne s’applique en l’espèce et, par conséquent, la norme de contrôle applicable à l’examen de l’exercice du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil est celle de la décision raisonnable (*Vavilov*, aux paragraphes 23, et 66 à 68).

[63] Pour les motifs qui suivent, je conclus que :

- A. The Impugned Amendments in sections 4 and 6, and the schedule to the Amendments are *intra vires* the *Patent Act*.
- B. The Impugned Amendment in subsection 3(4) of the Amendments is *ultra vires* the *Patent Act*.

- A. les modifications contestées prévues aux articles 4 et 6 des modifications, ainsi que l'annexe des modifications, sont conformes à la *Loi sur les brevets*;
- B. la modification contestée prévue au paragraphe 3(4) des modifications outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*.

VII. Analysis

[64] Reasonableness review is not merely a “rubber-stamping” process. It remains a robust form of review, responsive to context (*Vavilov*, at paragraphs 13 and 67). Reasonableness review does not give administrative decision makers license to enlarge their powers beyond what the legislature intended. When applying the reasonableness standard to a decision maker’s interpretation of its authority, precise or narrow statutory language will necessarily limit the number of reasonable interpretations open to the decision maker (*Vavilov*, at paragraph 68).

[65] In cases such as this where no formal reasons are given, the Court must look to the record as a whole to understand the decision (*Vavilov*, at paragraph 137). The assessment of reasonableness in the present case must focus on the relevant factual and legal constraints around the Governor in Council’s exercise of her delegated powers (*Vavilov*, at paragraph 105). In a challenge to the *vires* of regulations, the governing statutory scheme, principles of statutory interpretation, and other statutory and common law are particularly relevant (see *Vavilov*, at paragraph 106 for a non-exhaustive list of elements that are generally relevant in conducting reasonableness review).

[66] While *Vavilov* establishes a general framework for substantive review of administrative decisions that applies to a wide variety of decision makers, in the context of a *vires* challenge, other Supreme Court precedents

VII. Analyse

[64] Le contrôle judiciaire fondé sur la norme de la décision raisonnable n’est pas une « “simple formalité” ». Il demeure une forme rigoureuse de contrôle, adaptée au contexte (*Vavilov*, aux paragraphes 13 et 67). Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n’autorise pas les décideurs administratifs à élargir la portée de leurs pouvoirs au-delà de ce que souhaitait le législateur. Lorsque l’interprétation que le décideur donne de ses pouvoirs fait l’objet d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, un texte législatif formulé en termes précis ou étroits aura forcément pour effet de restreindre les interprétations raisonnables que le décideur peut retenir (*Vavilov*, au paragraphe 68).

[65] Dans un cas comme en l’espèce, où aucun motif officiel n’est fourni, la Cour doit examiner le dossier dans son ensemble pour comprendre la décision (*Vavilov*, au paragraphe 137). L’évaluation du caractère raisonnable en l’espèce doit porter sur les contraintes factuelles et juridiques pertinentes auxquelles l’exercice par le gouverneur en conseil de ses pouvoirs délégués est assujéti (*Vavilov*, au paragraphe 105). En cas de contestation de la validité d’un règlement, le régime législatif applicable, les principes d’interprétation législative, et d’autres principes législatifs et de common law sont particulièrement pertinents (voir *Vavilov*, au paragraphe 106, où on énonce une liste non exhaustive d’éléments qui sont généralement pertinents dans le cadre d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable).

[66] Bien que l’arrêt *Vavilov* établisse un cadre d’analyse général pour l’examen approfondi des décisions administratives qui s’applique à un large éventail de décideurs, dans le contexte d’une contestation de la validité d’un

where statutory grants of authority were at issue remain relevant (*Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 (*Katz*), at paragraph 24; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 365 (*West Fraser Mills*)).

[67] In *Katz*, the Supreme Court concisely detailed the appropriate approach to considering a challenge to the *vires* of regulations.

[68] As a starting point, regulations benefit from a presumption of validity. This presumption places the burden on challengers to demonstrate the invalidity of regulations. This is consistent with the teaching in *Vavilov* that the burden lies on the applicants to show the decision to promulgate the regulations was unreasonable (*Vavilov*, at paragraph 100). Further, the presumption of validity favours an interpretive approach that reconciles the impugned regulation with its enabling statute (*Katz*, above, at paragraph 25).

[69] A successful challenge to the *vires* of regulations requires the challenging party to show that the regulations are inconsistent with the objective of the enabling statute or the scope of the statutory mandate. The test for conformity with the enabling statute is not necessarily satisfied by merely showing that the decision maker stayed within the literal terms of the power-conferring provision. The power-conferring language is qualified by the overriding requirement that the regulations accord with the purposes and objects of the enabling statute read as a whole (*Katz*, at paragraph 24).

[70] The Court must take a broad and purposive approach to interpreting the challenged regulation and the enabling statute, consistent with the Supreme Court's guidance on statutory interpretation generally (*Katz*, at paragraph 26).

règlement, d'autres précédents de la Cour suprême où des dispositions législatives conférant des pouvoirs étaient en litige conservent leur pertinence (*Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810 (*Katz*), au paragraphe 24; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 365 (*West Fraser Mills*)).

[67] Dans l'arrêt *Katz*, la Cour suprême a décrit de façon concise l'approche appropriée à adopter pour examiner une contestation de la validité d'un règlement.

[68] Pour commencer, le règlement bénéficie d'une présomption de validité. Cette présomption impose à celui qui conteste le règlement le fardeau de démontrer que le règlement est invalide. Cela est conforme au principe énoncé dans l'arrêt *Vavilov* selon lequel il incombe aux demandeurs de démontrer que la décision de promulguer le règlement était déraisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 100). De plus, la présomption de validité favorise une méthode d'interprétation qui concilie le règlement contesté avec sa loi habilitante (*Katz*, au paragraphe 25).

[69] Pour contester avec succès la validité d'un règlement, la partie qui présente la contestation doit démontrer que le règlement est incompatible avec l'objectif de sa loi habilitante ou avec le cadre du mandat prévu par la loi. Le simple fait de démontrer que le décideur a respecté littéralement le libellé de la disposition habilitante n'est pas nécessairement suffisant pour satisfaire au critère de la conformité à la loi habilitante. Le libellé de la disposition habilitante comporte l'exigence primordiale selon laquelle le règlement doit respecter l'intention et l'objet de la loi habilitante prise dans son ensemble (*Katz*, au paragraphe 24).

[70] La Cour doit donner au règlement contesté et à sa loi habilitante une interprétation téléologique large compatible avec les directives de la Cour suprême en matière d'interprétation législative (*Katz*, au paragraphe 26).

[71] A *vires* challenge does not involve assessing the policy merits of the regulations. The motives for promulgation of the regulations are irrelevant, and the Court is not inquiring into the underlying political, economic, social, or partisan considerations (*Katz*, at paragraphs 27–28).

[72] Regardless of whether the Court believes the regulations will actually succeed in achieving the statutory objectives, the challenging party must establish that the regulations are “irrelevant”, “extraneous”, or “completely unrelated” to the statutory purpose to be *ultra vires* on the basis of inconsistency with statutory purpose (*Katz*, at paragraph 28).

[73] In light of the relevant constraints on the Governor in Council’s regulation-making authority, the applicants made arguments directed at both the scope of the Governor in Council’s mandate, and the purpose of the *Patent Act*. I find it helpful to characterize each argument as a “scope” argument or a “purpose” argument in order to focus on the essential nature of the attacks on each Impugned Amendment.

[74] The applicants make four principal arguments:

- i. The Impugned Amendments as a whole are unrelated to the purpose of the *Patent Act* (a purpose argument);
- ii. The new mandatory factors are both inconsistent with the purpose of the *Patent Act*, and were promulgated by the Governor in Council exceeding the scope of her mandate under sections 85 and 101 of the *Patent Act* (purpose and scope arguments);
- iii. The purpose of selecting the PMPRB11 was to import price controls into the *Patent Act*, and this purpose is inconsistent with the purpose of the *Patent Act* (a purpose argument);

[71] La contestation de la validité d’un règlement ne comporte pas l’examen du bien-fondé du règlement. Les motifs de la promulgation du règlement ne sont pas pertinents, et la Cour n’analyse pas les considérations sous-jacentes d’ordre politique, économique ou social (*Katz*, aux paragraphes 27 et 28).

[72] Nonobstant la question de savoir si la Cour croit que le règlement réussira réellement à atteindre les objectifs prévus par la loi, pour que le règlement puisse être déclaré non conforme pour cause d’incompatibilité avec l’objet de la loi, la partie qui conteste celui-ci doit établir qu’il est « sans importance », « non pertinent » ou « complètement étranger » à l’objet de la loi (*Katz*, au paragraphe 28).

[73] Compte tenu des contraintes pertinentes à l’égard du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil, les demandresses ont présenté des arguments visant à la fois la portée du mandat du gouverneur en conseil et l’objet de la *Loi sur les brevets*. J’estime utile de distinguer les arguments relatifs à la « portée » des arguments relatifs à l’« objet » afin de mettre l’accent sur la nature essentielle des attaques contre chaque modification contestée.

[74] Les demandresses présentent quatre arguments principaux :

- i. dans leur ensemble, les modifications contestées ne sont pas liées à l’objet de la *Loi sur les brevets* (un argument relatif à l’objet);
- ii. les nouveaux facteurs obligatoires sont incompatibles avec l’objet de la *Loi sur les brevets* et ont été promulgués par le gouverneur en conseil, qui outrepassé ainsi la portée de son mandat en vertu des articles 85 et 101 de la *Loi sur les brevets* (arguments relatifs à l’objet et à la portée);
- iii. le choix du CEPMB11 visait à introduire des mesures de contrôle des prix dans la *Loi sur les brevets*, et cet objectif est incompatible avec l’objet de cette même loi (un argument relatif à l’objet);

iv. The Governor in Council exceeded the scope of her regulation-making authority by enacting the new price calculation. This Court, in *Pfizer*, has already determined the issue of whether the Board has jurisdiction over third party payment information, and the analysis in that case is applicable to the facts in this case (a scope argument).

[75] As discussed below, I find that the “improper purpose” arguments must fail, and the scope argument related to the new mandatory factors must also fail. However, the applicants have satisfied me that the new price calculation exceeds the scope of the Governor in Council’s regulation-making authority in the context of the scheme of the *Patent Act*, the Patented Medicines Regime within that Act, and the legislative intent that bears on the purposive approach to the impugned amendment.

A. *The Purpose of the Enabling Statute*

[76] The policy rationale underlying the *Patent Act* is the patent bargain, or *quid pro quo*. The patent bargain encourages innovation by offering an inventor exclusive rights in a new and useful invention for a limited period in exchange for disclosure of the invention so that society can benefit from this knowledge (*Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625, at paragraph 32). Two central objectives of the *Patent Act* as a whole are to “advance research and development and to encourage broader economic activity” (*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 42; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45 (*Harvard College*), at paragraph 185).

[77] As acknowledged by both the applicants and the respondent, patent monopoly rights are not unlimited, and Parliament has at times balanced promotion of ingenuity against other considerations (*Harvard College*, above, at paragraph 185). Parliament implemented the Patented Medicines Regime to ensure that patentees of medicines do not abuse their statutory monopoly by charging

iv. le gouverneur en conseil a outrepassé la portée de son pouvoir de réglementation en adoptant le nouveau calcul des prix. Dans la décision *Pfizer*, la Cour a déjà tranché la question de savoir si le Conseil a compétence sur les renseignements de paiements faits à des tiers, et l’analyse réalisée dans cette affaire s’applique aux faits en l’espèce (un argument relatif à la portée).

[75] Comme je le démontrerai plus loin, il convient de rejeter les arguments relatifs à l’« objet inapproprié » ainsi que l’argument relatif à la portée des nouveaux facteurs obligatoires. Cependant, les demandresses m’ont convaincu que le nouveau calcul des prix outrepassa la portée du pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil dans le contexte du régime de la *Loi sur les brevets*, du régime des médicaments brevetés prévu par cette loi, et de l’intention législative qui influe sur l’approche téléologique de la modification contestée.

A. *L’objet de la loi habilitante*

[76] Le raisonnement politique qui sous-tend la *Loi sur les brevets* est le marché de nature synallagmatique (*quid pro quo*) inhérent à l’octroi d’un brevet. Ce marché encourage l’innovation en accordant à l’inventeur, pour une période déterminée, un monopole sur une invention nouvelle et utile en contrepartie de la divulgation de l’invention de façon à en faire bénéficier la société (*Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625, au paragraphe 32). Deux objets centraux de la *Loi sur les brevets* dans son ensemble sont de « “favoriser la recherche et le développement et [d’]encourager l’activité économique en général” » (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, au paragraphe 42; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45 (*Harvard College*), au paragraphe 185).

[77] Comme l’ont reconnu les demandresses et le défendeur, le monopole accordé par les brevets n’est pas illimité, et le Parlement a parfois concilié la promotion de l’ingéniosité avec d’autres considérations (*Harvard College*, au paragraphe 185). Le Parlement a mis en œuvre le régime des médicaments brevetés pour s’assurer que les titulaires de brevets de médicaments

excessive prices for those medicines (*Canada (Attorney General) v. Galderma Canada Inc.*, 2019 FCA 196 (*Galderma*), at paragraph 10).

[78] While the respondent takes issue with characterizing “excessive pricing” as abuse, arguing that patent abuse is a separate concept dealt with in section 65 of the *Patent Act*, the Board and Health Canada have used this exact language to describe the Board’s mandate (*Genentech Canada Inc., Re* (1992), 44 C.P.R. (3d) 316, 1992 CarswellNat 1661 (WL Can.) (P.M.P.R.B.), at pages 328–329; *Canada Gazette*, Part I, Vol. 151, No. 48, at page 4500). Moreover, the Courts have endorsed this framing of the Board’s mandate (*Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485, 1991 CanLII 8289 (Man. Q.B.), affd (1992), 96 D.L.R. (4th) 606, 1992 CanLII 8541 (Man. C.A.); *Galderma*, above, at paragraph 10).

[79] The Supreme Court has referred to the Board’s purpose as one of consumer protection, noting that Parliament’s intent in creating the Board was “to address the ‘mischief’ that the patentee’s monopoly over pharmaceuticals during the exclusivity period might cause prices to rise to unacceptable levels” (*Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 (*Celgene*), at paragraph 28, quoting with approval from *ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Patented Medicine Prices Review Board* (1996), 66 C.P.R. (3d) 45, 1996 CanLII 11903 (F.C.T.D.), affd [1997] 1 F.C. 32, 1996 CanLII 4089 (C.A.)).

[80] The Supreme Court endorsed an approach to the Board’s mandate that takes into account its “responsibility for ensuring that the monopoly that accompanies the granting of a patent is not abused to the financial detriment of Canadian patients and their insurers” (*Celgene*, above, at paragraph 29).

[81] That said, I agree with the respondent that the jurisprudence does not suggest that Courts have equated the “abuse” of excessive pricing with “patent abuse” under section 65 of the *Patent Act*. Instances of “patent abuse”

n’abusent pas du monopole conféré par la *Loi sur les brevets* en fixant des prix excessifs pour ces médicaments (*Canada (Procureur général) c. Galderma Canada Inc.*, 2019 CAF 196 (*Galderma*), au paragraphe 10).

[78] Bien que le défendeur conteste le fait de qualifier les « prix excessifs » d’abus, soutenant que l’abus des droits de brevets est un concept distinct prévu à l’article 65 de la *Loi sur les brevets*, le Conseil et Santé Canada ont utilisé cette terminologie exacte pour décrire le mandat du Conseil (*Genentech Canada Inc. (Re)* (1992), 44 C.P.R. (3d) 316, 1992 CarswellNat 1661 (WL Can.) (C.E.P.M.B.), aux pages 328 et 329; *Gazette du Canada*, partie I, vol. 151, n° 48, à la page 4500). De plus, les tribunaux ont approuvé cette description du mandat du Conseil (*Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485, 1991 CanLII 8289 ((B.R. Man.), conf. par (1992), 96 D.L.R. (4th) 606, 1992 CanLII 8541 (C.A. Man.); *Galderma*, au paragraphe 10).

[79] La Cour suprême a décrit l’objectif du Conseil comme étant celui de protéger les consommateurs, et souligné que, lorsqu’il a créé le Conseil, le législateur avait l’intention de « pallier le “préjudice” » découlant du fait que le monopole accordé au breveté en matière de produits pharmaceutiques durant la période d’exclusivité pouvait entraîner une hausse des prix à des niveaux inacceptables » (*Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 (*Celgene*), au paragraphe 28, citant favorablement *ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés*, 1996 CanLII 11903 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par [1997] 1 C.F. 32, 1996 CanLII 4089 (C.A.)).

[80] La Cour suprême a approuvé un exercice du mandat du Conseil qui tient compte de sa « responsabilité qui consiste à veiller à ce que le breveté n’abuse pas financièrement du monopole découlant de la délivrance d’un brevet, au détriment des patients canadiens et de leurs assureurs » (*Celgene*, au paragraphe 29).

[81] Cela étant dit, je suis d’accord avec le défendeur que la jurisprudence ne laisse pas entendre que les tribunaux ont assimilé l’« abus » en raison de prix excessifs à un « abus des droits de brevets » aux termes de

and the powers of the Commissioner of Patents in such cases are detailed in sections 65 and 66 of the *Patent Act*. The Board's mandate is limited to the specific and separate "abuse" of excessive pricing, and the powers conferred on the Board are limited to those found in sections 79 to 103 of the *Patent Act*.

[82] This Court has considered the statutory purpose of a distinct division of a statute when determining *vires* (*Syncrude Canada Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 776, 91 C.E.L.R. (3d) 46, at paragraphs 131–135, *aff'd* 2016 FCA 160, 398 D.L.R. (4th) 91). While the *Patent Act* is not divided into Parts and Divisions in the same way as the enabling statute at issue in *Syncrude*, the Patented Medicines Regime is, effectively, a distinct division of the *Patent Act* with its own definitions, applicable only to patented medicines. Further, the Minister responsible for the Patented Medicines Regime is the Minister of Health, whereas the Minister of Industry is generally responsible for other aspects of the *Patent Act*.

[83] The focus should be on the purpose of the Patented Medicines Regime within the context of the purpose of the *Patent Act* as a whole.

[84] The legislative history establishes that the Patented Medicines Regime was intended to strike a balance between competing policy objectives in the *Patent Act*. Increased patent protection extended to patentees of medicines in 1987 and 1993 were balanced with increased consumer protection, intended to ensure that Canadian consumers are protected from the abuse of excessively priced patented medicines, such that prices remain reasonable and affordable to Canadians.

[85] However, in striking that balance, Parliament never intended for the Board to set prices (*Pfizer*, above, at paragraph 11; *Sanofi*, above, at paragraph 17). The Board is not empowered to control or lower prices absent a finding of excessive pricing, based on the factors set out in the *Patent Act*. To this point, the Honourable

l'article 65 de la *Loi sur les brevets*. Les cas d'« abus des droits de brevets » et les pouvoirs du commissaire aux brevets dans ces cas sont décrits en détail aux articles 65 et 66 de la *Loi sur les brevets*. Le mandat du Conseil se limite aux « abus » spécifiques et distincts en raison de prix excessifs, et les pouvoirs conférés au Conseil se limitent à ceux qui sont prévus aux articles 79 à 103 de la *Loi sur les brevets*.

[82] La Cour tient compte de l'objet de chaque section de la loi habilitante au moment de déterminer la validité d'un règlement (*Syncrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 776, aux paragraphes 131 à 135, *conf. par* 2016 CAF 160). Bien que la *Loi sur les brevets* ne soit pas divisée en parties et sections de la même façon que la loi habilitante en cause dans la décision *Syncrude*, le régime des médicaments brevetés constitue en fait une division distincte de la *Loi sur les brevets*, avec ses propres définitions, qui s'appliquent uniquement aux médicaments brevetés. De plus, le ministre responsable du régime des médicaments brevetés est le ministre de la Santé, tandis que le ministre de l'Industrie est généralement responsable des autres aspects de la *Loi sur les brevets*.

[83] L'accent devrait être mis sur l'objet du régime des médicaments brevetés dans le contexte de l'objet de la *Loi sur les brevets* dans son ensemble.

[84] L'historique législatif établit que le régime des médicaments brevetés visait à trouver un juste équilibre entre les objectifs stratégiques concurrents de la *Loi sur les brevets*. Un équilibre a été établi entre la protection accrue conférée par un brevet aux titulaires de brevets de médicaments en 1987 et en 1993, et la protection accrue des consommateurs, visant à protéger les consommateurs canadiens contre les abus liés aux prix excessifs de médicaments brevetés, de sorte que les prix demeurent raisonnables et abordables pour les Canadiens.

[85] Or, en établissant cet équilibre, le Parlement n'a jamais eu l'intention de permettre au Conseil de fixer les prix (*Pfizer*, au paragraphe 11; *Sanofi*, au paragraphe 17). Le Conseil n'est pas habilité à contrôler ou à réduire les prix en l'absence d'une conclusion fondée sur les facteurs énoncés dans la *Loi sur les brevets* selon

Harvie Andre made the following statements during 1986 Legislative Committee meetings leading up to the Board's creation:

We do not constitutionally have the ability in Canada of setting prices at the federal level. But again, it is worth repeating that it is not right to say there are not strong price control mechanisms in Canada; there are. They are at the provincial level. Through the fact that they purchase 60% of the drugs, have formularies in some provinces, and can have laws that direct that pharmacists must provide the lowest cost equivalent, and through the bulk purchasing and so on, the net result is that we do have in fact a price control system in Canada. [Emphasis added.]

(Canada. Parliament. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-22*, 33rd Parl., 2nd Sess., Issue No. 1 (December 11 and 16, 1986), at page 41 (Hon. Harvie Andre).)

[86] Minister Andre further commented on how the Board's role is limited to exercising powers in relation to patentees:

We have legal opinion that indeed it is constitutionally valid based on the following reasons. The federal government has, under subsection 91.22 of the Constitution Act, jurisdiction over patents. In conformity with this jurisdiction, the board exercises powers in relation to patentees and its sanction is revoking patent exclusivity. This is what the board is doing.

The board is not setting prices; it is exercising the authority of the federal government in terms of exclusivity. [Emphasis added.]

(Canada. Parliament. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-22*, 33rd Parl., 2nd Sess., Issue No. 16 (February 18 and 19, 1987), at page 68 (Hon. Harvie Andre).)

[87] In Senate Committee proceedings on the bill creating the Board, Mr. George Redling, Chief of Legal Analysis—Intellectual Property in the Department of

laquelle les prix sont excessifs. À cet égard, l'honorable Harvie Andre a fait les déclarations suivantes lors des réunions du Comité législatif de 1986 qui ont précédé la création du Conseil :

À l'échelon fédéral au Canada, nous n'avons pas le pouvoir, aux termes de la Constitution, de fixer les prix. Cependant, il est inexact, il convient de répéter, d'affirmer que nous n'avons pas de mécanisme de contrôle ferme sur les prix. Il en existe à l'échelon provincial, entre autres. En effet, les provinces achètent 60 p. 100 des médicaments; il y en a qui ont des formulaires, qui ont des lois pour forcer les pharmaciens à fournir le médicament équivalent à moindre coût. Les provinces ont la possibilité d'acheter en vrac. Il en résulte un contrôle virtuel des prix au Canada. [Non souligné dans l'original.]

(Canada. Parlement. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-22*, 33^e lég., 2^e sess., fascicule n^o 1 (les 11 et 16 décembre 1986), à la page 41 (l'honorable Harvie Andre).)

[86] Le ministre Andre a également commenté la façon dont le rôle du Conseil se limite à exercer des pouvoirs à l'égard des brevetés :

Les conseillers juridiques nous ont assuré qu'il était constitutionnellement valide ce pour les raisons suivantes. Le gouvernement fédéral, en vertu du paragraphe 91.22 de la Loi sur la Constitution, a compétence en matière de brevets, et c'est en vertu de cette compétence que le Conseil exerce ses pouvoirs à l'égard des titulaires de brevets. C'est là ce que fait le Conseil.

Le Conseil ne fixe pas les prix; il exerce l'autorité du gouvernement fédéral en matière d'exclusivité [...] [Non souligné dans l'original.]

(Canada. Parlement. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-22*, 33^e lég., 2^e sess., fascicule n^o 16 (les 18 et 19 février 1987), à la page 68 (l'honorable Harvie Andre).)

[87] Dans les délibérations du Comité spécial du Sénat sur le projet de loi C-22 par lequel le Conseil a été créé le Conseil, M. George Redling, chef, Analyse légale,

Consumer and Corporate Affairs stated that the Board does not purport to fix or set prices:

... The board does not purport to fix prices or control prices by setting a price at which a medicine may be sold. The board attempts to deal with abuse. It is the abuse of the monopoly granted to the patentee, not price-fixing, in which the board is involved.

(Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Subject-matter of Bill C-22*, 33rd Parl., 2nd Sess., Issue No. 19 (July 7, 1987), at page 20 (George Redling).)

[88] This commentary from government actors leading up to the Board's creation indicates that Parliament did not intend for the Board to engage in setting prices for patented medicines, but rather, that the Board would address the abuse of excessive pricing of patented medicines.

[89] The jurisprudence aligns with the legislative history. Decisions of the Supreme Court and Federal Court of Appeal have been consistent: the purpose of the Patented Medicines Regime is to ensure that patentees of medicines do not abuse their patent monopolies by charging consumers excessive prices. The Board, created by Parliament as part of this regime, operates to balance the promotion of innovation with measures to protect institutional and individual consumers from excessive patented medicines prices.

B. *The Purpose of the Amendments*

[90] While the applicants challenge three specific aspects of the Amendments, the Court must consider the purpose of the Amendments as a whole. A purposive interpretation of the Impugned Amendments necessitates reading them in the context of the entirety of the *Patent Act*, to provide a proper framework for determining their *vires* within the scheme of the *Patent Act*.

Propriété intellectuelle, ministère de la Consommation et des Corporations, a déclaré que le Conseil ne prétend pas fixer les prix et ne les fixe pas :

[...] Le Conseil ne prétend pas fixer les prix, ni les contrôler en déterminant à quel prix un médicament peut être vendu. Il essaie de s'attaquer aux abus. Il vise à contrer l'abus du monopole par le breveté, et non à fixer les prix.

(Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du Comité spécial du Sénat sur la Teneur du Projet de loi C-22*, 33^e lég., 2^e sess., fascicule n° 19 (le 7 juillet 1987), à la page 20 (George Redling).)

[88] Ces commentaires, qui ont été faits par des acteurs gouvernementaux avant la création du Conseil, indiquent que le Parlement n'avait pas l'intention d'autoriser le Conseil à fixer les prix des médicaments brevetés, mais plutôt que le Conseil s'attaquerait aux abus liés aux prix excessifs des médicaments brevetés.

[89] La jurisprudence est conforme à l'historique législatif. Les décisions de la Cour suprême et de la Cour d'appel fédérale sont constantes : le régime des médicaments brevetés vise à garantir que les titulaires de brevets de médicaments n'abusent pas du monopole qui leur est accordé par leurs brevets en imposant aux consommateurs des prix excessifs. Le Conseil, créé par le Parlement dans le cadre de ce régime, a pour mandat de concilier la promotion de l'innovation avec des mesures visant à protéger les consommateurs institutionnels et individuels contre les prix excessifs des médicaments brevetés.

B. *L'objet des modifications*

[90] Bien que les demandresses contestent trois aspects spécifiques des modifications, la Cour doit tenir compte de l'objet des modifications dans leur ensemble. Pour interpréter les modifications contestées de façon téléologique, il faut les lire dans le contexte de la *Loi sur les brevets* dans son ensemble afin de fournir un cadre d'analyse approprié pour déterminer leur validité dans l'esprit de la *Loi sur les brevets*.

[91] Determining whether the regulations at issue represent a reasonable exercise of delegated power is, at its core, an exercise in statutory interpretation, considering the text, context, and purpose of the laws (*West Fraser Mills*, above, at paragraph 12). The Court must take a broad and purposive approach to interpreting the challenged regulation and the enabling statute, consistent with the Supreme Court's guidance on statutory interpretation generally (*Katz*, at paragraph 26).

[92] The Court can consider the RIAS accompanying regulations in determining the purpose of the regulations and their intended application (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraph 157). The RIAS sets out the purpose of the Amendments as follows (RIAS, at page 5954):

The purpose of these Amendments is to equip the PMPRB with the regulatory tools and information reporting authorities it needs to effectively protect Canadian consumers from excessively priced patented medicines in today's regulatory environment.

[93] The applicants submit that the Impugned Amendments have no connection to patent abuse—the term is not even mentioned in the RIAS—and the animating purpose of the Amendments is to deliver health care savings and pave the way for national pharmacare. As discussed above, the purpose of the Patented Medicines Regime of the *Patent Act* is not to prevent patent abuse in general, but to prevent the specific abuse of excessive pricing of patented medicines. The purpose of the Amendments as stated in the RIAS is consistent with the Board's consumer protection mandate to prevent excessive pricing. However, other telling statements made by the federal Minister of Health and Health Canada paint a different purpose beyond controlling excessive pricing.

[94] In a May 2017 letter to the Ontario Minister of Health and Long-Term Care, the federal Minister of

[91] Décider si le règlement contesté résulte d'un exercice raisonnable du pouvoir délégué relève essentiellement de l'interprétation législative. Il faut alors tenir compte non seulement du texte de la loi, mais aussi de son objet et de son contexte (*West Fraser Mills*, au paragraphe 12). La Cour doit donner au règlement contesté et à sa loi habilitante une interprétation téléologique large compatible avec les directives de la Cour suprême en matière d'interprétation législative (*Katz*, au paragraphe 26).

[92] La Cour peut tenir compte du REIR accompagnant le règlement pour déterminer l'objet du règlement et son application envisagée (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, au paragraphe 157). Le REIR énonce ainsi l'objet des modifications (REIR, à la page 5954) :

Ces modifications ont pour but de doter le CEPMB des outils de réglementation et des pouvoirs d'établir des rapports sur les renseignements dont il a besoin pour protéger de manière efficace les consommateurs canadiens contre des médicaments brevetés à un prix excessif dans le milieu réglementaire actuel.

[93] Les demandresses soutiennent que les modifications contestées n'ont aucun lien avec les abus des droits de brevets — l'expression n'est même pas mentionnée dans le REIR — et que, dans leur ensemble, les modifications ont pour objet principal de réaliser des économies en matière de soins de santé et d'ouvrir la voie au régime national d'assurance-médicaments. Comme je l'ai déjà mentionné, l'objet du régime des médicaments brevetés prévu par la *Loi sur les brevets* n'est pas de prévenir les abus des droits de brevets en général, mais de prévenir les abus liés aux prix excessifs de médicaments brevetés. L'objet des modifications tel qu'énoncé dans le REIR est conforme au mandat de protection des consommateurs du Conseil visant à prévenir les prix excessifs. Cependant, d'autres déclarations révélatrices faites par la ministre fédérale de la Santé et Santé Canada définissent un but différent qui va au-delà du contrôle des prix excessifs.

[94] Dans une lettre datée de mai 2017 adressée au ministre de la Santé et des Soins de longue durée de

Health noted the federal government’s commitment to using the regulatory framework that guides the Board’s work to lower high drug prices:

At our January 2016 Health Ministers’ Meeting, we committed to taking concrete action to advance our shared interest in improving the affordability, accessibility and appropriate use of prescription drugs. Within federal jurisdiction, this includes lowering high drug prices through modernization of the regulatory framework that guides the work of the Patented Medicine Prices Review Board (PMPRB). [Emphasis added.]

(Exhibit K to the January 9, 2020, Affidavit of Karen Reynolds.)

[95] Similar language is found in a May 2017 Health Canada Consultation Document:

In January 2016, federal, provincial and territorial Ministers agreed to work together to improve the affordability, accessibility and appropriate use of prescription drugs to better meet health care system needs. The Government of Canada is firmly committed to this work and is taking action to significantly lower the cost of prescription drugs;

...

[T]he PMPRB’s current regulatory framework does not provide it with adequate tools to effectively protect Canadians from excessive prices, or for optimal price setting in today’s pharmaceutical environment. That is why Health Canada is advancing the proposed amendments for consultation. [Emphasis added.]

(Exhibit E to the October 3, 2019, Affidavit of Dr. Forest.)

[96] The applicants particularly take issue with Health Canada’s framing of the Board as a regulatory tool for “optimal price setting”. That said, the final articulation of the government’s intention in the RIAS suggests that the Board is to use the tools at its disposal to set a non-excessive price ceiling applicable to all Canadian

l’Ontario, la ministre fédérale de la Santé a souligné l’engagement du gouvernement fédéral à utiliser le cadre réglementaire qui oriente les travaux du Conseil en vue de réduire les prix élevés des médicaments :

[TRADUCTION] Lors de notre réunion des ministres de la Santé, tenue en janvier 2016, nous nous sommes engagés à prendre des mesures concrètes pour promouvoir notre intérêt partagé à rendre les médicaments sur ordonnance plus abordables et à en accroître l’accessibilité et l’utilisation adéquate. La réduction des prix élevés des médicaments par la modernisation du cadre réglementaire qui oriente les travaux du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés (CEPMB) relève de la compétence fédérale. [Non souligné dans l’original.]

(Pièce K de l’affidavit de Karen Reynolds, daté du 9 janvier 2020.)

[95] Un libellé similaire a été employé dans le document de consultation de Santé Canada de mai 2017 :

En janvier 2016, les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux ont convenu de collaborer pour améliorer l’abordabilité, l’accessibilité et l’utilisation adéquate des médicaments d’ordonnance dans le but de mieux répondre aux besoins du système de soins de santé. Le gouvernement du Canada est fermement résolu à accomplir ce travail et prend des mesures pour réduire le coût des médicaments d’ordonnance de façon importante [...]

[...]

[L]e cadre réglementaire actuel du CEPMB ne lui fournit pas d’outils adéquats pour protéger efficacement les Canadiens contre les prix excessifs ou pour établir des prix optimaux dans le contexte pharmaceutique actuel. Il s’agit de la raison pour laquelle Santé Canada fait la promotion des modifications proposées à des fins de consultation. [Non souligné dans l’original.]

(Pièce E de l’affidavit de M. Forest, daté du 3 octobre 2019.)

[96] Les demanderesse s’opposent particulièrement à ce que Santé Canada définisse le Conseil comme un outil réglementaire pour « établir des prix optimaux ». Cela étant dit, l’énoncé final de l’intention du gouvernement dans le REIR laisse entendre que le Conseil utilise les outils à sa disposition pour établir un plafond des prix

consumers, as opposed to setting “ideal” prices for different types of consumers (RIAS, at page 5954):

.... Given the PMPRB’s mandate and status as a federal regulator, the intention is for the Board to use these tools in order to identify a national ceiling price above which it would be unreasonable for any consumer in Canada to pay, as opposed to an ideal price for different types of consumers having regard to their individual ability and willingness to pay. [Emphasis added.]

[97] The applicants further refer to the following statement made by the federal Minister of Health during Commons Debates in June 2019 as evidence of the government’s true intentions:

We are in the process of modernizing the Patented Medicine Prices Review Board in order to once again make sure we lower the cost of drugs and are able to move forward with this program.

(Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 42nd Parl., 1st Sess., Vol. 148, No. 433 (June 13, 2019), at page 29061 (Hon. Ginette Petitpas Taylor).)

[98] On this point, the respondent submits that motives of the Minister of Health should not be imputed to the Governor in Council, relying on *Canadian Union of Public Employees v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 518, at paragraph 146 — a case about legitimate expectations. Based on the record before the Court, the only material definitively before the Governor in Council when she promulgated the Amendments was the regulatory package, consisting of the Amendments themselves and the RIAS. Conversely, the applicants submit that the Court may consider the Minister’s comments, so long as these comments have “an institutional quality” (*Airport Taxicab (Pearson Airport) Association v. Toronto (City)* (2009), 61 M.P.L.R. (4th) 8, 2009 CanLII 25973 (Ont. S.C.)).

[99] As previously noted, the Minister and the Governor in Council are separate entities, and the

non excessifs applicable à tous les consommateurs canadiens, plutôt que de fixer des prix « idé[aux] » pour différents types de consommateurs (REIR, à la page 5954) :

[...] Étant donné le mandat du CEPMB et son statut d’organisme de réglementation fédéral, l’intention est que le CEPMB utilise ces outils afin de déterminer un prix plafond national, de sorte qu’il serait déraisonnable pour un consommateur au Canada de payer un prix plus élevé, plutôt qu’un prix idéal pour différents types de consommateurs en ce qui a trait à leur capacité individuelle et à leur volonté de payer. [Non souligné dans l’original.]

[97] Les demandereses mentionnent également la déclaration suivante faite par la ministre fédérale de la Santé lors des débats de la Chambre des communes en juin 2019 comme preuve des véritables intentions du gouvernement :

Nous sommes en train de moderniser le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés afin de réduire le prix des médicaments et de mettre ce régime en place.

(Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 42^e lég., 1^{re} sess., vol. 148, n^o 433 (le 13 juin 2019), à la page 29061 (l’honorable Ginette Petitpas Taylor).)

[98] À cet égard, le défendeur s’appuie sur la décision *Syndicat canadien de la fonction publique c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 518, au paragraphe 146 — une affaire portant sur des attentes légitimes — pour soutenir que les motifs de la ministre de la Santé ne devraient pas être imputés au gouverneur en conseil. Selon le dossier dont était saisie la Cour, le seul document dont le gouverneur en conseil était véritablement saisi au moment de promulguer les modifications était les documents réglementaires, soit les modifications elles-mêmes et le REIR. À l’inverse, les demandereses soutiennent que la Cour peut tenir compte des commentaires de la ministre, à condition que ces commentaires soient de [TRADUCTION] « nature institutionnelle » (*Airport Taxicab (Pearson Airport) Association v. Toronto (City)* (2009), 61 M.P.L.R. (4th) 8, 2009 CanLII 25973 (C.S. Ont.)).

[99] Comme je l’ai déjà mentionné, la ministre et le gouverneur en conseil sont des entités distinctes, et la

decision under review is that of the Governor in Council. That said, the Minister's comments describing modernizing the Board to "lower the cost of drugs" are consistent with the explanation for the Amendments found in the RIAS, which states that the Amendments "contribute to the Government's commitment [to improve the accessibility, affordability, and appropriate use of medicines] by lowering the prices of patented medicines in Canada" (RIAS, at page 5949). Therefore, these comments are not merely reflective of the Minister of Health's individual concerns or motivations, but reflect the broader institutional intent of the Governor in Council.

[100] The comments made by the Minister of Health and in the RIAS with respect to lowering the prices of patented medicines in Canada must be read in the context of the rest of the RIAS. As quoted above, the stated purpose of the Amendments is to modernize the Board with the necessary regulatory tools to effectively protect Canadian consumers from excessive patented medicines prices (RIAS, at page 5954).

[101] The purpose statements in the RIAS recognize the Board's mandate to lower prices only where it finds a patentee has abused its monopoly by charging excessive prices for a patented medicine. The Minister's comments and statements in the RIAS related to lowering drug prices must be read in this context. Lower drug prices may have been a motivating factor leading to the Amendments, but this is an issue of "economic policy and politics", beyond the scope of this application (*Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 106, at page 115, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577 (*Thorne's Hardware*); *Katz*, at paragraphs 27–28).

[102] The parties blurred the lines between the "purpose" of the Amendments and the "motives" that led to their promulgation. While the motives for promulgating the Amendments are irrelevant to this judicial review, a given factor could be both a motive and a purpose. Fully disentangling motive from purpose may not always be

décision faisant l'objet du présent contrôle est celle du gouverneur en conseil. Cela étant dit, les commentaires de la ministre décrivant la modernisation du Conseil pour « réduire le coût des médicaments » sont compatibles avec l'explication figurant dans le REIR, selon laquelle les modifications « contribuent à l'engagement du gouvernement [d'améliorer l'accessibilité, l'abordabilité et l'utilisation adéquate des médicaments] en baissant les prix des médicaments brevetés au Canada » (REIR, à la page 5949). Par conséquent, ces commentaires ne reflètent pas seulement les préoccupations ou les motivations personnelles de la ministre de la Santé, mais reflètent aussi l'intention institutionnelle plus large du gouverneur en conseil.

[100] Les commentaires formulés par la ministre de la Santé et énoncés dans le REIR au sujet de la réduction des prix des médicaments brevetés au Canada doivent être lus en tenant compte du reste du REIR. Comme je l'ai déjà mentionné, les modifications visent à moderniser le Conseil grâce aux outils de réglementation nécessaires pour protéger de manière efficace les consommateurs canadiens contre des médicaments brevetés à un prix excessif (REIR, à la page 5954).

[101] Selon l'énoncé des objectifs que renferme le REIR, le Conseil a pour mandat de réduire les prix seulement lorsqu'il estime qu'un breveté a abusé de son monopole et imposé un prix excessif pour un médicament breveté. Les commentaires de la ministre et les énoncés figurant dans le REIR concernant la réduction des prix des médicaments doivent être interprétés dans ce contexte. La réduction des prix des médicaments a peut-être été un facteur ayant motivé la promulgation des modifications, mais il s'agit d'une question « économique et politique » qui dépasse la portée de la présente demande (*Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 106 (*Thorne's Hardware*), à la page 115; *Katz*, aux paragraphes 27 et 28).

[102] Les parties ont brouillé la distinction entre l'« objet » des modifications et les « motifs » qui ont mené à leur promulgation. Bien que les motifs de la promulgation des modifications ne soient pas pertinents au présent contrôle judiciaire, un facteur donné pourrait constituer à la fois un motif et un objet. Il n'est toutefois pas toujours

possible. It is the purpose of the Amendments and scope of the Governor in Council's regulation-making authority that are key in determining whether any of the proposed Amendments may be *ultra vires*.

[103] The purposes for promulgating a regulation may be multifaceted (*Thorne's Hardware*, above, at page 117). In the present case, much like in *Thorne's Hardware*, the lowering of patented medicines prices is clearly one factor that prompted the Amendments. That said, even if this were considered a "purpose" of the Amendments for the purposes of the *vires* analysis, lowering prices was not the sole reason for the Amendments. The Amendments update the Board's arsenal of regulatory tools and information reporting authority in order to effectively protect Canadian consumers from excessively priced patented medicines. In the words of the respondent, "recognition that the Amendments may result in cost savings does not mean it must be their purpose".

[104] Having considered the Amendments, the RIAS, and the extrinsic evidence from the Minister of Health and Health Canada, the purpose of the Amendments is to modernize the Board with new regulatory tools and information reporting authority, and to lower patented medicines prices to protect Canadian consumers from the abuse of excessively pricing.

[105] The applicants also submit that the *Patent Act* should be read to conform to Canada's international treaty obligations, and the Amendments are inconsistent with these obligations. Specifically, the Governor in Council's regulation-making authority is constrained by the prohibition on discrimination based on field of technology contained in the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* [Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco,

possible de distinguer complètement le motif de l'objet. C'est l'objet des modifications et la portée du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil qui sont essentiels pour déterminer si l'une des modifications proposées outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la loi habilitante.

[103] L'objet de la promulgation d'un règlement peut avoir plusieurs facettes (*Thorne's Hardware*, à la page 117). En l'espèce, tout comme dans l'arrêt *Thorne's Hardware*, la réduction des prix de médicaments brevetés est clairement un des facteurs qui a motivé la promulgation des modifications. Cela étant dit, même si cela était considéré comme un « objet » des modifications aux fins de l'analyse de leur validité, la réduction des prix n'était pas la seule raison d'être des modifications. Les modifications mettent à jour l'ensemble d'outils de réglementation et des pouvoirs d'établir des rapports sur des renseignements afin de protéger de manière efficace les consommateurs canadiens contre des médicaments brevetés à un prix excessif. Pour reprendre les termes employés par le défendeur, [TRADUCTION] « la reconnaissance du fait que les modifications peuvent entraîner des économies de coûts ne signifie pas qu'il s'agit nécessairement de leur objet ».

[104] Après avoir examiné les modifications, le REIR et les éléments de preuve extrinsèques de la ministre de la Santé et de Santé Canada, je suis d'avis que les modifications visent à moderniser le Conseil grâce à de nouveaux outils de réglementation et à un nouveau pouvoir d'établir des rapports sur des renseignements, ainsi qu'à réduire les prix des médicaments brevetés afin de protéger les consommateurs canadiens contre les abus liés aux prix excessifs.

[105] Les demanderesse soutiennent également que la *Loi sur les brevets* devrait être interprétée comme étant conforme aux obligations découlant des traités internationaux du Canada, et que les modifications sont incompatibles avec ces obligations. Plus précisément, le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil est limité par l'interdiction de la discrimination quant au domaine technologique prévue dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* [Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech*

15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299] (TRIPS) and the *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]* (NAFTA). The respondent submits that these international agreements provide minimum standards of protection, and Canada's patent regime is fully compliant.

[106] International treaties, even those not implemented domestically by statute, can help inform whether an administrative decision was reasonable (*Vavilov*, at paragraph 114). Article 27 of TRIPS states that “patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to ... the field of technology”. Pursuant to Article 28, the minimum rights conferred on a patent owner are the exclusive rights of making, using, offering for sale, selling, or importing the patented invention. These rights are enshrined in Canadian law in section 42 of the *Patent Act*.

[107] Notably, section 42 of the *Patent Act* and Article 28 of TRIPS do not guarantee patentees the right to charge whatever price they would like for their patented inventions. I agree with the applicants that one benefit generally conferred by a patent is the ability to charge a higher “monopoly” price, but this benefit is not an unrestricted right.

[108] Therefore, the Board's jurisdiction to prevent excessive pricing of patented medicines does not offend Article 27 of TRIPS, as the alleged discrimination does not target a right to which patentees of medicines are entitled. NAFTA Article 1709 includes nearly identical language to TRIPS Articles 27 and 28.

[109] The applicants do not appear to suggest that the Board's powers to regulate excessive pricing of patented medicines as exercised up until 2019 breached Canada's

instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299] (ADPIC) et l'*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]* (ALENA). Le défendeur soutient que ces accords internationaux prévoient des normes minimales de protection et que le régime des brevets du Canada est entièrement conforme.

[106] Les traités internationaux, même ceux qui ne sont pas mis en œuvre au niveau national par une loi, peuvent s'avérer utiles pour déterminer si une décision administrative était raisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 114). L'article 27 de l'Accord sur les ADPIC prévoit que « des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant [...] au domaine technologique ». En vertu de l'article 28, les droits minimaux conférés au breveté sont les droits exclusifs de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer l'invention brevetée. Ces droits sont consacrés en droit canadien à l'article 42 de la *Loi sur les brevets*.

[107] Il convient de noter que l'article 42 de la *Loi sur les brevets* et l'article 28 de l'Accord sur les ADPIC ne garantissent pas aux brevetés le droit d'imposer le prix de leur choix pour leurs inventions brevetées. Je suis d'accord avec les demanderesse pour dire qu'un avantage généralement conféré par un brevet est la capacité d'imposer un prix de « monopole » plus élevé, mais cet avantage n'est pas un droit illimité.

[108] Par conséquent, le pouvoir du Conseil de prévenir l'établissement de prix excessifs pour les médicaments brevetés ne contrevient pas à l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, car la discrimination alléguée ne vise pas un droit auquel les titulaires de brevets de médicaments ont droit. L'article 1709 de l'ALENA comporte un libellé presque identique aux articles 27 et 28 de l'Accord sur les ADPIC.

[109] Les demanderesse ne semblent pas laisser entendre que le pouvoir du Conseil de réglementer l'établissement des prix excessifs de médicaments brevetés,

international obligations. This alleged “discrimination” against patented medicines as compared to other fields of technology has clearly been present since the Board’s inception. I am satisfied that the Amendments comply with Canada’s international obligations under TRIPS and NAFTA.

[110] The applicants make further arguments about the factory-gate limits of the Board’s jurisdiction, and I will address these below in connection with the new price calculation.

[111] I find the purpose of the Amendments related to the new mandatory factors under section 4 of the Amendments, and the PMPRB11 under section 6 and the schedule to the Amendments is sufficiently connected to and consistent with the purpose of the Patented Medicines Regime in the context of the *Patent Act*: protecting consumers from the abuse of excessive pricing. Each Impugned Amendment is discussed further below.

C. *The Impugned Amendments*

(1) Section 4 of the Amendments: the New Mandatory Factors

[112] Section 4 of the Amendments adds new mandatory factors that the Board must consider in determining whether the price of a patented medicines is “excessive” for the purposes of subsection 85(1) of the *Patent Act*:

- i. The pharmacoeconomic value of the medicine;
- ii. The size of the market for the medicine in Canada;
- iii. The GDP in Canada and GDP per capita in Canada.

[113] The applicants submit that the new mandatory factors constitute an unreasonable exercise of the Governor in Council’s regulation-making authority

tel qu’il a été exercé jusqu’en 2019, a violé les obligations internationales du Canada. Cette présumée « discrimination » à l’égard des médicaments brevetés par rapport à d’autres domaines technologiques est clairement présente depuis la création du Conseil. Je suis convaincu que les modifications sont conformes aux obligations internationales du Canada aux termes de l’Accord sur les ADPIC et de l’ALENA.

[110] Les demandereses présentent d’autres arguments au sujet des limites de la compétence du Conseil en matière de prix des fabricants, et j’aborderai ces arguments ci-dessous par rapport au nouveau calcul des prix.

[111] J’estime que l’objet des modifications en ce qui concerne les nouveaux facteurs obligatoires prévus à l’article 4 des modifications, ainsi que le CEPMB11 prévu à l’article 6 et à l’annexe des modifications sont suffisamment liés à l’objet du régime des médicaments brevetés dans le contexte de la *Loi sur les brevets* — protéger les consommateurs contre les abus en matière de prix excessifs — et compatibles avec cet objet. Chaque modification contestée est examinée plus en détail ci-dessous.

C. *Les modifications contestées*

1) Article 4 des modifications : les nouveaux facteurs obligatoires

[112] L’article 4 des modifications ajoute de nouveaux facteurs obligatoires dont le Conseil doit tenir compte lorsqu’il détermine si le prix d’un médicament breveté est « excessif » en application du paragraphe 85(1) de la *Loi sur les brevets* :

- i. la valeur pharmacoéconomique du médicament;
- ii. la taille du marché de ce médicament au Canada;
- iii. le PIB au Canada et le PIB par habitant au Canada.

[113] Les demandereses soutiennent que l’ajout des nouveaux facteurs obligatoires constitue un exercice déraisonnable du pouvoir de réglementation du gouverneur

under paragraphs 85(1)(e) and 101(1)(d) of the *Patent Act*. Their two primary submissions are that the new mandatory factors undermine the objects of the *Patent Act* and the Board’s jurisdictional limits, and are inconsistent with the governing statutory scheme, particularly section 85 of the *Patent Act*.

(a) **Pharmacoeconomic Value—consistency with the object of the *Patent Act***

[114] As previously discussed, pharmacoeconomic value is a measure of how much a medicine costs for the health benefit it provides, and this measure for a given medicine can be compared to other medicines or treatments. Pharmacoeconomic value provides information on the *relative* value of a drug as compared to other treatment options. A commonly used standardized unit of pharmacoeconomic value is the “quality-adjusted life year” or “QALY”. As explained by Dr. Lachaine, “cost-per-QALY”, which is the cost to deliver one additional year of life in perfect health, can be used to estimate the cost effectiveness of a drug. Public and private insurers will often use a cost-per-QALY threshold to set a limit on drug coverage, refusing to cover drugs that exceed the threshold. Dr. Lachaine’s evidence is that if the Board is to use pharmacoeconomic value to drive pricing decisions, it must use a cost-per-QALY threshold.

[115] The applicants submit that the new mandatory pharmacoeconomic value factor requires the Board to make systemic judgments on value for all Canadians; a role entirely unrelated to its statutory mandate to regulate patent abuse through excessive pricing of patented medicines. In the applicants’ view, inputs related to pharmacoeconomic value relate to policy decisions that have nothing to do with the patent grant or any action by the patentee that could be considered abusive, and this factor is therefore irrelevant to the statutory role of the Board. I again note that the applicants repeatedly refer to patent abuse in general, which obscures the Board’s actual

en conseil en vertu des alinéas 85(1)(e) et 101(1)(d) de la *Loi sur les brevets*. Selon leurs deux principales observations, les nouveaux facteurs obligatoires minent les objets de la *Loi sur les brevets* et les limites de la compétence du Conseil, et sont incompatibles avec le régime législatif applicable, en particulier l’article 85 de la *Loi sur les brevets*.

a) **Le facteur de la valeur pharmacoéconomique : compatibilité avec l’objet de la *Loi sur les brevets***

[114] Comme je l’ai déjà mentionné, la valeur pharmacoéconomique est la mesure du coût d’un médicament par rapport à son effet bénéfique sur la santé, qui peut être comparé à d’autres médicaments ou technologies de la santé. La valeur pharmacoéconomique fournit des renseignements sur la valeur *relative* d’un médicament par rapport à d’autres possibilités de traitement. Une unité normalisée couramment utilisée pour qualifier la valeur pharmacoéconomique est l’« année de vie pondérée par la qualité », ou « QALY ». Comme l’explique M. Lachaine, le « coût par QALY », qui est le coût d’une année de vie supplémentaire en parfaite santé, peut être utilisé pour estimer la rentabilité d’un médicament. Les assureurs publics et privés utiliseront souvent un seuil de coût par QALY pour fixer la limite de l’assurance-médicaments, refusant de couvrir les médicaments qui dépassent ce seuil. Les éléments de M. Lachaine indiquent que, si le Conseil doit utiliser la valeur pharmacoéconomique pour rendre des décisions concernant les prix, il doit utiliser un seuil de coût par QALY.

[115] Les demandresses soutiennent que le nouveau facteur obligatoire de la valeur pharmacoéconomique exige que le Conseil rende des jugements systémiques sur la valeur pour tous les Canadiens; ce rôle n’a rien à voir avec le mandat qui lui est confié par la loi de régler les abus des droits de brevets en raison des prix excessifs des médicaments brevetés. Selon les demandresses, les intrants relatifs à la valeur pharmacoéconomique ont trait à des décisions de politique générale qui n’ont rien à voir avec l’octroi du brevet ou avec toute action du breveté qui pourrait être considérée comme abusive, et ce facteur n’est donc pas pertinent

mandate of preventing and regulating the specific abuse of excessive pricing.

[116] CORD makes a similar submission on this point, arguing that the intention of adding economic-based factors is to cause significant price reductions for patented medicines, unrelated to whether prices were excessive. CORD suggests that this approach will reduce the incentive offered by the patent bargain in the name of generally lowering patented medicines prices.

[117] The applicants suggest the RIAS supports their position that the pharmacoeconomic value factor was chosen to “bring national pharmacare to Canada” (RIAS, at page 5955):

It is often noted that Canada is the only country with a publicly funded health care system that does not include universal pharmaceutical coverage. The result is a patchwork of public and private payers who lack the national buying power to counter the monopoly position of patentees. That monopoly position is bolstered by an increasing proportion of public and private spending that is taken up by high-cost medicines with few or no therapeutic alternatives. Requiring the PMPRB to consider the pharmacoeconomic value of these medicines will ensure that the concept of opportunity cost is taken into account in determining whether their price is excessive.

[118] In my view, the applicants misinterpret this passage from the RIAS, and misconstrue the relevance of pharmacoeconomic value to a determination of excessive pricing. As argued by the respondent, assessing pharmacoeconomic value is an objective exercise using a standardized measure of benefit. Such an exercise could justify higher prices for patented medicines that offer pharmacoeconomic value. As noted in the RIAS, this factor becomes more relevant for high-cost medicines with few or no therapeutic alternatives. Where the Board has limited reference pricing information available, it is limited in how it can conduct its excessive

au rôle conféré au Conseil par la loi. Je fais de nouveau remarquer que les demanderesse mentionnent souvent l’abus des droits de brevets en général, ce qui dissimule le mandat réel du Conseil de prévenir et de réglementer les abus particuliers en raison de prix excessifs.

[116] La CORD fait une observation similaire à cet égard, soutenant que l’ajout des facteurs économiques vise à entraîner des réductions importantes des prix des médicaments brevetés, que les prix soient excessifs ou non. La CORD laisse entendre que cette approche aura pour effet de limiter les possibilités offertes par le marché inhérent à l’octroi d’un brevet en vue de réduire en général les prix des médicaments brevetés.

[117] Les demanderesse laissent entendre que le REIR appuie leur position selon laquelle le facteur de la valeur pharmacoéconomique a été choisi pour [TRANSLATION] « introduire un régime national d’assurance-médicaments au Canada » (REIR, à la page 5955) :

Il est souvent indiqué que le Canada est le seul pays ayant un système de soins de santé financé par l’État qui ne comprend pas une assurance-médicaments universelle. Le résultat est une mosaïque de payeurs publics et privés qui n’ont pas le pouvoir d’achat national pour contrer la position de monopole des titulaires de brevets. Cette position de monopole est renforcée par des dépenses publiques et privées croissantes qui sont consacrées aux médicaments à coût élevé avec peu ou pas de solutions de rechange thérapeutiques. Le fait d’exiger que le CEPMB tienne compte de la valeur pharmacoéconomique de ces médicaments permettra de veiller à ce que le principe du coût d’option soit pris en considération au moment de déterminer si leur prix est excessif.

[118] À mon avis, les demanderesse interprètent mal ce passage du REIR, ainsi que la pertinence de la valeur pharmacoéconomique pour une détermination du caractère excessif des prix. Comme le soutient le défendeur, l’évaluation de la valeur pharmacoéconomique est un exercice objectif qui utilise une mesure normalisée des effets bénéfiques. Cet exercice pourrait justifier des prix plus élevés pour les médicaments brevetés qui offrent une valeur pharmacoéconomique. Comme il est mentionné dans le REIR, ce facteur devient plus pertinent pour les médicaments à coût élevé avec peu ou pas de solutions de rechange thérapeutiques. Lorsque le

pricing determination. Recognizing this limitation, the Governor in Council introduced this new factor and corresponding reporting requirement.

[119] Further, the applicants and CORD both focus on pharmacoeconomic value as if it will be used as a stand-alone factor. CORD submits that the Board will overtake the role of CADTH and INESSS by using fixed cost-per-QALY thresholds, ultimately picking “winners and losers” unrelated to whether a medicine has been priced excessively. This position overlooks the fact that the Board must consider pharmacoeconomic value alongside all the other mandatory factors—none of the factors are looked at in isolation. Otherwise, any decision of the Board could be reviewed on the basis of being unreasonable for failing to consider all mandatory factors.

[120] The Board must consider each subsection 85(1) factor, and cannot ignore any one factor, or allow any one factor to dominate such that other factors are rendered irrelevant (*Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 1155, 357 F.T.R. 35, at paragraph 47). The three new mandatory factors complement the four pre-existing factors in subsection 85(1). The weight given to any given factor by the Board will depend on the facts of each case.

[121] The remainder of CORD’s submissions are ultimately connected to the pharmacoeconomic value factor. CORD suggests that by implementing this factor, the Board will make policy decisions applying value-based price ceilings to patented medicines, and these decisions will have a disproportionately negative impact on patients with rare disorders due to the difficulty in determining the cost-effectiveness of treatments for rare disorders.

[122] Dr. Lachaine opines that some medicines may only treat a small patient pool and may provide only limited health improvements, but are nevertheless

Conseil dispose de peu de renseignements sur les prix de référence, il a peu de moyens de déterminer si les prix sont excessifs. Reconnaisant cette limite, le gouverneur en conseil a introduit ce nouveau facteur et l’exigence connexe en matière de rapports.

[119] De plus, les demanderesse et la CORD insistent sur la valeur pharmacoéconomique comme s’il s’agissait d’un facteur autonome. La CORD soutient que le Conseil devancerait le rôle de l’ACMTS et de l’INESSS s’il utilisait des seuils fixes de coût par QALY et finirait par choisir « les gagnants et les perdants » indépendamment de la question de savoir si le prix d’un médicament était excessif. Cette position ne tient pas compte du fait que le Conseil doit tenir compte de la valeur pharmacoéconomique, ainsi que de tous les autres facteurs obligatoires; aucun des facteurs n’est pris en compte de façon isolée. Autrement, toutes les décisions du Conseil seraient susceptibles de contrôle au motif qu’elles sont déraisonnables pour omission de tenir compte de tous les facteurs obligatoires.

[120] Le Conseil doit tenir compte de chaque facteur prévu au paragraphe 85(1), et ne peut pas ignorer un facteur ou accorder à l’un d’entre eux une importance qui a pour effet d’éclipser tous les autres (*Teva Neuroscience G.P.-S.E.N.C. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 1155, au paragraphe 47). Les trois nouveaux facteurs obligatoires complètent les quatre facteurs que prévoyait déjà le paragraphe 85(1). Le poids accordé à un facteur donné par le Conseil dépendra des faits propres à chaque affaire.

[121] Les autres observations de la CORD portent en fin de compte sur le facteur de la valeur pharmacoéconomique. La CORD laisse entendre que, en tenant compte de ce facteur, le Conseil prendra des décisions de politique générale en appliquant des plafonds de prix fondés sur cette valeur aux médicaments brevetés, et que ces décisions auront une incidence négative disproportionnée sur les patients atteints de maladies rares en raison de la difficulté à déterminer la rentabilité des traitements de maladies rares.

[122] M. Lachaine est d’avis que certains médicaments peuvent ne traiter qu’un petit bassin de patients et n’améliorer que de façon limitée leur santé, mais ils sont

considered highly valuable in that particular disease space. CORD's concern is that for small patient population sizes—inherent to rare diseases—price ceilings will be based on inaccurate estimates of value due to scarce data, and patentees may be unwilling to market medicines for these disorders in Canada due to the prohibitively low price ceilings.

[123] Further, CORD submits that the Amendments will inevitably result in reduced access to medicines for the treatment of rare disorders and fewer clinical trials being conducted in Canada; results that are inconsistent with the purpose of the *Patent Act* and the Amendments.

[124] I agree with the respondent that each of these submissions is speculative, and outside the scope of a *vires* challenge. The Court's view of whether the Amendments will succeed in achieving the statutory objectives is irrelevant (*Katz*, at paragraph 28). Much of CORD's submissions mirror the position it took during stakeholder consultation with the Minister of Health, and the RIAS explains that the international evidence does not support the suggestion that patentees will delay market entry in Canada due to the Amendments. A *vires* challenge is not an opportunity to litigate policy issues explored with stakeholders in the consultation process.

(b) Market Size and GDP—consistency with the object of the *Patent Act*

[125] With respect to market size and GDP, the applicants submit that these factors address affordability, requiring the Board to consider the impact of the cost of the drug across all patients and the average Canadian's ability to pay. These matters, the applicants say, are unrelated to the reference pricing scheme in the *Patent Act* and inconsistent with the patent bargain. To this point, Dr. Cockburn—a business professor—opines that the

néanmoins considérés comme très utiles dans le cas de cette catégorie particulière de maladies. La préoccupation de la CORD est que, pour des groupes restreints de patients visés — inhérents aux maladies rares —, les plafonds de prix seront fondés sur des estimations inexactes de la valeur en raison de données rares, et que les brevétés pourraient ne pas être disposés à commercialiser des médicaments pour ces maladies au Canada en raison des plafonds de prix très bas.

[123] De plus, la CORD soutient que les modifications entraîneront inévitablement une réduction de l'accès aux médicaments pour le traitement des maladies rares et une réduction du nombre d'essais cliniques effectués au Canada; ces conséquences sont incompatibles avec l'objet de la *Loi sur les brevets* et des modifications.

[124] Je suis d'accord avec le défendeur pour dire que chacune de ces observations est hypothétique et ne relève pas de la portée d'une contestation de la validité. L'avis de la Cour à l'égard de la question de savoir si les modifications réussiront à atteindre les objectifs prévus par la loi n'est pas pertinent (*Katz*, au paragraphe 28). Une grande partie des observations de la CORD reflètent la position qu'elle a adoptée lors de la consultation des intervenants avec la ministre de la Santé, et le REIR explique que les éléments de preuve internationaux n'appuient pas la suggestion selon laquelle les brevétés retarderont l'entrée sur le marché au Canada en raison des modifications. Une contestation de la validité n'est pas une occasion de plaider les questions de principe examinées avec les intervenants dans le cadre du processus de consultation.

b) Le facteur de la taille du marché et du PIB : compatibilité avec l'objet de la *Loi sur les brevets*

[125] En ce qui concerne la taille du marché et le PIB, les demanderesse soutiennent que ces facteurs portent sur l'abordabilité, ce qui oblige le Conseil à tenir compte de l'incidence du coût du médicament sur tous les patients et de la capacité du Canadien moyen à payer. Selon les demanderesse, ces questions ne sont pas liées au régime d'établissement des prix de référence prévu dans la *Loi sur les brevets* et ne sont pas compatibles

patent monopoly allows the patentee to make its own pricing decisions, and these decisions may affect the ability of some to purchase the product.

[126] I find the applicants' arguments unpersuasive, and Dr. Cockburn's opinion misses the mark.

[127] While the patent monopoly allows patentees to price their products in a competition-free environment, patentees of medicines do not have unfettered pricing discretion. They must comply with Parliament's excessive pricing scheme as contained in the Patented Medicines Regime and implemented by the Board. The prevention of excessive patented medicines prices comes within Parliament's jurisdiction over patents under subsection 91(22) of the *Constitution Act, 1867* (*Canada (Attorney General) v. Sandoz Canada Inc.*, 2015 FCA 249, 390 D.L.R. (4th) 691 (*Sandoz*), at paragraph 116; *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165 (*Alexion FCA*), at paragraph 61).

[128] In *Katz*, the Supreme Court found it is "somewhat ethereal to speak of a commercial 'right' to trade in a market as highly regulated as is the pharmaceutical market in Ontario", noting that the relevant legislation expressly authorised interference with a manufacturer's ability to enter and remain in the market (*Katz*, at paragraph 44). Similarly, patentees of medicines do not have a general "right" to make their own pricing decisions in Canada. The Patented Medicines Regime, validly enacted pursuant to Parliament's constitutional jurisdiction over patents, expressly authorises the Board to monitor, and when necessary challenge, a patentee's ability to set prices based on what the Board determines to be excessive, and expressly authorises the Governor in Council to make regulations that the Board must consider in making its determination.

avec le marché inhérent à l'octroi d'un brevet. Jusqu'à maintenant, M. Cockburn, professeur en administration des affaires, estime que le monopole conféré par un brevet permet au breveté de prendre ses propres décisions en matière de prix, et que ces décisions peuvent influencer sur la capacité de certains à acheter le produit.

[126] J'estime que les arguments des demanderessees ne sont pas convaincants, et que l'opinion de M. Cockburn ne tient pas.

[127] Bien que le monopole conféré par les brevets permette aux brevetés de fixer le prix de leurs produits dans un environnement sans concurrence, les titulaires de brevets de médicaments n'ont aucun pouvoir discrétionnaire illimité en matière d'établissement des prix. Ils doivent se conformer au régime des prix excessifs du législateur, tel qu'il est prévu dans le régime des médicaments brevetés et mis en œuvre par le Conseil. La prévention de la vente de médicaments brevetés à des prix excessifs se rattache à la compétence fédérale en matière de brevets en vertu du paragraphe 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (*Canada (Procureur général) c. Sandoz Canada Inc.*, 2015 CAF 249 (*Sandoz*), au paragraphe 116; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241 (*Alexion CAF*), au paragraphe 61).

[128] Dans l'arrêt *Katz*, la Cour suprême a conclu qu'il était « quelque peu immatériel de parler d'un "droit" commercial de faire des échanges dans un marché aussi réglementé que le marché pharmaceutique ontarien », faisant remarquer que les lois pertinentes autorisaient expressément à restreindre la possibilité pour un fabricant d'entrer sur le marché et d'y demeurer (*Katz*, au paragraphe 44). De même, les titulaires de brevets de médicaments n'ont pas le « droit » général de prendre leurs propres décisions en matière de prix au Canada. Le régime des médicaments brevetés, validement adopté en vertu de la compétence fédérale en matière de brevets, conférée par la Constitution, autorise expressément le Conseil à surveiller et, au besoin, à contester la capacité d'un breveté à fixer des prix en fonction de ce que le Conseil estime excessif, et autorise expressément le gouverneur en conseil à prendre des règlements dont le Conseil doit tenir compte pour prendre sa décision.

[129] The Board's consumer protection mandate is intended to ensure patent monopolies are not abused to the financial detriment of Canadians (*Celgene*, at paragraphs 28–29). This mandate places the focus on the consumer, and is directly connected to affordability. This point was recognized by the Honourable Harvie Andre in the House of Commons debates leading up to the Board's creation:

There is the question of consumer protection. What good would come of it if we had all kinds of new drugs and no one could afford them? If the sick and elderly could not get access to the drugs, what good would come of it?

...

I humbly submit that anybody who takes an objective view of what we are proposing will see that we have in place enormous checks and balances to ensure that consumer prices of drugs remain reasonable.

(Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 33rd Parl., 2nd Sess., Vol. 1 (November 20, 1986), at pages 1371 and 1373 (Hon. Harvie Andre).)

[130] Moreover, the applicants' position centres on the reference pricing factors specified in paragraphs 85(1)(a) through (d). As part of the 1993 *Patent Act* amendments, Parliament contemplated that further factors may be required over time to enable the Board to fulfill its mandate, and thus empowered the Governor in Council to make new regulations specifying factors for the purposes of subsection 85(1) on the recommendation of the Minister of Health. Pursuant to paragraph 85(1)(e), any such factors must be considered by the Board in determining whether a patentee sold a medicine at an excessive price. In this way, gaps in the Board's ability to fulfill its mandate can be addressed efficiently by way of regulations (*West Fraser Mills*, at paragraph 20).

[129] Le mandat du Conseil en matière de protection des consommateurs vise à garantir que les monopoles conférés par des brevets ne sont pas exploités au détriment financier des Canadiens (*Celgene*, aux paragraphes 28 et 29). Ce mandat met l'accent sur le consommateur et est directement lié à l'abordabilité. Ce point a été reconnu par l'honorable Harvie Andre dans les débats de la Chambre des communes qui ont mené à la création du Conseil :

Il y a la question de la protection des consommateurs. A quoi cela nous servirait-il d'avoir toutes sortes de nouveaux médicaments si personne n'avait les moyens de se les payer? Si les gens malades et les personnes âgées ne pouvaient pas se payer ces médicaments, à quoi serviraient-ils?

[...]

À mon humble avis, si l'on examine objectivement notre proposition, on verra que nous avons mis sur pied un énorme mécanisme de poids et contrepoids pour nous assurer que le prix à la consommation des médicaments demeurera raisonnable.

(Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 33^e lég., 2^e sess., vol. 1 (le 20 novembre 1986), aux pages 1371 et 1373 (l'honorable Harvie Andre).)

[130] De plus, la position des demanderesse est axée sur les facteurs d'établissement des prix de référence précisés aux alinéas 85(1)a) à d). Dans le cadre des modifications apportées à la *Loi sur les brevets* en 1993, le Parlement a envisagé que d'autres facteurs pourraient être nécessaires au fil du temps pour permettre au Conseil de remplir de son mandat, et il a donc accordé au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre de nouveaux règlements définissant les facteurs aux fins d'application du paragraphe 85(1), sur recommandation du ministre de la Santé. En vertu de l'alinéa 85(1)e), le Conseil doit tenir compte de ces facteurs lorsqu'il détermine si un breveté a vendu un médicament à un prix excessif. Ainsi, les lacunes dans la capacité du Conseil à remplir son mandat peuvent être comblées de façon efficace par des règlements (*West Fraser Mills*, au paragraphe 20).

(c) **Inconsistency of the new mandatory factors with the statutory scheme**

[131] Finally, the applicants submit that the text and structure of the *Patent Act* support a finding that the Governor in Council exceeded the scope of her regulation-making authority by promulgating the new mandatory factors. In support of this position, they say that section 85 of the *Patent Act* was drafted with the clear intent that the Board is to make assessments based on factors related to price, and price only. The applicants invoke principles of statutory interpretation, specifically the *ejusdem generis* rule, to argue that Parliament intended to limit the scope of the Governor in Council's authority to make regulations specifying factors for the purposes of subsection 85. Specifically, the applicants argue that any new subsection 85(1) factor must be rationally connected to the reference pricing scheme set out in subsection 85(1).

[132] For the following reasons, I disagree.

[133] The governing statutory scheme is likely “the most salient aspect of the legal context” relevant to the administrative decision (*Vavilov*, at paragraph 108). Whether an administrative decision maker's interpretation of its statutory grant of authority is justified will depend on the context, including the language chosen by the legislature in defining the scope of the decision maker's authority (*Vavilov*, at paragraph 110).

[134] At issue is the scope of the Governor in Council's regulation-making authority, as found in section 101 of the *Patent Act*. The decision under review is that of the Governor in Council, not the Board. As previously noted, these are different entities with separate roles and powers within the Patented Medicines Regime.

[135] While *Vavilov* directs reviewing courts to consider whether the decision maker has properly justified

c) **Incompatibilité des nouveaux facteurs obligatoires avec le régime législatif**

[131] Enfin, les demanderesse soutiennent que le libellé et la structure de la *Loi sur les brevets* permettent de conclure que le gouverneur en conseil a dépassé la portée de son pouvoir de réglementation en promulguant les nouveaux facteurs obligatoires. À l'appui de cette position, elles affirment que l'article 85 de la *Loi sur les brevets* a été rédigé avec l'intention claire d'obliger le Conseil à effectuer des évaluations en tenant compte de facteurs relatifs au prix et au prix seulement. Les demanderesse invoquent des principes d'interprétation législative, plus précisément la règle *ejusdem generis*, pour soutenir que le législateur avait l'intention de limiter la portée du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil de définir les facteurs d'application du paragraphe 85. Plus précisément, les demanderesse soutiennent qu'il doit exister un lien rationnel entre le nouveau facteur énoncé au paragraphe 85(1) et le régime d'établissement des prix de référence prévu au paragraphe 85(1).

[132] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec les demanderesse.

[133] Le régime législatif applicable est probablement « l'aspect le plus important du contexte juridique » des décisions administratives (*Vavilov*, au paragraphe 108). La question de savoir si l'interprétation qu'a donnée le décideur administratif de ses dispositions habilitantes est justifiée dépendra du contexte, notamment des mots choisis par le législateur pour décrire la portée du pouvoir du décideur (*Vavilov*, au paragraphe 110).

[134] La question en litige porte sur la portée du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil, comme prévu à l'article 101 de la *Loi sur les brevets*. La décision faisant l'objet du présent contrôle est celle du gouverneur en conseil, et non pas celle du Conseil. Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit d'entités différentes ayant des rôles et des pouvoirs distincts aux termes du régime des médicaments brevetés.

[135] Bien que, dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême ordonne aux cours de révision d'examiner la question de

its interpretation of its statutory grant of authority in light of the surrounding context, in cases such as this, there are no reasons for the Court to review. The most this Court can deduce from the Order in Council is that the Governor in Council quite clearly believed she had the authority to make the Amendments pursuant to subsection 101(1) of the *Patent Act*. The Court must therefore determine whether this interpretation was reasonable, having regard to the text, context, and purpose of the provision at issue.

[136] The regulation-making authority conferred on the Governor in Council by subsection 101(1) of the *Patent Act* is broad. Relevant to the new mandatory factors is the text of paragraph 101(1)(d):

Regulations

101 (1) Subject to subsection (2), the Governor in Council may make regulations

...

(d) specifying factors for the purposes of subsection 85(1) or (2), including factors relating to the introductory price of any medicine to which a patented invention pertains;

[137] Subsection 101(2) includes a condition precedent that applies to paragraph 101(1)(d), requiring a recommendation from the Minister of Health made after the Minister has consulted with the necessary stakeholders. The Minister of Health consulted with the relevant parties on all aspects of the Impugned Amendments before recommending that the Governor in Council make the Amendments. The condition precedent was therefore satisfied, and the applicants do not argue otherwise.

[138] On its face, the language of paragraph 101(1)(d) does not limit the type of factors the Governor in Council may specify by way of regulation, so long as such factors are “for the purposes of subsection 85(1) or (2)”.

[139] Subsection 85(1) of the *Patent Act*, described above in the Background section, reads as follows:

savoir si le décideur a dûment justifié son interprétation de ses dispositions habilitantes en tenant compte de leur contexte, en l’espèce, la Cour n’est saisie d’aucun motif à examiner. Le mieux que la Cour puisse déduire du décret est que le gouverneur en conseil croyait très clairement qu’il avait le pouvoir d’apporter les modifications en vertu du paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets*. La Cour doit donc déterminer si cette interprétation était raisonnable, compte tenu du libellé, du contexte et de l’objet de la disposition en cause.

[136] Le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 101(1) de la *Loi sur les brevets* est vaste. Le libellé de l’alinéa 101(1)d) est pertinent quant aux nouveaux facteurs obligatoires :

Rèlements

101 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le gouverneur en conseil peut, par règlement :

[...]

d) définir les facteurs d’application des paragraphes 85(1) ou (2), y compris les facteurs relatifs au prix de lancement d’un médicament;

[137] Le paragraphe 101(2) comprend une condition préalable qui s’applique à l’alinéa 101(1)d), laquelle exige une recommandation du ministre de la Santé faite après consultation par celui-ci des intervenants qu’il juge utile de consulter. La ministre de la Santé a consulté les parties concernées sur tous les aspects des modifications contestées avant de recommander que le gouverneur en conseil apporte les modifications. La condition préalable a donc été remplie, et les demanderesse ne prétendent pas le contraire.

[138] À première vue, le libellé de l’alinéa 101(1)d) ne limite pas le type de facteurs que le gouverneur en conseil peut définir par règlement, à condition qu’il s’agisse de facteurs « d’application des paragraphes 85(1) ou (2) ».

[139] Le paragraphe 85(1) de la *Loi sur les brevets*, décrit ci-dessus dans la section « Contexte », est ainsi libellé :

Factors to be considered

85 (1) In determining under section 83 whether a medicine is being or has been sold at an excessive price in any market in Canada, the Board shall take into consideration the following factors, to the extent that information on the factors is available to the Board:

- (a) the prices at which the medicine has been sold in the relevant market;
- (b) the prices at which other medicines in the same therapeutic class have been sold in the relevant market;
- (c) the prices at which the medicine and other medicines in the same therapeutic class have been sold in countries other than Canada;
- (d) changes in the Consumer Price Index; and
- (e) such other factors as may be specified in any regulations made for the purposes of this subsection.

[140] The applicants begin their contextual argument by submitting that “in paragraph 85(1)(e), Parliament provides the Governor in Council with a limited jurisdiction to add new mandatory factors.” Their principal contextual argument is this: paragraphs 85(1)(a)–(d) all list *price* factors that the Board must consider, so the common feature in the list is “price” at which a medicine has been “sold”. Applying the *ejusdem generis* rule, paragraph 85(1)(e) therefore only authorizes the Governor in Council to add new mandatory factors related to the “price” at which the medicine is “sold”. In the words of paragraph 85(1)(e), the factors must be “for the purposes of this subsection”.

[141] The *ejusdem generis*, or “limited class” rule is “a working rule of construction which, properly applied, is of assistance in elucidating the intention of the legislature” (*Johnston v. Canadian Credit Men’s Trust Association*, [1932] S.C.R. 219, at page 220). When interpreting a clause in a statute that sets out a list of specific words followed by a general term, the rule dictates that the general term is limited to “the genus of the narrow enumeration that precedes it” (*National Bank*

Facteurs de fixation du prix

85 (1) Pour décider si le prix d’un médicament vendu sur un marché canadien est excessif, le Conseil tient compte des facteurs suivants, dans la mesure où des renseignements sur ces facteurs lui sont disponibles :

- a) le prix de vente du médicament sur un tel marché;
- b) le prix de vente de médicaments de la même catégorie thérapeutique sur un tel marché;
- c) le prix de vente du médicament et d’autres médicaments de la même catégorie thérapeutique à l’étranger;
- d) les variations de l’indice des prix à la consommation;
- e) tous les autres facteurs précisés par les règlements d’application du présent paragraphe.

[140] Les demandresses commencent leur argument contextuel en soumettant que, [TRADUCTION] « à l’alinéa 85(1)e), le législateur accorde au gouverneur en conseil une compétence limitée pour ajouter de nouveaux facteurs obligatoires ». Leur principal argument contextuel est le suivant : les alinéas 85(1)a) à d) énumèrent tous des facteurs relatifs au *prix* dont le Conseil doit tenir compte, de sorte que la caractéristique commune de la liste est le « prix » auquel un médicament a été « vendu ». Par conséquent, en appliquant la règle *ejusdem generis*, l’alinéa 85(1)e) n’autorise que le gouverneur en conseil à ajouter de nouveaux facteurs obligatoires liés au « prix » auquel le médicament est « vendu ». Selon le libellé de l’alinéa 85(1)e), les facteurs doivent être précisés par les règlements d’« application du présent paragraphe ».

[141] La règle *ejusdem generis*, ou la règle relative aux [TRADUCTION] « choses du même ordre », est [TRADUCTION] « une règle fonctionnelle d’interprétation qui, appliquée comme il se doit, aide à déceler l’intention du législateur » (*Johnston v. Canadian Credit Men’s Trust Association*, [1932] R.C.S. 219, à la page 220). Lorsqu’on interprète une disposition d’une loi qui énumère une liste de termes précis suivie d’un terme général, la règle exige que le terme général soit limité au

of Greece (Canada) v. Katsikonouris, [1990] 2 S.C.R. 1029, at page 1040).

[142] The difficulty with the applicants' submission is that paragraph 85(1)(e) is not the power-conferring provision at issue. The applicants have misconstrued the statutory scheme in an attempt to use the *ejusdem generis* rule to limit the addition of new factors to those related to the original factors set out by Parliament at the time of drafting.

[143] Subsection 85(1) prescribes factors that the Board must consider when determining whether the price of a patented medicine is excessive under section 83. This provision is directed towards the Board, guiding it in its mandate to prevent excessive pricing. Paragraph 85(1)(e) requires the Board to consider factors made by regulation "for the purposes of this subsection".

[144] The Governor in Council's regulation-making authority to specify factors for the purposes of subsection 85(1) is found in paragraph 101(1)(d) of the *Patent Act*, and is not limited by the existing subsection 85(1) factors. In my view, "for the purposes of subsection 85(1) or (2)" as used in paragraph 101(1)(d) means for the purpose of specifying additional mandatory and optional factors for the Board to consider in determining whether a patented medicine has been sold at an excessive price.

[145] To this point, the respondent submits that to apply the *ejusdem generis* rule as the applicants urge would lead to an insensible result where new factors could only be factors that the legislators thought to enact at the time of drafting. Such a limitation would constitute a profound and unfounded limitation on Parliament's ability to delegate regulation-making authority, defeating the stated purpose of paragraph 101(1)(d).

[146] The cases relied on by the applicants involve scenarios where the power-conferring provision included a list of specific words or phrases followed by a general

« genre de l'énumération restreinte qui le précède » (*Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, à la page 1040).

[142] La faille de cet argument des demanderesse est que l'alinéa 85(1)e n'est pas la disposition habilitante en cause. Les demanderesse ont mal interprété le régime législatif en tentant d'utiliser la règle *ejusdem generis* pour limiter l'ajout de nouveaux facteurs aux facteurs initiaux établis par le législateur à l'époque de la rédaction de la *Loi sur les brevets*.

[143] Le paragraphe 85(1) prévoit les facteurs dont le Conseil doit tenir compte lorsqu'il détermine si le prix d'un médicament breveté est excessif conformément à l'article 83. Cette disposition vise le Conseil et oriente celui-ci dans son mandat de prévenir l'établissement de prix excessifs. L'alinéa 85(1)e exige que le Conseil tienne compte des facteurs précisés par les règlements « d'application du présent paragraphe ».

[144] Le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil de définir les facteurs d'application du paragraphe 85(1) est conféré par l'alinéa 101(1)d de la *Loi sur les brevets*, et n'est pas limité par les facteurs prévus au paragraphe 85(1). À mon avis, l'énoncé « d'application des paragraphes 85(1) ou (2) » figurant à l'alinéa 101(1)d signifie qu'il faut définir d'autres facteurs obligatoires et facultatifs dont le Conseil doit tenir compte lorsqu'il détermine si un médicament breveté a été vendu à un prix excessif.

[145] À cet égard, le défendeur soutient que l'application de la règle *ejusdem generis*, comme le demandent les demanderesse, entraînerait un résultat insensé selon lequel de nouveaux facteurs ne pourraient être que des facteurs que les législateurs pensaient adopter au moment de la rédaction de la *Loi sur les brevets*. Il s'agirait d'une restriction drastique et sans fondement touchant la capacité du Parlement à déléguer le pouvoir de réglementation, qui irait à l'encontre de l'objet énoncé à l'alinéa 101(1)d.

[146] Les affaires sur lesquelles se fondent les demanderesse concernent des scénarios où la disposition habilitante comprenait une liste de termes ou de

term (*Newfoundland (Minister of Forest Resources and Agrifoods) v. A.L. Stuckless and Sons Ltd.*, 2005 NLCA 11, 244 Nfld. & P.E.I.R. 298, at paragraphs 22, 83–84; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342, at paragraphs 9, 21–22). The courts in these cases found that the broad, general power-conferring provision was limited by the more specific words preceding it, applying the *ejusdem generis* rule to the power-conferring provision.

[147] None of the cases relied upon provide support for the applicants' position that the broad regulation-making authority granted to the Governor in Council in paragraph 101(1)(d) of the *Patent Act* is somehow limited by existing mandatory factors that the Board must consider in subsection 85(1). The applicants improperly ask the Court to read the existing factors into the power-conferring provision.

[148] The applicants' final contextual interpretation argument is that the narrow jurisdiction afforded to the Governor in Council under paragraph 85(1)(e) is reinforced by the broader language of paragraph 85(2)(b). This provision allows the Board to take into consideration such factors "as are, in the opinion of the Board, relevant in the circumstances" where the Board is unable to reach a determination based on the factors in subsection 85(1). The applicants say that Parliament's choice of broad language in this paragraph signals its intention that the ambit of paragraph 85(1)(e) is solely related to the items already set out in that subsection.

[149] Again, paragraph 85(1)(e) is not the power-conferring provision at issue. Section 85 is directed towards the Board, with subsection 85(1) dictating mandatory factors the Board must consider, and subsection 85(2) defining optional factors the Board may consider in certain circumstances. The "textual confines" of this provision do not serve to limit the regulation-making authority granted to the Governor in Council in paragraph 101(1)(d).

phrases précis suivie d'un terme général (*Newfoundland (Minister of Forest Resources and Agrifoods) v. A.L. Stuckless and Sons Ltd.*, 2005 NLCA 11, 244 Nfld. & P.E.I.R. 298, aux paragraphes 22, 83 et 84; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342, aux paragraphes 9, 21 et 22). Dans ces affaires, après avoir appliqué la règle *ejusdem generis*, les cours ont conclu que la disposition habilitante générale était limitée par les termes plus précis qui la précédaient.

[147] Aucune des affaires invoquées n'appuie la position des demanderesse selon laquelle le vaste pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par l'alinéa 101(1)d) de la *Loi sur les brevets* est en quelque sorte limité par les facteurs obligatoires existants qui sont énoncés au paragraphe 85(1) et dont le Conseil doit tenir compte. Les demanderesse demandent à tort à la Cour d'incorporer par interprétation à la disposition habilitante les facteurs existants.

[148] L'argument final des demanderesse quant à l'interprétation contextuelle est que la compétence étroite conférée au gouverneur en conseil par l'alinéa 85(1)e) est renforcée par le libellé plus général de l'alinéa 85(2)b). Cette disposition permet au Conseil de tenir compte des facteurs « qu'il estime pertinents » lorsqu'il n'est pas en mesure de se prononcer sur une question eu égard aux facteurs énoncés au paragraphe 85(1). Les demanderesse affirment que le choix du législateur d'employer des termes généraux à ce paragraphe indique son intention que l'alinéa 85(1)e) ne porte que sur des éléments déjà énoncés dans ce paragraphe.

[149] Encore une fois, l'alinéa 85(1)e) n'est pas la disposition habilitante en cause. L'article 85 vise le Conseil, le paragraphe 85(1) définit les facteurs obligatoires dont le Conseil doit tenir compte, et le paragraphe 85(2) définit les facteurs facultatifs dont le Conseil peut tenir compte dans certaines circonstances. Les [TRADUCTION] « limites textuelles » de cette disposition ne servent pas à limiter le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par l'alinéa 101(1)d).

(d) Conclusion on section 4 of the Amendments

[150] To conclude, I agree with the respondent that the new mandatory factors and corresponding reporting requirements set out in section 4 of the Amendments fall within the Governor in Council's regulation-making authority pursuant to paragraph 101(1)(d) of the *Patent Act*. Further, the applicants have not established that section 4 of the Amendments is "irrelevant", "extraneous", or "completely unrelated" to the statutory purpose of the Patented Medicines Regime in the context of the *Patent Act* as a whole.

[151] I find that the applicants' position is unsupported by the text of section 101 and the scheme of the *Patent Act*, and would unreasonably narrow the authority conferred on the Governor in Council in paragraph 101(1)(d).

[152] The new mandatory factors included in section 4 of the Amendments are within the scope of the Governor in Council's regulation-making authority to "[specify] factors for the purpose of subsection 85(1)" found in paragraph 101(1)(d).

[153] The Governor in Council's decision to promulgate this regulation is therefore reasonable.

(2) Section 6 and the schedule to the Amendments: the PMPRB11

[154] The applicants acknowledge that the Governor in Council has discretion to select the basket of comparator countries, but submit that the basis upon which the Governor in Council selected the PMPRB11 conflicts with the purpose of subsection 85(1), and the *Patent Act* in general, and is therefore unreasonable. Even where, as here, an administrative decision maker has considerable discretion in making a particular decision, that decision must comply with the rationale and purview of the governing statutory scheme (*Vavilov*, at paragraph 108; *Katz*, at paragraph 24).

d) Conclusion relative à l'article 4 des modifications

[150] Pour conclure, je suis d'accord avec le défendeur pour dire que les nouveaux facteurs obligatoires et les exigences connexes en matière de rapports qui sont énoncés à l'article 4 des modifications relèvent du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil conféré par l'alinéa 101(1)d de la *Loi sur les brevets*. De plus, les demanderessees n'ont pas établi que l'article 4 des modifications est « sans importance », « non pertinent » ou « complètement étranger » à l'objet du régime des médicaments brevetés dans le contexte de la *Loi sur les brevets* dans son ensemble.

[151] J'estime que la position des demanderessees n'est pas appuyée par le libellé de l'article 101 et le régime de la *Loi sur les brevets*, et qu'elle restreindrait de façon déraisonnable le pouvoir conféré au gouverneur en conseil par l'alinéa 101(1)d.

[152] Les nouveaux facteurs obligatoires inclus à l'article 4 des modifications relèvent de la portée du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil de « définir les facteurs d'application d[u] paragraph[e] 85(1) », qui est conféré par l'alinéa 101(1)d.

[153] La décision du gouverneur en conseil de promulguer le Règlement est donc raisonnable.

2) Article 6 et annexe des modifications : le CEPMB11

[154] Les demanderessees reconnaissent que le gouverneur en conseil a le pouvoir discrétionnaire de choisir l'ensemble de pays de comparaison, mais ils soutiennent que le fondement sur lequel le gouverneur en conseil s'est appuyé pour choisir le CEPMB11 est incompatible avec l'objet du paragraphe 85(1) et de la *Loi sur les brevets* en général, et qu'il est donc déraisonnable. Bien que, comme en l'espèce, un décideur administratif dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de prendre une décision en particulier, cette décision doit en fin de compte être conforme à la raison d'être et à la portée du régime législatif sous lequel elle a été adoptée (*Vavilov*, au paragraphe 108; *Katz*, au paragraphe 24).

[155] As part of its excessive pricing determinations, paragraph 85(1)(c) requires the Board to consider prices of medicines in countries other than Canada. The list of comparator countries is set out in the schedule to the Regulations, and may be changed by the Governor in Council using her regulatory making authority to specify information patentees must report to the Board. Section 6 of the Amendments changes the existing list of countries—the PMPRB7—to the list of countries in the schedule to the Amendments: the PMPRB11. The decision to modernize the schedule was made in part because the original criteria used to select comparator countries were found to provide an incomplete and flawed basis of comparison (RIAS, at page 5953).

[156] The PMPRB11 countries were selected based on three requirements: measures that constrain free market pricing; similar economic standing to Canada; and similar market characteristics to Canada.

[157] The applicants make two primary submissions on the PMPRB11. First, excluding countries that have free market pricing directly conflicts with the patent bargain, as the patent monopoly provides the patentee with discretion over its prices. Second, the Governor in Council has improperly used the selection of the PMPRB11 as a form of price control. To this point, Dr. Cockburn opines that the manner in which the new basket of comparator countries was selected moves Canada away from a system of detecting patent abuse, and effectively imports a price control scheme reflective of federal government efforts to lower drug prices.

[158] In the applicants' submission, the purpose for selecting the PMPRB11 is inconsistent with the purpose of the *Patent Act*. I disagree.

[159] As previously noted, patentees of medicines do not have unfettered discretion to make their own pricing

[155] Dans le cadre de ses décisions concernant des prix excessifs, le Conseil est tenu, conformément à l'alinéa 85(1)c), d'examiner les prix des médicaments à l'étranger. La liste des pays de comparaison est énoncée à l'annexe du Règlement et peut être modifiée par le gouverneur en conseil en exerçant son pouvoir de réglementation pour préciser les renseignements que les brevetés doivent présenter au Conseil. L'article 6 des modifications remplace la liste existante des pays — le CEPMB7 — par la liste des pays figurant à l'annexe des modifications : le CEPMB11. La décision de moderniser l'annexe a été prise en partie parce que les critères initiaux utilisés pour sélectionner les pays de comparaison ont été jugés incomplets et erronés (REIR, à la page 5953).

[156] Les pays du CEPMB11 ont été sélectionnés en fonction de trois exigences : des mesures stratégiques qui limitent l'établissement libre des prix marchands; une situation économique comparable à celle du Canada; et des caractéristiques semblables sur le marché à celles du Canada.

[157] Les demandresses présentent deux principales observations sur le CEPMB11. Premièrement, l'exclusion des pays où on établit librement les prix marchands est directement incompatible avec le marché inhérent à l'octroi d'un brevet, puisque le monopole accordé par ce dernier confère au breveté un pouvoir discrétionnaire à l'égard de ses prix. Deuxièmement, le gouverneur en conseil a mal utilisé la sélection du CEPMB11 comme forme de contrôle des prix. À cet égard, M. Cockburn estime que la façon dont le nouvel ensemble de pays de comparaison a été choisi écarte le Canada d'un système de détection des abus des droits dérivant de brevets et importe efficacement un système de contrôle des prix qui reflète les efforts du gouvernement fédéral visant à réduire les prix des médicaments.

[158] Selon les demandresses, l'objet de la sélection du CEPMB11 est incompatible avec l'objet de la *Loi sur les brevets*. Je ne suis pas d'accord.

[159] Comme je l'ai déjà mentionné, les titulaires de brevets de médicaments n'ont aucun pouvoir discrétionnaire

decisions in Canada. Patented medicines prices are regulated in the context of the Patented Medicines Regime.

[160] Moreover, the PMPRB11 does not, in and of itself, constitute a form of price control. The schedule merely requires patentees to file pricing information from the 11 countries listed, if available. The updated list of countries does not amount to price control any more than the previous list of countries. Board staff use this pricing information to identify prices that appear to be excessive based on its guidelines, and the Board can only order price reductions if, following a hearing, it determines that the price of a patented medicine is excessive based on all of the subsection 85(1) factors. Simply performing a price comparison does not dictate that a specific conclusion must follow (*Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 734, [2019] 4 F.C.R. 418 (*Alexion 2019*), at paragraph 59, quoting with approval from *Leo Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 306, 57 C.P.R. (4th) 174, at paragraph 18).

[161] I also note that the Federal Court of Appeal has held that the Patented Medicines Regime—sections 79 to 103 of the *Patent Act*—make up a constitutionally valid price control scheme enacted by Parliament to prevent the abuse of excessive pricing (*Alexion FCA*, above, at paragraphs 60–63; *Sandoz*, above, at paragraph 116). The Patented Medicines Regime empowers the Board to make determinations of excessive pricing, having considered particular factors.

[162] The applicants have not established that the selection of the PMPRB11 is inconsistent with or irrelevant to the purpose of the Patented Medicines Regime in the context of the *Patent Act*. The Governor in Council's decision to amend the basket of comparator countries is therefore reasonable.

illimité à l'égard de la prise de décisions en matière de prix au Canada. Les prix des médicaments brevetés sont réglementés dans le contexte du régime des médicaments brevetés.

[160] De plus, le CEPMB11 ne constitue pas en soi une forme de contrôle des prix. L'annexe exige simplement que les brevetés présentent des renseignements sur les prix dans les 11 pays énumérés, si ceux-ci sont disponibles. La liste actualisée des pays ne constitue pas un contrôle des prix, pas plus que la liste précédente. Le personnel du Conseil utilise ces renseignements sur les prix pour déterminer les prix qui semblent excessifs selon ses lignes directrices, et le Conseil ne peut ordonner des réductions de prix que si, après la tenue d'audiences, il détermine que le prix d'un médicament breveté est excessif, compte tenu de tous les facteurs prévus au paragraphe 85(1). Même si une comparaison de prix a été effectuée, il n'est pas obligatoire d'en adopter les conclusions (*Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 734, [2019] 4 R.C.F. 418 (*Alexion 2019*), au paragraphe 59, citant favorablement *LEO Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 306, au paragraphe 18).

[161] Je fais également remarquer que la Cour d'appel fédérale a conclu que le régime des médicaments brevetés — articles 79 à 103 de la *Loi sur les brevets* — constitue un régime de contrôle des prix valide sur le plan constitutionnel qui a été adopté par le Parlement pour prévenir les abus liés aux prix excessifs (*Alexion CAF*, aux paragraphes 60 à 63; *Sandoz*, au paragraphe 116). Le régime des médicaments brevetés permet au Conseil de prendre des décisions concernant des prix excessifs, compte tenu de facteurs particuliers.

[162] Les demandresses n'ont pas établi que la sélection du CEPMB11 est incompatible avec l'objet du régime des médicaments brevetés dans le contexte de la *Loi sur les brevets*, ou qu'elle n'est pas pertinente à cet objet. La décision du gouverneur en conseil de modifier l'ensemble des pays de comparaison est donc raisonnable.

(3) Subsection 3(4) of the Amendments: the new price calculation

[163] The new price calculation expands the information that patentees must take into consideration when reporting “the price at which the medicine is being or has been sold in any market in Canada and elsewhere” under paragraph 80(1)(b). Pursuant to subsection 3(4) of the Amendments, the calculation of “price” for the purposes of this paragraph now includes financial dealings with third parties. Patentees must account for “any adjustments that are made by the patentee or any party that directly or indirectly purchases the medicine or reimburses for the purchase of the medicine and any reduction given to any party in the form of free goods, free services, gifts or any other benefit of a like nature” (Amendments, subsection 3(4)).

[164] The Regulations currently require patentees to report price adjustments at the first point of sale only (referred to generally as “ex-factory” or “factory-gate sales”). As stated in the RIAS, the new price calculation is intended to capture formulary listing payments that drug manufacturers often pay to insurers, including public drug plans, to have their products listed on the insurer’s formulary (RIAS, at page 5961).

[165] Formulary listing payments commonly arise in the context of negotiations to have drug products listed on formularies. Public drug plans and private insurers will demand financial or other concessions from drug manufacturers in exchange for agreeing to list a drug on their formularies.

[166] The supply chain for the sale and reimbursement of medicines can generally be described as follows:

- i. The vast majority of a patentee’s factory-gate sales are made to drug wholesalers. The patentee receives payment directly from the wholesaler, and title to the medicine passes to the wholesaler;

3) Paragraphe 3(4) des modifications : le nouveau calcul des prix

[163] Le nouveau calcul des prix élargit la portée des renseignements dont les brevetés doivent tenir compte lorsqu’ils déclarent « le prix de vente — antérieur ou actuel — du médicament sur les marchés canadien et étranger », en vertu de l’alinéa 80(1)b). En vertu du paragraphe 3(4) des modifications, le calcul des « prix » pour l’application de cet alinéa comprend maintenant les transactions financières avec des tiers. Les brevetés doivent tenir compte « des ajustements apportés par le breveté ou toute partie qui, directement ou indirectement, achète le médicament ou en rembourse l’achat et de toute déduction accordée à toute partie sous forme de biens ou services gratuits, cadeaux ou autres avantages semblables » (paragraphe 3(4) des modifications).

[164] Le Règlement exige actuellement que les brevetés ne déclarent que les ajustements de prix au premier point de vente (généralement appelé ventes aux prix « départ usine » ou « du fabricant »). Tel qu’il est indiqué dans le REIR, le nouveau calcul des prix vise à tenir compte des paiements d’inscription souvent versés par les fabricants de médicaments aux assureurs, y compris les régimes publics d’assurance-médicaments, pour que leurs produits soient inscrits sur les formulaires des assureurs (REIR, à la page 5961).

[165] Les paiements d’inscription sont généralement versés dans le contexte de négociations en vue d’inscrire des produits pharmaceutiques sur des formulaires. Les régimes publics d’assurance-médicaments et les assureurs privés exigeront des fabricants de médicaments des concessions financières ou d’autres concessions en échange de leur consentement à inscrire un médicament sur leurs formulaires.

[166] La chaîne d’approvisionnement pour la vente et le remboursement de médicaments peut généralement être décrite ainsi :

- i. La majeure partie des ventes aux prix du fabricant d’un breveté sont conclues avec des grossistes. Le breveté reçoit un paiement directement du grossiste et le titre du médicament est transféré au grossiste.

- | | |
|--|---|
| ii. Wholesalers then distribute medicines to retail pharmacies and hospitals; | ii. Les grossistes distribuent ensuite les médicaments aux pharmacies de détail et aux hôpitaux. |
| iii. Retail pharmacies and hospitals stock and dispense medicines to patients; | iii. Les pharmacies de détail et les hôpitaux stockent les médicaments et les distribuent aux patients. |
| iv. Patients may recover some or all of their costs through public drug plans funded by the federal, provincial, and territorial governments, or private insurance coverage. Public and private insurers will generally only reimburse patients for drug products listed by their program. | iv. Les patients peuvent se faire rembourser en tout ou en partie les coûts des médicaments par les régimes publics d'assurance-médicaments financés par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux, ou par les régimes d'assurance privés. Les assureurs publics et privés ne rembourseront généralement les patients que pour les médicaments inscrits dans leur programme. |

[167] Drug manufacturers also make some other ex-factory sales, for example to certain hospitals and government programs. Notably, patentees generally do not sell medicines to public drug plans or private insurers, and these entities do not purchase or take title of medicines from patentees.

[167] Les fabricants de médicaments concluent également d'autres ventes à la sortie de l'usine avec, par exemple, certains hôpitaux et programmes gouvernementaux. Il faut noter que les brevetés ne vendent généralement pas de médicaments aux régimes publics d'assurance-médicaments ou aux assureurs privés, et ces entités n'achètent pas et n'acquièrent pas le titre des médicaments des brevetés.

[168] Before a drug product is listed for reimbursement on a formulary, organizations such as CADTH and INESSS conduct thorough evaluations to establish the value for money of the drug. Manufacturers will then negotiate with a centralized body, the pan-Canadian Pharmaceutical Alliance. Successful negotiations lead to confidential contractual agreements between the drug manufacturer and the public drug plan or private insurer known as product listing agreements (PLAs).

[168] Avant qu'un produit pharmaceutique soit inscrit sur le formulaire des médicaments remboursables, des organismes comme l'ACMTS et l'INESSS effectuent des évaluations approfondies afin d'établir la rentabilité du médicament. Les fabricants négocieront ensuite avec un organisme centralisé, l'Alliance pancanadienne pharmaceutique. Des négociations fructueuses mènent à des ententes contractuelles confidentielles entre le fabricant de médicaments et le régime public d'assurance-médicaments ou l'assureur privé, appelées ententes relatives à l'inscription d'un produit (EIP).

[169] Public drug plans represent approximately 40 percent of total drug spending, and drug manufacturers are therefore motivated to enter into PLAs in order to access these drug markets, which would otherwise be unavailable to them.

[169] Les régimes publics d'assurance-médicaments représentent environ 40 p. 100 des dépenses totales en médicaments, et les fabricants de médicaments sont donc motivés à conclure des EIP afin d'accéder à ces marchés de médicaments, qui autrement ne leur seraient pas accessibles.

[170] Terms of PLAs vary, and can include monetary terms, non-monetary terms such as patient support programs or free goods, and payments made to third parties

[170] Les modalités des EIP varient et peuvent comprendre des conditions monétaires, des conditions non monétaires comme des programmes de soutien aux

other than the listing insurer. Depending on the structure of the agreement, listing payments pursuant to a PLA may arise years after the drug manufacturer makes its initial sale to wholesalers.

[171] The purpose of the new price calculation, as stated in the RIAS, is to require patentees to report price information net of discounts and rebates offered to parties further down the supply chain, such as insurers, allowing the Board to factor third party rebates into its calculation of average transaction prices to inform existing factors (RIAS, at page 5961). Further, the new price calculation will facilitate compliance with anticipated lower price ceilings that will arise from the Board's application of the new subsection 85(1) factors. This information will be considered privileged pursuant to section 87 of the *Patent Act* (RIAS, at pages 5961–5962).

[172] Patentees will not be required to report specific information on the size or existence of third party rebates. Rather, they will need to report the total net revenues for the medicine, the number of units sold for the medicine, and the average transaction price for any market in Canada, net of all price adjustments, whether to third parties or not (RIAS, at page 5988).

[173] The applicants submit that in promulgating the new price calculation, the Governor in Council exceeded the scope of her regulation-making authority, and this regulation is therefore *ultra vires*.

[174] The applicants make two primary submissions on this amendment. First, the new price calculation exceeds the Board's factory-gate jurisdiction under the *Patent Act*. In *Pfizer*, this Court held that the Board's jurisdiction is limited to the "sale" of the medicine by the patentee, and this decision has been cited in subsequent decisions, including a decision of this Court from last year (*Alexion 2019*, above, at paragraph 94). Second, the

patients ou des biens gratuits, et des paiements versés à des tiers autres que l'assureur inscrit. Selon la structure de l'entente, les paiements versés pour l'inscription de médicaments en vertu d'une EIP peuvent survenir des années après que le fabricant du médicament conclut sa première vente avec le grossiste.

[171] Le nouveau calcul des prix, tel qu'énoncé dans le REIR, vise à obliger les brevetés à déclarer des renseignements sur les prix, sans les remises et les rabais offerts aux parties qui figurent en aval de la chaîne d'approvisionnement, comme les assureurs, afin de permettre au Conseil de tenir compte des remises offertes à des tiers dans son calcul du prix moyen des transactions pour informer les facteurs existants (REIR, à la page 5961). De plus, le nouveau calcul des prix facilitera la conformité aux plafonds de prix moins élevés qui devraient découler de l'application par le Conseil des nouveaux facteurs prévus au paragraphe 85(1). Ces renseignements seront considérés comme privilégiés conformément à l'article 87 de la *Loi sur les brevets* (REIR, aux pages 5961 et 5962).

[172] Les brevetés ne seront pas tenus de déclarer des renseignements précis sur la taille ou l'existence des remises accordées à de tierces parties. Ils seront plutôt tenus de déclarer le total des recettes nettes tirées des médicaments, le nombre d'unités de médicaments vendues et le prix moyen des transactions de tout marché au Canada, sans les ajustements de prix, que ce soit convenus ou non avec des tiers (REIR, à la page 5988).

[173] Les demanderesse soutiennent qu'en promulguant le nouveau calcul des prix, le gouverneur en conseil a excédé sa compétence en matière de réglementation, et que le Règlement outrepassa le pouvoir conféré par la loi habilitante.

[174] Les demanderesse présentent deux principaux arguments sur cette modification. Tout d'abord, le nouveau calcul des prix dépasse la compétence du Conseil en matière d'établissement des prix du fabricant en vertu de la *Loi sur les brevets*. Dans la décision *Pfizer*, la Cour a conclu que la compétence du Conseil se limite à la « vente » de médicaments par les brevetés, et cette décision a été citée dans des décisions subséquentes,

scheme of the excessive pricing factors in section 85 distinguishes between the price of a medicine and its manufacturing and marketing costs. The applicants argue that listing payments are a cost of market access, and should not be considered part of the “price” at which a medicine was sold under subsection 85(1) and paragraph 80(1)(b).

[175] At issue in *Pfizer* was a stakeholder communiqué released by the Board itself. Madam Justice Anne Mactavish held that the communiqué was not consistent with the Regulations (*Pfizer*, at paragraph 90). The stakeholder communiqué required patentees to include payments made to third parties, including the provinces, in the calculation of the average price for sales of patented medicines. The *Patent Act* and Regulations contemplate a “sale” to a “customer”, and the Regulations require patentees to report price reductions in the form of rebates and discounts. Justice Mactavish found that the provinces were not “customers” of the patentees, and the requirement to report such price reductions could not be extended to strangers to the initial sale transaction (*Pfizer*, at paragraphs 80, 87–89).

[176] Justice Mactavish went on to observe that her interpretation of the *Patent Act* and Regulations was consistent with the Board’s constitutional limitations:

I would also observe that my interpretation of the *Patent Act* and the *Patented Medicines Regulations* is consistent with the constitutional limitation on the Board’s ability to look beyond the factory-gate price of patented medicines, to consider contractual arrangements involving patentees and entities further down the distribution chain.

(*Pfizer*, at paragraph 83.)

[177] The applicants submit that Justice Mactavish’s reasoning is sound and the facts have not changed:

y compris une décision rendue par la Cour l’année dernière (*Alexion 2019*, au paragraphe 94). Deuxièmement, le régime des facteurs relatifs aux prix excessifs prévu à l’article 85 établit une distinction entre le prix des médicaments et leurs coûts de fabrication et de commercialisation. Les demandresses soutiennent que les paiements d’inscription constituent un coût d’accès au marché et ne devraient pas être considérés comme faisant partie du « prix » auquel un médicament a été vendu, visé au paragraphe 85(1) et à l’alinéa 80(1)(b).

[175] Dans la décision *Pfizer*, la question en litige concernait un communiqué du Conseil à l’intention des intervenants. La juge Anne Mactavish a conclu que le communiqué n’était pas conforme au Règlement (*Pfizer*, au paragraphe 90). Le communiqué à l’intention des intervenants exigeait que les brevetés incluent les paiements versés à des tiers, y compris aux provinces, dans le calcul du prix moyen des ventes de médicaments brevetés. La *Loi sur les brevets* et le Règlement prévoient une « vente » à un « client », et le Règlement exige que les brevetés déclarent les réductions de prix offertes sous forme de remises et de rabais. La juge Mactavish a conclu que les provinces n’étaient pas des « clients » des brevetés, et que l’exigence de déclarer ces réductions de prix ne pouvait pas être étendue aux parties étrangères à la transaction de vente initiale (*Pfizer*, aux paragraphes 80, et 87 à 89).

[176] La juge Mactavish a ensuite fait remarquer que son interprétation de la *Loi sur les brevets* et du Règlement était conforme aux limites constitutionnelles du Conseil :

Je ferais remarquer que l’interprétation que je donne à la *Loi sur les brevets* et au *Règlement sur les médicaments brevetés* est compatible avec la limite constitutionnelle qui impose au Conseil de n’examiner que les prix départ usine des médicaments brevetés et ne lui permet pas d’examiner les ententes contractuelles conclues entre les brevetés et d’autres entités qui figurent en aval de la chaîne de distribution.

(*Pfizer*, au paragraphe 83.)

[177] Les demandresses soutiennent que le raisonnement de la juge Mactavish est valable et que les faits

patentees still do not sell medicines to insurers. Therefore, discounts and rebates to insurers cannot be included in the price calculation, as these transactions are beyond the Board's factory-gate jurisdiction. Because Justice Mactavish's decision is grounded in the *Patent Act* and the Board's constitutional limitations, the reasoning in *Pfizer* is equally applicable in the present application, even considering the amendments to the Regulations.

[178] Conversely, the respondent submits that the decision in *Pfizer* is limited to the stakeholder communiqué and the Regulations as they then read. Justice Mactavish did not address the Governor in Council's authority to amend the reporting requirements.

[179] While *Pfizer* focused on the Board's stakeholder communiqué, I agree with the applicants that much of Justice Mactavish's analysis of the statutory scheme remains relevant to the interpretation of the regulation-making authority at issue in the present case.

[180] As previously mentioned, the Court must take a broad and purposive approach to interpreting the challenged regulation and the enabling statute, consistent with the Supreme Court's guidance on statutory interpretation generally (*Katz*, at paragraph 26). The words of the *Patent Act* "are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10).

[181] Furthermore, every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects (*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12).

n'ont pas changé : les brevetés ne vendent toujours pas de médicaments aux assureurs. Par conséquent, les remises et les rabais offerts aux assureurs ne peuvent pas être inclus dans le calcul du prix, car ces transactions ne relèvent pas de la compétence du Conseil en matière de contrôle du fabricant. Étant donné que la décision de la juge Mactavish est fondée sur la *Loi sur les brevets* et les limites constitutionnelles des pouvoirs conférés au Conseil, le raisonnement suivi dans la décision *Pfizer* s'applique également à la présente demande, et ce, même en tenant compte des modifications au Règlement.

[178] À l'inverse, le défendeur soutient que la décision dans *Pfizer* se limite au communiqué à l'intention des intervenants et au Règlement, dans sa version en vigueur à l'époque. La juge Mactavish n'a pas abordé le pouvoir du gouverneur en conseil de modifier les exigences en matière de rapports.

[179] Bien que la décision *Pfizer* porte principalement sur le communiqué du Conseil à l'intention des intervenants, je suis d'accord avec les demanderesse pour dire qu'une grande partie de l'analyse du régime législatif réalisée par la juge Mactavish demeure pertinente à l'interprétation du pouvoir de réglementation en cause en l'espèce.

[180] Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour doit donner au règlement contesté et à sa loi habilitante une interprétation téléologique large compatible avec les directives de la Cour suprême en matière d'interprétation législative (*Katz*, au paragraphe 26). « [I] faut lire les termes [de la *Loi sur les brevets*] dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10).

[181] De plus, tout « texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21).

[182] The text of subsection 101(1) gives the Governor in Council the authority to make regulations specifying information patentees must provide to the Board under subsection 80(1):

Regulations

101 (1) Subject to subsection (2), the Governor in Council may make regulations

(a) specifying the information and documents that shall be provided to the Board under subsection 80(1) or (2) or 88(1);

[183] The objects of the Patented Medicines Regime in the context of the *Patent Act* as a whole have been previously discussed and need not be repeated here. The regulation-making authority conferred on the Governor in Council by paragraph 101(1)(a) must be read in its entire context, harmoniously with the scheme and objects of the *Patent Act*.

[184] Paragraph 80(1)(b) requires patentees to provide the Board with such information respecting “the price at which the medicine is being or has been sold in any market in Canada and elsewhere” as the regulations may specify.

[185] Subsection 4(1) of the Regulations links directly to paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*, and details the information identifying the medicine and concerning the price of the medicine that patentees must report to the Board. Pursuant to subparagraph 4(1)(f)(i) of the Regulations, patentees must provide the Board with price information indicating “either the average *price* per package or the *net revenue from sales* in respect of each dosage form, strength and package size in which the medicine was *sold by the patentee ... to each class of customer* in each province and territory” (emphasis added).

[186] As defined in the *Oxford English Dictionary*, “price” is “the amount of money (or a material equivalent) expected, required, or given in payment for a commodity

[182] Le libellé du paragraphe 101(1) confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements définissant les renseignements que les brevetés doivent fournir au Conseil en vertu du paragraphe 80(1) :

Règlements

101 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le gouverneur en conseil peut, par règlement :

a) préciser les renseignements et les documents à fournir au Conseil en application des paragraphes 80(1) ou (2) ou 88(1);

[183] Les objets du régime des médicaments brevetés dans le contexte de la *Loi sur les brevets* dans son ensemble ont déjà été examinés et il n’est pas nécessaire de reprendre cette analyse en l’espèce. Le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par l’alinéa 101(1)a doit être interprété dans son contexte global, conformément à l’esprit et aux objets de la *Loi sur les brevets*.

[184] L’alinéa 80(1)b exige que brevetés fournissent au Conseil des renseignements sur « le prix de vente — antérieur ou actuel — du médicament sur les marchés canadien et étranger », conformément aux règlements.

[185] Le paragraphe 4(1) du Règlement renvoie directement à l’alinéa 80(1)b de la *Loi sur les brevets*, et précise les renseignements identifiant le médicament et ceux sur son prix de vente que les brevetés doivent fournir au Conseil. Conformément au sous-alinéa 4(1)f(i) du Règlement, les brevetés doivent fournir au Conseil des renseignements sur le prix indiquant « soit [le] *prix* moyen par emballage, soit les *recettes nettes dérivées* des ventes de chaque forme posologique, de chaque concentration et de chaque format d’emballage dans lesquels le médicament a été *vendu par le breveté [...] à chaque catégorie de clients* dans chaque province et territoire » (italique ajouté).

[186] Comme le définit l’*Oxford English Dictionary*, le [TRADUCTION] « prix » s’entend du [TRADUCTION] « montant d’argent (ou un équivalent matériel) prévu, requis

or service”. Similarly, “sale” is defined as “the exchange of a commodity for money or other valuable consideration” (*H.W. Liebig Co. v. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 70, at page 83). Paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act* and the related Regulations require patentees to provide the Board with information respecting the amount of money received in exchange for a patented medicine.

[187] The statutory scheme remains the same as it was when Justice Mactavish rendered her decision in *Pfizer*. Then, as now, “what is clearly contemplated by the Act and the Regulations is a *sale* by a patentee to a *customer*” (*Pfizer*, at paragraph 67; emphasis in original). Any regulations made by the Governor in Council specifying information or documents that patentees must provide to the Board under paragraph 80(1)(b) must relate to sale of medicines by patentees to customers.

[188] What will change when the Amendments come into force is the way in which patentees are required to calculate “price” and “revenue”, pursuant to paragraphs 4(4)(a) and (b) of the Regulations. Subsection 4(4) begins with the words “[f]or the purposes of subparagraph 1(f)(i)”, directly linking subsection 4(4) to subsection 4(1) of the Regulations, which in turn is linked to paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*. The way price is calculated, therefore, is connected to and must flow from the requirement in paragraph 80(1)(b) for patentees to provide the Board with information on the *price* at which a medicine has been *sold*.

[189] A blackline comparison of the current language of paragraph 4(4)(a) of the Regulations and the amended language included in subsection 3(4) of the Amendments highlights the differences between the regulations as they now read, and the new price calculation:

ou versé à titre de paiement pour un produit ou un service ». En outre, la [TRADUCTION] « vente » est définie comme étant [TRADUCTION] « l’échange d’une marchandise contre de l’argent ou une autre considération valable » (*H.W. Liebig Co. c. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 70, à la page 83). Selon l’alinéa 80(1)b de la *Loi sur les brevets* et le Règlement connexe, les brevetés sont tenus de fournir au Conseil des renseignements sur le montant d’argent reçu en échange d’un médicament breveté.

[187] Le régime législatif demeure le même qu’à l’époque où la juge Mactavish a rendu sa décision dans *Pfizer*. Alors, comme maintenant, « la vente par le breveté à un client [était] clairement visée par la Loi et le Règlement » (*Pfizer*, au paragraphe 67; souligné dans l’original). Tout règlement pris par le gouverneur en conseil et qui définit les renseignements ou les documents que les brevetés sont tenus de fournir au Conseil suivant l’alinéa 80(1)b doit porter sur la vente de médicaments par les brevetés à des clients.

[188] Ce qui changera à l’entrée en vigueur des modifications, c’est la façon dont les brevetés doivent calculer le « prix » et les « recettes », conformément aux alinéas 4(4)a) et b) du Règlement. Le libellé du paragraphe 4(4) s’amorce sur les mots « [p]our l’application du sous-alinéa 1f(i) », établissant un lien direct entre le paragraphe 4(4) et le paragraphe 4(1) du Règlement, qui, à son tour, établit un lien avec l’alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets*. Par conséquent, le calcul des prix est lié à l’exigence prévue à l’alinéa 80(1)b), selon laquelle les brevetés doivent fournir au Conseil des renseignements sur le *prix* auquel un médicament a été *vendu*.

[189] Une comparaison à l’aide de parties raturées entre le libellé actuel de l’alinéa 4(4)a) du Règlement et le libellé modifié par le paragraphe 3(4) des modifications souligne les différences entre les deux versions de l’alinéa, ainsi que le nouveau calcul des prix :

Current text of paragraph 4(4)(a)

4 (1) ...

(4) ...

(a) in calculating the average price per package of medicine, the actual price after any reduction given as a promotion or in the form of rebates, discounts, refunds, free goods, free services, gifts or any other benefit of a like nature and after the deduction of the federal sales tax shall be used;

Paragraph 4(4)(a), as amended by subsection 3(4) of the Amendments

3 (1) ...

(4) ...

(a) in calculating the average price per package of a medicine, the actual price obtained by the patentee shall be used, taking into account any adjustments that are made by the patentee or any party that directly or indirectly purchases the medicine or reimburses for the purchase of the medicine and any reduction given to any party in the form of free goods, free services, gifts or any other benefit of a like nature, and [Emphasis added.]

[190] As emphasized in the underlined text above, in calculating price, patentees will be required to factor in any adjustments made by “any party that directly or indirectly purchases the medicine or reimburses for the purchase of the medicine and any reduction give to any party”. This expansive language is not limited to adjustments made by the patentee or the customer, but extends to any adjustments made by any party. The new price calculation is therefore not limited to sales transactions made by the patentee at the factory-gate.

[191] The respondent acknowledges that the new price calculation will allow the Board to factor in transactions that take place beyond the patentee’s factory-gate, but submits that the hook that ties this information in to the statutory scheme is that these transactions are to be used to calculate the price that the patentee actually obtains for a medicine. The new price calculation will allow the Board to look further downstream in the chain of transactions, however, there must always be a

Libellé actuel de l’alinéa 4(4)a

4 (1) [...]

(4) [...]

a) le prix après déduction des réductions accordées à titre de promotion ou sous forme de rabais, escomptes, remboursements, biens ou services gratuits, cadeaux ou autres avantages semblables et après déduction de la taxe de vente fédérale doit être utilisé pour le calcul du prix moyen par emballage dans lequel le médicament était vendu;

Alinéa 4(4)a), tel que modifié par le paragraphe 3(4) des modifications

3 (1) [...]

(4) [...]

a) le prix obtenu par le breveté, compte tenu des ajustements apportés par le breveté ou toute partie qui, directement ou indirectement, achète le médicament ou en rembourse l’achat et de toute déduction accordée à toute partie sous forme de biens ou services gratuits, cadeaux ou autres avantages semblables, doit être utilisé pour le calcul du prix moyen du médicament par emballage; [Non souligné dans l’original.]

[190] Comme l’indique le texte souligné ci-dessus, pour calculer les prix, le breveté sera tenu de tenir compte de tout ajustement apporté par « toute partie qui, directement ou indirectement, achète le médicament ou en rembourse l’achat et de toute réduction accordée à toute partie ». Cette formulation large ne se limite pas aux ajustements apportés par le breveté ou le client, mais s’étend à tous les ajustements apportés par une partie. Le nouveau calcul des prix ne se limite donc pas aux ventes conclues par le breveté au prix du fabricant.

[191] Le défendeur reconnaît que le nouveau calcul des prix permettra au Conseil de tenir compte des ventes qui ont été conclues à un prix supérieur à celui du fabricant, mais il soutient que le lien entre ces renseignements et le régime législatif est que ces ventes doivent être utilisées pour calculer le prix que le breveté obtient réellement pour un médicament. Le nouveau calcul des prix permettra au Conseil d’aller plus en aval de la chaîne de transactions, mais il devra toujours exister un lien

connection to the patentee, and therefore this regulation falls within the federal government’s purview. In other words, the Governor in Council has used her regulation-making authority to mandate a broad, holistic interpretation of the “price” at which the patented medicine in question is “sold” by the patentee.

[192] The respondent also submits that the Board’s consumer protection mandate favours a broad interpretation of the “price” at which a patentee “sells” a medicine. The Supreme Court took such an approach in rejecting a narrow interpretation of the term “sold in any market in Canada” which would have excluded medicines sold from the United States to Canadian consumers from the Board’s purview (*Celgene*, at paragraphs 22 and 25). Further, in *Sandoz*, the Federal Court of Appeal focused on whether the transaction at issue involved a patentee, rather than whether the sale took place at the manufacturer’s factory-gate (*Sandoz*, at paragraphs 73–76). In the respondent’s view, these decisions supplant this Court’s decision in *Pfizer*.

[193] As acknowledged above, *Pfizer* did not address the specific issue of the Governor in Council’s authority to amend the reporting requirements. However, *Celgene* and *Sandoz* are of limited value in interpreting the specific provisions of the *Patent Act* at issue.

[194] In *Celgene*, the Supreme Court rejected a strict commercial law interpretation of the word “sold” in paragraph 80(1)(b) which would have prevented the Board from regulating sales made from other countries in to Canada, but paradoxically would have given the Board authority over medicine sales made in Canada destined for other countries. This result would have been inconsistent with the legislative purpose of protecting Canadian consumers. While the Supreme Court endorsed a broad interpretation of the word “sold” in these circumstances, it did not address the Governor in Council’s regulation-making authority, and did not address patentees reporting price net of transactions made with third parties.

avec le breveté, et par conséquent, le Règlement relève de la compétence du gouvernement fédéral. En d’autres termes, le gouverneur en conseil a utilisé son pouvoir de réglementation pour imposer une interprétation large et holistique du « prix » auquel le médicament breveté en question est « vendu » par le breveté.

[192] Le défendeur soutient également que le mandat du Conseil en matière de protection des consommateurs favorise une interprétation large du « prix » auquel un breveté « vend » un médicament. La Cour suprême a adopté cette approche en rejetant une interprétation étroite de l’expression « vente [...] sur l[e] march[é] canadien » qui aurait exclu les médicaments vendus aux consommateurs canadiens à partir des États-Unis de la compétence du Conseil (*Celgene*, aux paragraphes 22 et 25). De plus, dans l’arrêt *Sandoz*, la Cour d’appel fédérale s’est concentrée sur la question de savoir si la transaction en cause concernait un breveté, plutôt que sur la question de savoir si la vente a été conclue au prix du fabricant (*Sandoz*, aux paragraphes 73 à 76). Selon le défendeur, ces décisions ont préséance sur la décision de la Cour dans *Pfizer*.

[193] Comme je l’ai déjà mentionné, dans la décision *Pfizer*, la Cour n’a pas abordé la question précise du pouvoir du gouverneur en conseil de modifier les exigences en matière de rapports. Cependant, les arrêts *Celgene* et *Sandoz* ont une valeur limitée dans l’interprétation des dispositions particulières de la *Loi sur les brevets* en cause en l’espèce.

[194] Dans l’arrêt *Celgene*, la Cour suprême a rejeté une interprétation stricte, fondée sur le droit commercial, du mot « vente » figurant à l’alinéa 80(1)(b), qui aurait empêché le Conseil de réglementer les ventes de médicaments effectuées dans d’autres pays et destinés au Canada, mais paradoxalement, qui aurait conféré au Conseil un pouvoir sur les ventes de médicaments au Canada destinées à d’autres pays. Ce résultat aurait été incompatible avec l’objet législatif de protéger les consommateurs canadiens. Bien que la Cour suprême ait approuvé une interprétation large du mot « vente » dans ces circonstances, elle n’a examiné ni la question du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil ni celle des prix après

[195] In *Sandoz*, the Federal Court of Appeal found that parties further down the supply chain from the patentee manufacturer may fall within the broad definition of “patentee” in section 79 by way of implied licence. The primary issue was the definition of “patentee” under the Patented Medicines Regime, and the Court did not consider the calculation of “price” within the regime.

[196] I cannot accept the respondent’s submission that *Celgene* and *Sandoz* generally instruct this Court to adopt a broad interpretation of the price at which a medicine is sold. Contrary to the respondent’s suggestion that the Federal Court of Appeal in *Sandoz* focused on the price *obtained* by the patentee, the analysis in fact focused on the definition of “patentee” and the “price *charged* by the patentee” (*Sandoz*, at paragraph 76; emphasis added). In both *Celgene* and *Sandoz*, the Courts recognized that the Board’s jurisdiction is over sales made by patentees to customers.

[197] Because the new price calculation directly links to paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*, the Governor in Council’s regulation-making authority is limited to specifying information respecting the price at which the patentee sells the medicine. I adopt the words of Justice Mactavish that to interpret the term “sale” (or “sold”) in such a way as to encompass the relationship between patentees and third parties who do not purchase or take title of medicines from patentees would “do violence to the ordinary meaning of the term” (*Pfizer*, at paragraph 78).

[198] Furthermore, the new price calculation is inconsistent with subparagraph 4(1)(f)(i) of the Regulations, which requires patentees to indicate the price at which a medicine was “sold by the patentee ... to each class of customer”. Requiring patentees to take into account financial transactions with third parties who are not customers—and are strangers to the original sale transaction—exceeds the scope of the Governor in Council’s

déduction des transactions effectuées avec des tiers, que les brevetés déclarent.

[195] Dans l’arrêt *Sandoz*, la Cour d’appel fédérale a conclu que les parties qui figurent en aval de la chaîne d’approvisionnement du fabricant du breveté peuvent relever de la définition générale du terme « breveté » se trouvant à l’article 79 au moyen d’une licence implicite. La principale question était la définition du terme « breveté » au sens du régime des médicaments brevetés, et la Cour n’a pas tenu compte du calcul des « prix » dans le contexte du régime.

[196] Je ne peux accepter l’argument du défendeur selon lequel les arrêts *Celgene* et *Sandoz* obligent généralement la Cour à adopter une interprétation large du prix auquel un médicament est vendu. Contrairement à la suggestion du défendeur selon laquelle, dans l’arrêt *Sandoz*, la Cour d’appel fédérale s’est concentrée sur le prix obtenu par le breveté, l’analyse portait en fait sur la définition du terme « breveté » et de l’expression « prix *demandé* par le breveté » (*Sandoz*, au paragraphe 76; italique ajouté). Dans les arrêts *Celgene* et *Sandoz*, les tribunaux ont reconnu que la compétence du Conseil est liée aux ventes conclues par les brevetés avec des clients.

[197] Étant donné que le nouveau calcul des prix a un lien direct avec l’alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets*, le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil se limite à définir les renseignements sur le prix auquel le breveté vend le médicament. J’adopte les mots de la juge Mactavish selon lesquels une interprétation du terme « vente » (ou « vendue ») qui englobe la relation entre les brevetés et les tiers qui n’achètent pas ou n’acquièrent pas le titre des médicaments des brevetés « irait [...] clairement à l’encontre du sens ordinaire du terme » (*Pfizer*, au paragraphe 78).

[198] De plus, le nouveau calcul des prix est incompatible avec le sous-alinéa 4(1)f)(i) du Règlement, qui exige que les brevetés indiquent le prix auquel un médicament a été « vendu par le breveté [...] à chaque catégorie de clients ». Exiger que les brevetés tiennent compte des transactions financières avec des tiers qui ne sont pas des clients — et qui ne sont pas étrangers à la transaction de vente initiale — dépasse la portée du mandat conféré

statutory mandate by untethering the price calculation from the sale of the patented medicine.

[199] It bears repeating that the Board’s mandate under the *Patent Act* is not to set prices for patented medicines, and the Board does not regulate profits made by patentees. The Board’s mandate to control prices is only engaged where it finds a patentee has abused its monopoly by charging excessive prices. The Board’s role is “to monitor the *prices charged by patentees* for patented medicines, so as to ensure that these prices are not excessive” (*Pfizer*, at paragraph 70; emphasis added). This interpretation of the Board’s role accords with the extrinsic evidence of legislative intent quoted above, at paragraphs 85–87.

[200] The respondent submits that the applicants have attempted to make a constitutional argument “in stealth” without directly raising a constitutional division of powers issue. Although the applicants deny any such constitutional argument, the respondent says the applicants effectively ask the Court to find that this regulation crosses the line of constitutional permissibility.

[201] Counsel for the applicants made clear in oral argument that the applicants do not challenge the constitutionality of the Amendments. The applicants did not file a Notice of Constitutional Question in the present proceeding. Further, a separate proceeding challenging the constitutionality of the Amendments is ongoing in the Superior Court of Québec. The applicants maintain, however, that constitutional limitations constrain the Governor in Council’s regulation-making authority in the context of statutory *vires*.

[202] Constitutional validity is not at issue in the present proceeding. Moreover, I accept the respondent’s position that reasonableness review does not invite the Court to consider whether the administrative decision maker’s interpretation *might* be unconstitutional, and the Court is not to prioritize all possible answers to a

par la loi au gouverneur en conseil en dissociant le calcul du prix de la vente du médicament breveté.

[199] Il convient de réitérer que le mandat conféré au Conseil par la *Loi sur les brevets* ne consiste pas à fixer les prix des médicaments brevetés, et que celui-ci ne régleme pas les recettes réalisées par les brevetés. Le Conseil n’exerce son mandat en matière de contrôle des prix que lorsqu’il estime que le breveté a abusé de son monopole et imposé des prix excessifs. Le rôle du Conseil est de « surveiller les *prix fixés par les brevets* relativement aux médicaments brevetés, ce qui lui permet de s’assurer que ces prix ne sont pas excessifs » (*Pfizer*, au paragraphe 70; italique ajouté). Cette interprétation du rôle du Conseil est compatible aux éléments de preuve extrinsèques concernant l’intention législative qui sont cités ci-dessus, aux paragraphes 85 à 87.

[200] Le défendeur soutient que les demanderesse ont tenté de présenter un argument constitutionnel de façon [TRADUCTION] « furtive » sans soulever directement une question de partage constitutionnel des pouvoirs. Bien que les demanderesse nient soulever cet argument constitutionnel, le défendeur affirme que les demanderesse demandent en effet à la Cour de conclure que le Règlement dépasse la limite de la compétence constitutionnelle.

[201] Les avocats des demanderesse ont clairement indiqué dans leurs plaidoiries que les demanderesse ne contestent pas la constitutionnalité des modifications. Les demanderesse n’ont déposé aucun avis de question constitutionnelle en l’espèce. De plus, une instance distincte contestant la constitutionnalité des modifications est en cours devant la Cour supérieure du Québec. Cependant, les demanderesse soutiennent que les limites constitutionnelles restreignent le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil dans le contexte d’une contestation de la validité d’une loi.

[202] La validité constitutionnelle n’est pas en litige en l’espèce. De plus, j’accepte la position du défendeur selon laquelle le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n’exige pas que la Cour statue sur la question de savoir si l’interprétation du décideur administratif *pourrait* être inconstitutionnelle; la Cour ne doit pas

question and identify the best among them (*Sandoz*, at paragraphs 68–70).

[203] That said, the question the Court must answer is whether the Governor in Council’s decision meets the threshold of acceptability and defensibility characteristic of a reasonable decision in light of the relevant constraints. Having considered the governing statutory scheme and the relevant jurisprudence, I find that it does not.

[204] I need not consider constitutional division of powers limitations as the new price calculation is inconsistent with the governing statutory scheme. The Court does not accept that the applicants have dressed up constitutional arguments in the cloak of a statutory *vires* challenge. This judicial review is about statutory *vires* alone, and whether the Governor in Council’s mandate under the *Patent Act* is sufficiently broad to allow for the promulgation of the new price calculation regulation. Again, I find that it is not.

[205] The evidence before the Court in this application is that a vast majority of patentees’ sales are made to drug wholesalers. Patentees generally do not sell medicines to public drug plans or private insurers, and these entities do not purchase or take title of medicines from patentees. Rebates and discounts provided by patentees to third party insurers are unrelated to the “price” at which patented medicines are “sold” within the meaning of paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*.

[206] In reaching this conclusion, I recognize that the Amendments benefit from a presumption of validity favouring an interpretive approach that reconciles the new price calculation with the *Patent Act* (*Katz*, at paragraph 25). Applying a broad, purposive approach to subsection 3(4) of the Amendments and sections 80 and 101 of the *Patent Act*, the new price calculation is irreconcilable with the enabling statute.

prioriser toutes les réponses possibles à une question et déterminer quelle est la meilleure (*Sandoz*, aux paragraphes 68 à 70).

[203] Cela étant dit, la question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si la décision du gouverneur en conseil appartient aux issues possibles acceptables se justifiant au regard des contraintes pertinentes et, par conséquent, si elle est raisonnable. Après avoir examiné le régime législatif et la jurisprudence pertinente, je conclus que ce n’est pas le cas.

[204] Je n’ai pas à examiner les limites du partage constitutionnel des pouvoirs, car le nouveau calcul des prix est incompatible avec le régime législatif en vigueur. La Cour n’accepte pas le fait que les demanderesse ont présenté des arguments constitutionnels sous la forme d’une contestation de la validité de dispositions législatives. Le présent contrôle judiciaire ne porte que sur la validité de dispositions et sur la question de savoir si le mandat conféré au gouverneur en conseil par la *Loi sur les brevets* est suffisamment vaste pour permettre la promulgation du nouveau règlement sur le calcul des prix. Encore une fois, j’estime que ce n’est pas le cas.

[205] La preuve dont la Cour dispose dans la présente demande indique en majeure partie que des brevetés ont conclu des ventes avec des grossistes. Les brevetés ne vendent généralement pas de médicaments aux régimes publics d’assurance-médicaments ou aux assureurs privés, et ces entités n’achètent pas ou n’acquièrent pas le titre des médicaments des brevetés. Les remises et les rabais accordés par les brevetés à des tiers assureurs ne sont pas liés au « prix » auquel les médicaments brevetés sont « vendu[s] » au sens de l’alinéa 80(1)b) de la *Loi sur les brevets*.

[206] Pour en arriver à cette conclusion, je reconnais que les modifications bénéficient d’une présomption de validité favorisant une méthode d’interprétation qui concilie le nouveau calcul des prix avec la *Loi sur les brevets* (*Katz*, au paragraphe 25). En appliquant une interprétation large et téléologique au paragraphe 3(4) des modifications et aux articles 80 et 101 de la *Loi sur les brevets*, je conclus que le nouveau calcul des prix est incompatible avec la loi habilitante.

[207] The respondent further submits that the question the Court must answer is whether the purpose of the Patented Medicines Regime—protecting consumers from excessive patented medicines prices—aligns with the intended application of the new price calculation regulation. In the respondent’s view, the answer is yes, as the intended application is no different from that of the pre-amendment price calculation.

[208] While the new price calculation is ostensibly intended to protect consumers from excessive pricing of patented medicines, the Governor in Council cannot exceed the scope of her regulation-making authority within the scheme of the *Patent Act* in attempting to advance this objective. The new price calculation does just that, and is therefore *ultra vires* the *Patent Act*. An interpretation that may accord with an objective of the Patented Medicines Regime, but is inconsistent with the Board’s mandate within the scheme of the *Patent Act* and flies in the face of the ordinary meaning of the “price” at which a medicine is “sold” is not reasonable.

[209] Finally, the respondent submits there is no support in the *Patent Act* for the factory-gate limitation on the Governor in Council’s regulation-making authority, and to find otherwise would undermine the purpose of the Patented Medicines Regime by allowing patentees to utilize creative indirect pricing mechanisms; the precise issue the Governor in Council sought to address.

[210] This argument overstates the freedom patentees have to devise their own pricing mechanisms. As recognized by Justice Mactavish in *Pfizer*, in some circumstances, patentees are actually prohibited by law from selling patented medicines to provinces (*Pfizer*, at paragraph 73; *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, subsection C.01.043(1)). The substance of this provision remains the same today, and patentees still do not sell prescription medicines to provinces.

[207] Le défendeur soutient en outre que la question à laquelle la Cour doit répondre est celle de savoir si l’objectif du régime des médicaments brevetés — protéger les consommateurs contre les médicaments brevetés à prix excessifs — est compatible avec l’application prévue du règlement sur le nouveau calcul des prix. Selon le défendeur, la réponse est « oui », car l’application prévue n’est pas différente de celle du calcul des prix avant les modifications.

[208] Bien que le nouveau calcul des prix vise apparemment à protéger les consommateurs contre les médicaments brevetés à prix excessifs, le gouverneur en conseil ne peut dépasser la portée de son pouvoir de réglementation sous le régime de la *Loi sur les brevets* pour tenter de faire avancer cet objectif. C’est précisément ce que fait le nouveau calcul des prix qui, par conséquent, outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*. Une interprétation qui peut être compatible avec un objectif du régime des médicaments brevetés, mais qui est incompatible avec le mandat du Conseil dans le cadre du régime de la *Loi sur les brevets* et qui va à l’encontre du sens ordinaire du « prix » auquel un médicament est « vendu » n’est pas raisonnable.

[209] Enfin, le défendeur soutient que la limite quant aux prix du fabricant imposée au pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil n’est pas étayée par la *Loi sur les brevets*, et qu’une conclusion à l’effet contraire minerait l’objet du régime des médicaments brevetés en permettant aux brevetés de recourir à des mécanismes créatifs d’établissement indirect des prix, ce qui est le problème que le gouverneur en conseil cherche à résoudre.

[210] Cet argument surestime la liberté des brevetés d’élaborer leurs propres mécanismes d’établissement des prix. Comme l’a reconnu la juge Mactavish dans la décision *Pfizer*, dans certaines circonstances, la loi en fait interdit aux brevetés de vendre des médicaments brevetés aux provinces (*Pfizer*, au paragraphe 73; paragraphe C.01.043(1) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870). Cette disposition demeure essentiellement la même aujourd’hui, et les brevetés ne vendent toujours pas de médicaments sur ordonnance aux provinces.

[211] At least with respect to prescription medicines, patentees sell to wholesalers in the context of a government mandated regulatory framework, and negotiate PLAs outside of this sales framework. Contrary to the respondent's assertion that finding the new price calculation *ultra vires* will allow patentees to use creative indirect pricing mechanisms to undermine the purpose of the Patented Medicines Regime, patentees will continue to operate within this complementary regulatory framework established by the federal government. As submitted by the applicants, patentees are motivated to enter into PLAs in order to access insurer formularies.

[212] The applicants' second main argument on the new price calculation relates to the scheme of sections 80 and 85 of the *Patent Act*. The applicants submit that section 85 distinguishes between price factors, which must be considered under subsection 85(1), and cost factors, which may be considered under subsection 85(2) only where the mandatory factors are not determinative. Similarly, paragraphs 80(1)(b) and (c) distinguish between price and cost information that patentees must report to the Board.

[213] The applicants argue that listing payments are a "cost" of market access based on the evidence describing the price negotiation and PLA process between drug manufacturers and insurers, as described above. In the applicants' submission, the new price calculation requires patentees to report listing costs as part of the price at which the medicine has been sold, impermissibly introducing cost considerations into the calculation of price.

[214] This argument is a corollary to the applicants' first argument, and having found the new price calculation to be an unreasonable exercise of the Governor in Council's regulation-making authority in light of the relevant constraints, I need not address this argument in

[211] Au moins en ce qui concerne les médicaments sur ordonnance, les brevetés vendent leurs médicaments à des grossistes conformément à un cadre réglementaire imposé par le gouvernement et négocient des EIP en dehors de ce cadre de vente. Contrairement à l'affirmation du défendeur selon laquelle la conclusion portant que le nouveau calcul des prix outrepassa le pouvoir de réglementation de la loi habilitante permettra aux brevetés de recourir à des mécanismes créatifs d'établissement indirect des prix pour miner l'objectif du régime des médicaments brevetés, les brevetés continueront à réaliser leurs activités conformément à ce cadre réglementaire complémentaire établi par le gouvernement fédéral. Comme l'ont fait valoir les demanderesse, les brevetés sont motivés à conclure des EIP afin d'avoir accès aux formulaires des assureurs.

[212] Le deuxième argument principal des demanderesse concernant le nouveau calcul des prix porte sur l'application des articles 80 et 85 de la *Loi sur les brevets*. Les demanderesse soutiennent que l'article 85 établit une distinction entre les facteurs relatifs au prix, qui doivent être pris en compte en application du paragraphe 85(1), et les facteurs relatifs au coût, qui ne peuvent être pris en compte en application du paragraphe 85(2) que lorsque les facteurs obligatoires ne sont pas déterminants. De même, les alinéas 80(1)(b) et (c) font la distinction entre les renseignements sur le prix et ceux sur le coût que les brevetés doivent fournir au Conseil.

[213] Les demanderesse soutiennent que les paiements d'inscription correspondent à un « coût » d'accès au marché, à la lumière de la preuve décrivant le processus de négociation des prix et de conclusion d'EIP entre les fabricants de médicaments et les assureurs, comme il est indiqué ci-dessus. Selon les demanderesse, le nouveau calcul des prix exige que les brevetés tiennent compte des coûts d'inscription dans le prix auquel le médicament a été vendu, ce qui introduit de façon inadmissible des facteurs relatifs au coût dans le calcul des prix.

[214] Cet argument est un corollaire du premier argument des demanderesse, et étant donné que le nouveau calcul des prix constitue un exercice déraisonnable du pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil compte tenu des contraintes pertinentes, je

detail. As previously stated, payments made to third parties, which may be conceptualized as costs to a patentee, do not form part of the price at which a patentee sells a medicine.

[215] To conclude, the requirement for patentees to report price information net of transactions involving third parties unrelated to the factory-gate sale of patented medicines is inconsistent with subparagraph 4(1)(f)(i) of the Regulations and paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act*. By amending subsection 4(4) of the Regulations in this way, the Governor in Council exceeded the scope of her regulation-making mandate found in paragraph 101(1)(a) of the *Patent Act*.

[216] To be clear, this should not be interpreted as a strict finding that the Board's mandate is limited to a reference pricing scheme only, or that the Governor in Council is confined within this scheme. As held above, the Governor in Council has the broad authority under paragraph 101(1)(d) to specify additional factors that the Board must take into consideration under subsection 85(1). The Governor in Council also has a broad authority under paragraph 101(1)(a) to specify information and documents that patentees must provide to the Board under subsection 80(1).

[217] However, amending subsection 4(4) of the Regulations—which is linked to paragraph 80(1)(b) of the *Patent Act* in particular—in such a way to include payments or adjustments made to third parties in the calculation of the price at which a medicine has been sold, is unreasonable. Having implemented the new price calculation by amending subsection 4(4) of the Regulations, the Governor in Council was constrained by the text, context, and purpose of the related passages of the *Patent Act* and Regulations.

[218] Having considered the relevant constraints on the Governor in Council, particularly the scheme of the *Patent Act* and the relevant jurisprudence, the applicants have established that the new price calculation is *ultra vires*.

n'ai pas à examiner cet argument en détail. Comme je l'ai déjà mentionné, les paiements versés à des tiers, qui peuvent être interprétés comme des coûts d'un breveté, ne font pas partie du prix auquel un breveté vend un médicament.

[215] En conclusion, l'obligation pour les brevetés de déclarer des renseignements sur le prix après déduction des transactions concernant des tiers n'ayant aucun rapport avec la vente au prix du fabricant de médicaments brevetés est incompatible avec le sous-alinéa 4(1)(f)(i) du Règlement et l'alinéa 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets*. En modifiant ainsi le paragraphe 4(4) du Règlement, le gouverneur en conseil a dépassé la portée de son mandat de réglementation figurant à l'alinéa 101(1)(a) de la *Loi sur les brevets*.

[216] Il importe de préciser que cette conclusion ne doit pas être interprétée de façon stricte comme portant que le mandat du Conseil ne se limite qu'à un régime d'établissement des prix de référence, ou que le pouvoir du gouverneur en conseil est circonscrit à ce régime. Comme je l'ai déjà mentionné, en vertu de l'alinéa 101(1)(d), le gouverneur en conseil jouit du vaste pouvoir de définir les facteurs additionnels dont le Conseil doit tenir compte conformément au paragraphe 85(1). En vertu de l'alinéa 101(1)(a), le gouverneur en conseil a également le vaste pouvoir de définir les renseignements et les documents que les brevetés doivent fournir au Conseil conformément au paragraphe 80(1).

[217] Cependant, il est déraisonnable de modifier le paragraphe 4(4) du Règlement — qui est lié à l'alinéa 80(1)(b) de la *Loi sur les brevets* en particulier — de façon à inclure, dans le calcul du prix auquel un médicament a été vendu, les paiements ou les ajustements offerts à des tiers. Après avoir mis en œuvre le nouveau calcul des prix en modifiant le paragraphe 4(4) du Règlement, le gouverneur en conseil était limité par le libellé, le contexte et l'objet des dispositions connexes de la *Loi sur les brevets* et du Règlement.

[218] Après avoir examiné les contraintes pertinentes imposées au gouverneur en conseil, en particulier le régime de la *Loi sur les brevets* et la jurisprudence applicable, je conclus que les demanderesse ont établi que le

nouveau calcul des prix outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la loi habilitante.

VIII. Conclusion

[219] In conclusion, the Impugned Amendments in sections 4 and 6, and the schedule to the Amendments are *intra vires* the *Patent Act*. The Impugned Amendment in subsection 3(4) of the Amendments is *ultra vires* the *Patent Act*.

[220] The applicants are entitled to a declaration that subsection 3(4) of the Amendments is invalid, void, and of no force and effect, as it is *ultra vires* the *Patent Act*. In light of this finding, subsection 4(4) of the Regulations will continue to operate as it currently reads.

IX. Costs

[221] The applicants and respondent agreed not to seek costs of this application, regardless of the outcome. By order of this Court dated March 30, 2020, no costs shall be awarded against or in favour of CORD in respect of its intervention.

[222] Accordingly, no costs are awarded to any party.

JUDGMENT IN T-1465-19

THIS COURT'S JUDGMENT AND DECLARATION is that:

1. Subsection 3(4) of the Amendments is invalid, void, and of no force and effect as it is *ultra vires* the *Patent Act*;
2. The Amendments made by the Governor in Council are otherwise valid;
3. No costs are awarded to any party.

VIII. Conclusion

[219] Par conséquent, les modifications contestées prévues aux articles 4 et 6, ainsi que l'annexe des modifications, sont conformes à la *Loi sur les brevets*. La modification contestée prévue au paragraphe 3(4) des modifications outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*.

[220] Les demandresses ont droit à un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 3(4) des modifications est invalide, nul et sans effet, car il outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*. Compte tenu de cette conclusion, le paragraphe 4(4) du Règlement continue de s'appliquer dans sa version actuelle.

IX. Dépens

[221] Les demandresses et le défendeur ont convenu de ne pas réclamer les dépens de la présente demande, quelle qu'en soit l'issue. Par l'ordonnance de la Cour datée du 30 mars 2020, aucuns dépens ne seront adjugés contre la CORD ou en faveur de celle-ci en ce qui a trait à son intervention.

[222] Par conséquent, aucuns dépens ne sont adjugés.

JUGEMENT dans le dossier T-1465-19

LA COUR STATUE ET DÉCLARE que :

1. Le paragraphe 3(4) des modifications est invalide, nul et sans effet, car il outrepassé le pouvoir de réglementation conféré par la *Loi sur les brevets*;
2. Les modifications apportées par le gouverneur en conseil sont par ailleurs valides;
3. Aucuns dépens ne sont adjugés.

Appendix

Annexe

Relevant Provisions of the *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)*, SOR/2019-298

Dispositions pertinentes du *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)*, DORS/2019-298

3 (1)...

3 (1) [...]

(4) Paragraphs 4(4)(a) and (b) of the Regulations are replaced by the following:

(4) Les alinéas 4(4)a) et b) du même règlement sont remplacés par ce qui suit :

(a) in calculating the average price per package of a medicine, the actual price obtained by the patentee shall be used, taking into account any adjustments that are made by the patentee or any party that directly or indirectly purchases the medicine or reimburses for the purchase of the medicine and any reduction given to any party in the form of free goods, free services, gifts or any other benefit of a like nature; and

a) le prix obtenu par le breveté, compte tenu des ajustements apportés par le breveté ou toute partie qui, directement ou indirectement, achète le médicament ou en rembourse l'achat et de toute déduction accordée à toute partie sous forme de biens ou services gratuits, cadeaux ou autres avantages semblables, doit être utilisé pour le calcul du prix moyen du médicament par emballage;

(b) in calculating the net revenue from sales in respect of each dosage form, strength and package size in which the medicine was sold in final dosage form, the actual revenue obtained by the patentee shall be used, taking into account any adjustments that are made by the patentee or any party that directly or indirectly purchases the medicine or reimburses for the purchase of the medicine and any reduction given to any party in the form of free goods, free services, gifts or any other benefit of a like nature.

b) le montant des recettes obtenues par le breveté, compte tenu des ajustements apportés par le breveté ou toute partie qui, directement ou indirectement, achète le médicament ou en rembourse l'achat et de toute déduction accordée à toute partie sous forme de biens ou services gratuits, cadeaux ou autres avantages semblables, doit être utilisé pour le calcul des recettes nettes pour chaque forme posologique, chaque concentration et chaque format d'emballage dans lesquels le médicament a été vendu sous sa forme posologique finale.

4 The Regulations are amended by adding the following after section 4:

4 Le même règlement est modifié par adjonction, après l'article 4, de ce qui suit :

4.1 (1) For the purposes of paragraphs 80(1)(d) and 2(d) of the Act, in respect of the factor referred to in paragraph 4.4(a), the patentee shall provide to the Board every cost-utility analysis prepared by a publicly funded Canadian organization, if published and communicated to the patentee, for which the outcomes are expressed as the cost per quality-adjusted life year for each indication that is the subject of the analysis.

4.1 (1) Pour l'application des alinéas 80(1)d) et (2)d) de la Loi, le breveté fourni au Conseil, à l'égard du facteur prévu à l'alinéa 4.4a), toute analyse coût-utilité préparée par un organisme canadien financé par l'État qui a été publiée et qui lui a été communiquée et dont les résultats sont exprimés en fonction du coût par année de vie pondéré par la qualité, pour chaque indication faisant l'objet de l'analyse.

(2) The patentee shall provide to the Board any information about the medicine that was redacted from a published analysis.

(2) Le breveté fourni au Conseil tout renseignement visant le médicament qui a été caviardé dans l'analyse publiée.

(3) An analysis shall be provided

(3) L'analyse doit être fournie :

(a) if the analysis is published before the day on which the medicine is first offered for sale in Canada, within 30 days after that day; or

a) si elle est publiée avant le jour où le médicament est offert en vente au Canada pour la première fois, dans les trente jours suivant ce jour;

(b) if the analysis is not published before the day on which the medicine is first offered for sale in Canada, within 30 days after the day on which it is published.

(4) Despite subsection (3), in the case of a medicine that is offered for sale in Canada before July 1, 2020, an analysis shall be provided

(a) if the analysis is published before July 1, 2020, by July 30, 2020; or

(b) if the analysis is not published before July 1, 2020, within 30 days after the day on which it is published.

(5) An analysis shall be provided to the Board only if any cost for the medicine as identified in the analysis is or would be, when that cost is pro-rated to account for that medicine's use over a 12-month period, greater than or equal to 50 per cent of the gross domestic product per capita in Canada at the time of publication of the analysis.

4.2 (1) For the purposes of paragraphs 80(1)(d) and (2)(d) of the Act, in respect of the factor referred to in paragraph 4.4(b), the patentee shall provide to the Board the estimated maximum use of the medicine in Canada, as measured by the total quantity of the medicine in final dosage form expected to be sold.

(2) The patentee shall provide to the Board the period of time used for the estimate of the maximum use of the medicine.

(3) The patentee shall provide to the Board the estimated maximum use of the medicine within 30 days after the day on which the medicine is first offered for sale in Canada.

(4) Despite subsection (3), in the case of a medicine that is offered for sale in Canada before July 1, 2020, the most recent version of the estimated maximum use of the medicine shall be provided

(a) if the medicine is first offered for sale in Canada during the period beginning on July 1, 2017 and ending on June 30, 2020, by July 30, 2020; or

(b) if the medicine is first offered for sale in Canada before July 1, 2017, but the Minister of Health assigns a drug identification number under the *Food and Drug Regulations*

b) sinon, dans les trente jours suivant sa publication.

(4) Malgré le paragraphe (3), s'agissant d'un médicament offert en vente au Canada avant le 1^{er} juillet 2020, l'analyse doit être fournie :

a) si elle est publiée avant le 1^{er} juillet 2020, au plus tard le 30 juillet 2020;

b) sinon, dans les trente jours suivant sa publication.

(5) L'analyse est fournie au Conseil uniquement si un coût établi dans celle-ci pour le médicament est ou serait, lorsqu'il est calculé sur la base d'une utilisation du médicament répartie sur une période de douze mois, égal ou supérieur à 50 pour cent du produit intérieur brut par habitant au Canada au moment de la publication de l'analyse.

4.2 (1) Pour l'application des alinéas 80(1)d) et (2)d) de la Loi, le breveté fourni au Conseil, à l'égard du facteur prévu à l'alinéa 4.4b), l'utilisation maximale estimative du médicament au Canada, en fonction de la quantité totale des prévisions de ventes du médicament sous sa forme posologique finale.

(2) Le breveté fourni au Conseil la période sur laquelle est fondée l'estimation de l'utilisation maximale du médicament.

(3) Le breveté fourni au Conseil l'utilisation maximale estimative du médicament dans les trente jours suivant la date où le médicament est offert en vente au Canada pour la première fois.

(4) Malgré le paragraphe (3), s'agissant d'un médicament offert en vente au Canada avant le 1^{er} juillet 2020, la version la plus récente de l'utilisation maximale estimative du médicament doit être fournie :

a) si le médicament est offert en vente au Canada pour la première fois pendant la période commençant le 1^{er} juillet 2017 et se terminant le 30 juin 2020, au plus tard le 30 juillet 2020;

b) si le médicament est offert en vente au Canada pour la première fois avant le 1^{er} juillet 2017, mais que le ministre de la Santé lui attribue une identification numérique conformément au *Règlement sur les aliments et drogues* :

(i) during the period beginning on the day on which the *Regulations Amending the Patented Medicines Regulations (Additional Factors and Information Reporting Requirements)* are published in the *Canada Gazette*, Part II and ending on June 30, 2020, by July 30, 2020, or

(ii) after June 30, 2020, within 30 days after the day on which the drug identification number is assigned.

(5) The patentee shall update the estimated maximum use of the medicine within 30 days after the day on which the Minister of Health issues a notice of compliance approving a new or modified therapeutic use of the medicine.

4.3 (1) Despite subsections 4.1(3) and (4) and 4.2(3) and (4), in each of the following cases, the information referred to in subsections 4.1(1) and (2) and 4.2(1) and (2) shall be provided within 30 days after the day on which the Board sends a request for the patentee to provide that information:

(a) the medicine is not a *prescription drug* as defined in section A.01.010 of the *Food and Drug Regulations* and is not a drug described in Schedule D to the *Food and Drugs Act*;

(b) the medicine contains a *controlled substance* as defined in subsection 2(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, the sale or provision of which does not require a prescription under that Act;

(c) a notice of compliance has been issued in respect of the medicine on the basis of information and material contained in a submission filed under section C.08.002.1 of the *Food and Drug Regulations*;

(d) the medicine is for veterinary use.

(2) The requirements of subsection 4.2(5) apply in respect of the information provided under subsection (1).

...

4.4 For the purposes of paragraph 85(1)(e) of the Act, the other factors that the Board shall take into consideration to determine whether a medicine that is sold in any market in Canada after June 30, 2020 is being or has been sold at an excessive price are the following:

(i) pendant la période commençant le jour où le *Règlement modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (facteurs additionnels et exigences supplémentaires relatives à la fourniture de renseignements)* est publié dans la partie II de la *Gazette du Canada* et se terminant le 30 juin 2020, au plus tard le 30 juillet 2020,

(ii) après le 30 juin 2020, dans les trente jours suivant la date d'attribution de l'identification numérique.

(5) Le breveté met à jour l'utilisation maximale estimative du médicament dans les trente jours suivant la date de la délivrance par le ministre de la Santé de tout avis de conformité approuvant une utilisation thérapeutique nouvelle ou modifiée du médicament.

4.3 (1) Malgré les paragraphes 4.1(3) et (4) et 4.2(3) et (4), s'agissant des médicaments ci-après, les renseignements visés aux paragraphes 4.1(1) et (2) et 4.2(1) et (2) doivent être fournis au Conseil dans les trente jours suivant l'envoi, par ce dernier, d'une demande au breveté visant à ce que celui-ci fournisse ces renseignements :

a) le médicament qui n'est pas une *drogue sur ordonnance*, au sens de l'article A.01.010 du *Règlement sur les aliments et drogues*, ni une drogue mentionnée à l'annexe D de la *Loi sur les aliments et drogues*;

b) le médicament qui contient une *substance désignée*, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, dont la vente ou la fourniture ne nécessite pas d'ordonnance aux termes de cette loi;

c) le médicament à l'égard duquel un avis de conformité a été délivré d'après les renseignements et le matériel contenus dans la présentation déposée en vertu de l'article C.08.002.1 du *Règlement sur les aliments et drogues*;

d) le médicament qui est destiné à l'usage vétérinaire.

(2) Les exigences du paragraphe 4.2(5) s'appliquent à l'égard des renseignements fournis en application du paragraphe (1).

[...]

4.4 Pour l'application de l'alinéa 85(1)e) de la Loi, les autres facteurs dont le Conseil doit tenir compte pour décider si le prix d'un médicament vendu après le 30 juin 2020 sur un marché canadien est excessif sont les suivants :

(a) the medicine's pharmacoeconomic value in Canada;

a) la valeur pharmacoéconomique du médicament au Canada;

(b) the size of the market for the medicine in Canada; and

b) la taille du marché de ce médicament au Canada;

(c) the gross domestic product in Canada and the gross domestic product per capita in Canada.

c) le produit intérieur brut du Canada et le produit intérieur brut par habitant au Canada.

...

[...]

6 The schedule to the Regulations is replaced by the schedule set out in the schedule to these Regulations.

6 L'annexe du même règlement est remplacée par l'annexe figurant à l'annexe du présent règlement.

...

[...]

SCHEDULE

ANNEXE

(Section 6)

(article 6)

SCHEDULE

ANNEXE

(Subparagraph 4(1)(f)(iii))

(sous-alinéa 4(1)f)(iii))

Australia

Allemagne

Australie

Germany

Belgium

Australie

Belgique

Australia

France

Belgique

France

Belgium

Germany

Espagne

Allemagne

Spain

Italy

France

Italie

France

Japan

Italie

Japon

Italy

Netherlands

Japon

Pays-Bas

Japan

Norway

Norvège

Spain

Espagne

Sweden

Suède

United Kingdom

Royaume-Uni

Norvège

Norway

Pays-Bas

Netherlands

Royaume-Uni

United Kingdom

Suède

Sweden

A-280-17
2019 FCA 67

A-280-17
2019 CAF 67

Minister of National Revenue (*Appellant*)

Ministre du Revenu national (*appelant*)

v.

c.

Cameco Corporation (*Respondent*)

Cameco Corporation (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA (NATIONAL REVENUE) v. CAMECO CORPORATION

RÉPERTORIÉ : CANADA (REVENU NATIONAL) c. CAMECO CORPORATION

Federal Court of Appeal, Rennie, Woods and Laskin J.J.A.—Toronto, November 28, 2018; Ottawa, April 3, 2019.

Cour d'appel fédérale, juges Rennie, Woods et Laskin, J.C.A.—Toronto, 28 novembre 2018; Ottawa, 3 avril 2019.

Income Tax — Administration and Enforcement — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's summary application seeking compliance order under Income Tax Act, s. 231.7(1) directing respondent to comply with Canada Revenue Agency's (CRA) request to interview respondent's employees regarding audit CRA conducting — Audit to determine whether respondent complying with transfer pricing rules set out in Act, s. 247 during respondent's 2010, 2011, 2012 taxation years — CRA thus requesting employees of respondent to attend interviews, answer orally questions that CRA considering relevant to audit — Respondent refusing but offering to respond to questions in writing — Appellant of view that words "inspect, audit or examine" in Act, s. 231.1(1)(a) broad, encompassing authority to ask questions of taxpayer or employees of taxpayer — Whether appellant can require employees of corporation to attend for interviews, compel oral answers to questions posed by CRA auditors — Per Rennie J.A. (Laskin J.A. concurring): Act, s. 231.1(1)(a) cannot be interpreted so as to permit appellant to compel oral interviews of taxpayer or its employees concerning its tax liability — Focus of powers in Act, s. 231.1(1)(a),(b) squarely on appellant's ability to access information that is documented, or ought to be documented, in taxpayer's books, records — Power referred to in those paragraphs is to "inspect, audit or examine" — Neither "inspect" nor "examine" suggesting power to compel person to answer questions — Where Parliament intending to compel person to provide oral answers to questions in response to government inquiry, does so expressly, not by implication — Purpose of provision to facilitate appellant's unencumbered, immediate access to all books, records, information of taxpayer — Appeal dismissed — Per Woods J.A. (concurring): Federal Court not making any reviewable error in concluding that application should be dismissed on facts of particular case; in denying compliance order sought based on factual circumstances — Not necessary to consider scope of appellant's audit powers more generally in present appeal

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a rejeté la demande sommaire de l'appellant visant à obtenir une ordonnance en application de l'art. 231.7(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu ordonnant à l'intimée de se conformer à la demande de l'Agence du revenu du Canada (ARC) que des employés de l'intimée répondent à des questions concernant une vérification menée par l'ARC — La vérification visait à déterminer si l'intimée s'était conformée aux règles en matière de prix de transfert à l'art. 247 de la Loi au cours des exercices 2010, 2011 et 2012 — L'ARC a donc demandé à des employés de l'intimée de se présenter à des entrevues et de répondre oralement à diverses questions que l'ARC considérait comme pertinentes à la vérification — L'intimée a refusé, mais a offert de répondre par écrit — L'appellant était d'avis que les mots « inspecter, vérifier ou examiner » de l'art. 231.1(1)a) de la Loi ont un sens large et englobent le pouvoir de poser des questions à un contribuable ou aux employés d'un contribuable — La question en litige était de savoir si l'appellant peut exiger que des employés d'une société se présentent à des entrevues et répondent oralement à des questions posées par les vérificateurs de l'ARC — Le juge Rennie, J.C.A. (le juge Laskin, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : On ne peut interpréter l'art. 231.1(1)a) de la Loi comme autorisant l'appellant à obliger le contribuable ou un de ses employés à répondre à des questions orales relativement à son obligation fiscale — Les pouvoirs décrits aux art. 231.1(1)a) et b) sont axés sur le droit de l'appellant d'accéder à des renseignements écrits qui apparaissent ou devraient apparaître dans les registres du contribuable — Le pouvoir conféré est celui d'« inspecter, vérifier ou examiner » — Ni le mot « inspecter » ni le mot « examiner » ne suggère le pouvoir de contraindre une personne à répondre à des questions — Lorsque le législateur souhaite contraindre une personne à donner des réponses orales à des questions lors d'une enquête par l'État, il le fait expressément, et non par déduction — L'objectif de

— *While true that some of Federal Court's reasons not withstanding scrutiny, these aspects of reasons not crucial to its decision — Facts amply supporting that appellant's application overreaching on particular facts of this case.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's summary application seeking a compliance order under subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act* directing the respondent to comply with the Canada Revenue Agency's (CRA) request to interview the respondent's employees regarding the audit the CRA was conducting. The audit was to determine whether the respondent complied with the transfer pricing rules set out in section 247 of the Act during its 2010, 2011 and 2012 taxation years. The CRA thus requested employees of the respondent, including those of its foreign subsidiaries, to attend interviews and to answer orally various categories of questions that the CRA considered relevant to its audit. The respondent refused but offered to respond to questions in writing. The Federal Court concluded that the appellant's interpretation of paragraph 231.1(1)(a) was inconsistent with a textual and contextual reading of that provision. It also concluded that a power to compel oral interviews would, in effect, allow the appellant a pre-emptive discovery of the taxpayer and thereby circumvent the procedures under the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)* (Tax Court Rules), and possibly prejudice the respondent's position in ongoing and prospective litigation with the appellant.

The thrust of the appellant's interpretation of paragraph 231.1(1)(a) of the Act was that the words "inspect, audit or examine" are broad and encompass, on their own, the authority to ask questions of a taxpayer or employees of a taxpayer, including the employees of its overseas subsidiaries, and to require that they be answered orally. The appellant argued that paragraphs 231.1(1)(c) and (d) do not *limit* her authority to ask questions under paragraph 231.1(1)(a) but rather *expand* that authority. In response, the respondent contended, in particular, that what the appellant effectively sought was an implicit summons power that has no basis in the text of subsection 231.1(1) and that, had Parliament intended to confer such broad authority, it would have done so in no uncertain terms.

la disposition est d'assurer à l'appellant un accès sans entrave et immédiat aux dossiers et renseignements du contribuable — Appel rejeté — La juge Woods, J.C.A. (motifs concourants) : La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que la demande devait être rejetée compte tenu des faits de l'espèce; en rejetant la demande d'ordonnance vu les faits — Il n'était pas nécessaire d'examiner de façon plus générale la portée des pouvoirs de l'appellant en matière de vérification dans le présent appel — Certains des motifs de la Cour fédérale n'ont pas résisté à un examen, mais ces aspects des motifs n'étaient pas essentiels à la décision de la Cour fédérale — Les faits appuyaient amplement la conclusion que la demande de l'appellant était excessive compte tenu des faits de l'affaire.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a rejeté la demande sommaire de l'appellant visant à obtenir une ordonnance en application du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ordonnant à l'intimée de se conformer à la demande de l'Agence du revenu du Canada (ARC) que des employés de l'intimée répondent à des questions concernant une vérification menée par l'ARC. La vérification visait à déterminer si l'intimée s'était conformée aux règles en matière de prix de transfert à l'article 247 de la Loi au cours des exercices 2010, 2011 et 2012. L'ARC a donc demandé à des employés de l'intimée, dont certains étaient au service de sociétés étrangères affiliées, de se présenter à des entrevues et de répondre oralement à diverses questions que l'ARC considérait comme pertinentes à la vérification. L'intimée a refusé, mais a offert de répondre par écrit. La Cour fédérale a conclu que l'interprétation de l'alinéa 231.1(1)a) de l'appellant ne correspondait pas à l'interprétation textuelle et contextuelle de cette disposition. Elle a également conclu que le pouvoir d'exiger des entrevues orales reviendrait, dans les faits, à accorder à l'appellant le droit d'interroger le contribuable au préalable et, par conséquent, lui permettrait de contourner les procédures prévues par les *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)* (les Règles), ce qui pourrait porter préjudice à la position de l'intimée lors du litige en cours ou lors d'un litige éventuel avec l'appellant.

L'essentiel de l'interprétation de l'alinéa 231.1(1)a) par l'appellant était que les mots « inspecter, vérifier ou examiner » ont un sens large et englobent le pouvoir de poser des questions à un contribuable ou aux employés d'un contribuable, y compris les employés de ses filiales étrangères, et d'exiger que les réponses soient fournies oralement. L'appellant a soutenu que les alinéas 231.1(1)c) et d) ne *limitent* pas son pouvoir de poser des questions en vertu de l'alinéa 231.1(1)a), mais *élargissent* plutôt son pouvoir. En réponse, l'intimée a fait valoir notamment que l'appellant demandait, dans les faits, un pouvoir de citer à comparaître qui n'a aucun fondement dans le libellé du paragraphe 231.1(1) et que, si le législateur avait eu l'intention de conférer de si vastes pouvoirs, il l'aurait fait clairement.

The issue was whether the appellant can require employees of a corporation to attend for interviews and compel oral answers to questions posed by auditors of the CRA.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Rennie J.A. (Laskin J.A. concurring): Applying the modern approach to statutory interpretation, paragraph 231.1(1)(a) of the Act cannot be interpreted so as to permit the appellant to compel oral interviews of a taxpayer or its employees concerning its tax liability. Neither the text, context nor legislative history of paragraph 231.1(1)(a) supported the appellant's position. What the appellant sought from the respondent were oral answers to oral questions relating to "the fact situation which existed during the 2008–2010 period" and the "development of [a] functional analysis" of a non-arm's length transaction between the respondent and its foreign subsidiary. It followed that the appellant's request for a compliance order under section 231.7 was not in respect of documents, records or information as to the location of those documents and the manner in which they were maintained but to facilitate her understanding of the respondent's potential tax liability.

The focus of the powers in paragraphs 231.1(1)(a) and (b) is squarely on the ability of the appellant to access information that is documented, or ought to be documented, in the books and records of the taxpayer. References to "books and records" and "documents" course consistently throughout section 231.1. The power referred to in those paragraphs is to "inspect, audit or examine". Neither "inspect" nor "examine" suggests a power to compel a person to answer questions. Oral examination is not the ordinary meaning of the word audit, particularly when the word is situated in its context of income tax liability. Reading the power in paragraph (a) in the context of paragraph (d), reinforces the intention of Parliament that the appellant has, at a minimum, full, unimpeded access to the records of the taxpayer.

Regarding the contextual analysis of section 231.1, where Parliament intends to compel a person to provide oral answers to questions in response to a government inquiry, it does so expressly and not by implication. The purpose of section 231.1 is to facilitate the appellant's unencumbered and immediate access to all books, records and information of the taxpayer and, in section 231.7, to provide recourse to the authority of the Court in the face of a refusal. Furthermore, paragraph 231.1(1)(a) is not the only source of the appellant's investigatory powers. The appellant may enter into the business premises of a taxpayer (paragraph 231.1(1)(c)), seek information and documents from third parties (section 231.2), examine

La question en litige était de savoir si l'appellant peut exiger que des employés d'une société se présentent à des entrevues et répondent oralement à des questions posées par les vérificateurs de l'ARC.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le juge Rennie, J.C.A. (le juge Laskin, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Suivant l'approche moderne d'interprétation des lois, on ne peut interpréter l'alinéa 231.1(1)a de la Loi comme autorisant l'appellant à obliger le contribuable ou un de ses employés à répondre à des questions orales relativement à son obligation fiscale. Ni le texte ni le contexte ni l'historique législatif de l'alinéa 231.1(1)a ne soutenait la thèse de l'appellant. Ce que l'appellant cherchait à obtenir de l'intimée était des réponses orales à des questions orales concernant [TRADUCTION] « les faits qui existaient au cours de la période de 2008 à 2010 » et [TRADUCTION] « l'élaboration d'une analyse fonctionnelle » d'une opération effectuée avec un lien de dépendance entre l'intimée et sa filiale étrangère. Il s'ensuivait que la demande de l'appellant pour obtenir une ordonnance en vertu de l'article 231.7 ne portait pas sur des documents ou sur des renseignements concernant l'emplacement de ces documents et la façon dont ils ont été tenus à jour; l'appellant cherchait plutôt à mieux comprendre la dette fiscale éventuelle de l'intimée.

Les pouvoirs décrits aux alinéas 231.1(1)a et b) sont axés sur le droit de l'appellant d'accéder à des renseignements écrits qui apparaissent ou devraient apparaître dans les registres du contribuable. On renvoie constamment aux « livres et registre » et aux « documents » dans cet article. Le pouvoir conféré est celui d'« inspecter, vérifier ou examiner ». Ni le mot « inspecter » ni le mot « examiner » ne suggère le pouvoir de contraindre une personne à répondre à des questions. Un interrogatoire oral n'est pas visé par le sens ordinaire du mot « vérifier », particulièrement lorsque le mot porte sur l'obligation fiscale. La lecture de l'alinéa a) à la lumière de l'alinéa d) renforce l'intention du législateur que l'appellant ait, au minimum, un accès complet et sans entrave aux registres du contribuable.

En ce qui concerne l'analyse contextuelle de l'article 231.1, lorsque le législateur souhaite contraindre une personne à donner des réponses orales à des questions lors d'une enquête par l'État, il le fait expressément, et non par déduction. L'objectif de l'article 231.1 est d'assurer à l'appellant un accès sans entrave et immédiat aux dossiers et renseignements du contribuable, alors que l'objectif de l'article 231.7 est de permettre d'avoir recours aux pouvoirs de la Cour en cas de refus. En outre, l'alinéa 231.1(1)a n'est pas la seule source des pouvoirs d'enquête de l'appellant. L'appellant peut pénétrer dans le lieu où est exploitée une entreprise (alinéa 231.1(1)c)), demander des renseignements ou des documents de tiers (article 231.2),

any property, process or matter relating to the taxpayer or any other person (paragraph 231.1(1)(b)), etc. As to the appellant's power to compel oral answers during an audit, whether the power is necessary to ensure that the audit function is not undermined is a policy matter for the appellant and Parliament.

Paragraph 231.1(1)(a) (and section 231.1 as a whole) was the result of 1986 amendments to the Act that sought "to provide clear limits to Revenue Canada's enforcement powers." The elimination of the word "orally" from the duty to answer all proper questions "relating to the audit" as well as the elimination of the obligation to give answers under oath or by statutory declaration was telling. Equally significant was the concurrent introduction of the explicit powers of inquiry under section 231.4. Having regard to the legislative history, the appellant's submission that the word "audit" in paragraph 231.1(1)(a) itself confers a general power to compel oral answers with respect to tax liability was rejected. The result would be a power significantly broader than that set out in section 231.4, without any of its procedural safeguards, and would be contrary to Parliament's intention.

Per Woods J.A. (concurring): The appeal was to be dismissed but for different reasons. The Federal Court made no reviewable error in concluding that the application should be dismissed on the facts of this particular case. It was not necessary to consider the scope of the appellant's audit powers more generally in this appeal. The Federal Court centred its decision on the "unique and compelling" facts of this case, which were all relevant to the exercise of its discretion under section 231.7 of the *Income Tax Act*. The Federal Court made no reviewable error in denying the compliance order that was sought based on these factual circumstances. The compliance order is discretionary and this Court must "be cautious in intervening, doing so only where it is established that the discretion was exercised in an abusive, unreasonable or non-judicial manner". While true that some of the reasons of the Federal Court did not withstand scrutiny, these aspects of the reasons were not crucial to its decision. The facts amply supported that the appellant's application overreached on the particular facts of this case.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 8.7, 8.8.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 10.

examiner les biens ainsi que tout procédé du contribuable ou d'une autre personne (alinéa 231.1(1)b)), etc. En ce qui concerne le pouvoir de l'appellant d'exiger des réponses orales au cours d'une vérification, la question de savoir si ce pouvoir est nécessaire pour assurer que la fonction de vérification ne soit pas minée est une question de politique qui relève de l'appellant et du législateur.

L'alinéa 231.1(1)a) (et l'article 231.1 dans son ensemble) résulte de modifications à la Loi en 1986, qui visaient à ce « que soient clairement indiquées les limites des pouvoirs d'application de la Loi de Revenu Canada ». L'élimination du mot « oralement » de l'obligation de répondre à toutes les questions appropriées « se rapportant à la vérification » et l'élimination de l'obligation de fournir des réponses sous serment ou par déclaration exigée par la loi parlaient d'elles-mêmes. L'introduction simultanée de pouvoirs explicites d'enquête à l'article 231.4 était également significative. À la lumière de cet historique législatif, l'observation de l'appellant que le mot « vérifier » à l'alinéa 231.1(1)a) confère lui-même un pouvoir général d'exiger des réponses orales relativement aux obligations fiscales a été rejetée. Il en résulterait un pouvoir considérablement plus large que celui décrit à l'article 231.4, dépouillé des protections procédurales, ce qui serait contraire à l'intention du législateur.

La juge Woods, J.C.A. (motifs concourants) : L'appel devait être rejeté, mais pour des motifs différents. La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que la demande devait être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. Il n'était pas nécessaire d'examiner de façon plus générale la portée des pouvoirs de l'appellant en matière de vérification dans le présent appel. La Cour fédérale a fondé sa décision sur les faits « uniques et contraignants » de l'espèce, qui étaient tous pertinents à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale en application de l'article 231.7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Vu ces faits, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant la demande d'ordonnance. L'ordonnance est de nature discrétionnaire et notre Cour doit « faire preuve d'un haut degré de déférence et n'intervenir qu'avec circonspection, lorsqu'il est établi que le pouvoir a été exercé de manière abusive, déraisonnable ou non judiciaire ». Certains des motifs de la Cour fédérale n'ont pas résisté à un examen, mais ces aspects des motifs n'étaient pas essentiels à la décision de la Cour fédérale. Les faits appuyaient amplement la conclusion que la demande de l'appellant était excessive compte tenu des faits de l'affaire.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 152(8), 225.1(7), 230, 231.1, 231.2, 231.4, 231.7, 247.

Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act, S.C. 1989, c. 3, s. 19.
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 23.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 152(8), 225.1(7), 230, 231.1, 231.2, 231.4, 231.7, 247.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 231.
Nuclear Safety and Control Act, S.C. 1997, c. 9, ss. 30, 36.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 45.65.
Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688a.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 231.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 10.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 45.65.
Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires, L.C. 1997, ch. 9, art. 30, 36.
Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 8.7, 8.8.
Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports, L.C. 1989, ch. 3, art. 19.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 23.
Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688a.

CASES CITED

APPLIED:

BP Canada Energy Co. v. Canada (National Revenue), 2017 FCA 61, [2017] 4 F.C.R. 355; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87.

CONSIDERED:

Rona Inc. v. Canada (National Revenue), 2017 FCA 118, [2017] D.T.C. 5069; *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612.

REFERRED TO:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. He*, 2012 BCCA 318, 289 C.C.C. (3d) 184; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Goulis* (1981), 233 O.R. (2d) 55, [1981] O.J. No. 637 (QL) (C.A.); *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Saipem Luxembourg S.A. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2005 FCA 218, [2005] 3 C.T.C. 294, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] 3 S.C.R. vii; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Sarmadi v. Canada*, 2017 FCA 131, [2018] 2 C.T.C. 99; *Toronto (City) v. Polai*, (1970) 1 O.R. 483, (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 (Ont. C.A.); *Dreco Energy Services Ltd. v. Wenzel*, 2008 ABCA 290 (CanLII), 440 A.R. 273; *Morguard Residential v. Mandel*, 2017 ONCA 177; *Canada (National*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

BP Canada Energy Company c. Canada (Revenu national), 2017 CAF 61, [2017] 4 R.C.F. 355; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rona Inc. c. Canada (Revenu national), 2017 CAF 118; *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612.

DÉCISIONS CITÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. v. He*, 2012 BCCA 318, 289 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. v. Goulis* (1981), 233 O.R. (2d) 55, [1981] O.J. n° 637 (QL) (C.A.); *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Saipem Luxembourg S.V. c. Canada (Douanes et Revenu)*, 2005 CAF 218, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] 3 R.C.S. vii; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Sarmadi c. Canada*, 2017 CAF 131; *Toronto (City) v. Polai*, [1970] 1 O.R. 483, (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 (C.A. Ont.); *Dreco Energy Services Ltd. v. Wenzel*, 2008 ABCA 290 (CanLII), 440 A.R. 273; *Morguard Residential v. Mandel*, 2017 ONCA 177; *Canada (Revenu national) v. Compagnie*

Revenue) v. *RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263; *Cameco Corporation v. The Queen*, 2018 TCC 195, [2019] 1 C.T.C. 2001; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478.

d'assurance vie RBC, 2013 CAF 50; *Cameco Corporation c. La Reine*, 2018 CCI 195; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478.

AUTHORS CITED

Le Petit Robert, 2011 ed., « vérifier ».
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, looseleaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2018.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
Wilson, Michael. *Technical Notes to a Bill Amending the Income Tax Act and Related Statutes*, Ottawa: Dept. of Finance, 1985.

DOCTRINE CITÉE

Le Petit Robert, éd. 2011, « vérifier ».
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2018.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.
Wilson, Michael. *Notes techniques relatives au projet de loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et d'autres lois connexes*, Ottawa : ministère des Finances, 1985.

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 763, [2018] 2 F.C.R. 524) dismissing a summary application by the appellant seeking a compliance order under subsection 231.7(1) of the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2017 CF 763, [2018] 2 R.C.F. 524), qui a rejeté la demande sommaire de l'appelant visant à obtenir une ordonnance en application du paragraphe 231.7(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel rejeté.

APPEARANCES

Margaret McCabe and *Anne Jinnouchi* for appellant.
David Jacyk, *Al Meghji* and *Peter Macdonald* for respondent.

ONT COMPARU :

Margaret McCabe et *Anne Jinnouchi* pour l'appelant.
David Jacyk, *Al Meghji* et *Peter Macdonald* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada pour l'appelant.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

RENNIE J.A.:

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether the Minister of National Revenue can require employees of a corporation to attend for interviews and compel oral answers to questions posed by auditors of the Canada

I. Introduction

[1] La question en litige dans le présent appel est de savoir si le ministre du Revenu national peut exiger que des employés d'une société se présentent à des entrevues et répondent oralement à des questions posées par les

Revenue Agency (CRA). The Minister says that paragraph 231.1(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act) provides her the authority to do so.

[2] In the course of an audit as to whether Cameco Corporation complied with the transfer pricing rules set out in section 247 of the Act during its 2010, 2011 and 2012 taxation years, the CRA requested employees of Cameco, including those of its foreign subsidiaries, to attend interviews and to answer orally various categories of questions that the CRA considered relevant to its audit. Cameco refused, but did offer to respond to questions in writing.

[3] The Minister then brought a summary application in the Federal Court, seeking a compliance order under subsection 231.7(1) [of the Act] directing Cameco to comply with the CRA's request.

[4] The Federal Court dismissed the application (2017 FC 763, [2018] 2 F.C.R. 524 [reasons], *per* McVeigh J.). The Court concluded that the Minister's interpretation of paragraph 231.1(1)(a) was inconsistent with a textual and contextual reading of that provision. The Court also concluded that a power to compel oral interviews would, in effect, allow the Minister a pre-emptive discovery of the taxpayer and thereby circumvent the procedures under the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a (Tax Court Rules), and possibly prejudice Cameco's position in ongoing and prospective litigation with the Minister. The Minister appealed.

[5] Subsection 231.1(1) [of the Act] provides as follows:

Inspections

231.1 (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any

vérificateurs de l'Agence du revenu du Canada (ARC). Le ministre soutient que l'alinéa 231.1(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi), lui confère le pouvoir de le faire.

[2] Lors d'une vérification visant à déterminer si Cameco Corporation s'était conformée aux règles en matière de prix de transfert à l'article 247 de la Loi au cours des exercices 2010, 2011 et 2012, l'ARC a demandé à des employés de Cameco, dont certains étaient au service de sociétés étrangères affiliées, de se présenter à des entrevues et de répondre oralement à diverses questions que l'ARC considérait comme pertinentes à la vérification. Cameco a refusé, mais a offert de répondre par écrit.

[3] Le ministre a ensuite présenté une demande sommaire à la Cour fédérale afin d'obtenir une ordonnance en application du paragraphe 231.7(1) [de la Loi] ordonnant à Cameco de se conformer à la demande de l'ARC.

[4] La Cour fédérale a rejeté la demande (2017 CF 763, [2018] 2 R.C.F. 524 [motifs], la juge McVeigh). La Cour a conclu que l'interprétation de l'alinéa 231.1(1)a) du ministre ne correspondait pas à l'interprétation textuelle et contextuelle de cette disposition. La Cour a également conclu que le pouvoir d'exiger des entrevues orales reviendrait, dans les faits, à accorder au ministre le droit d'interroger le contribuable au préalable et, par conséquent, lui permettrait de contourner les procédures prévues par les *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a (les Règles), ce qui pourrait porter préjudice à la position de Cameco lors du litige en cours ou lors d'un litige éventuel avec le ministre. Le ministre a interjeté appel de cette décision.

[5] Le paragraphe 231.1(1) [de la Loi] est rédigé ainsi :

Enquêtes

231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du

other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection 231.1(2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

[6] As in this case, where the taxpayer fails to provide the access, assistance, information or documents which the Minister demands, the Minister may seek a compliance order from the Federal Court pursuant to subsection 231.7(1) of the Act:

Compliance order

231.7 (1) On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure

contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

[6] Comme c'est le cas en l'espèce, si le contribuable n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre a demandés, le ministre peut demander une ordonnance de la Cour fédérale en application du paragraphe 231.7(1) de la Loi :

Ordonnance

231.7 (1) Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au

by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

[7] The thrust of the Minister's interpretation of paragraph 231.1(1)(a) is that the words "inspect, audit or examine" are broad and encompass, on their own, the authority to ask questions of a taxpayer or employees of a taxpayer, including the employees of its overseas subsidiaries, and to require that they be answered orally. "Audit" in the Minister's conception, implies a right to seek information and carries with it a corresponding obligation to provide that which is requested. The Minister contends that this interpretation of paragraph (a) is consistent with the purpose of the provision which is to permit the Minister to verify taxpayers' information and ensure compliance with the Act, and with the broader public interest in supporting a self-assessment system of taxation.

[8] The Minister argues that paragraphs 231.1(1)(c) and (d) do not *limit* her authority to ask questions under paragraph 231.1(1)(a) but rather *expand* that authority to include the power to ask and obtain answers to oral questions of any person at the taxpayer's business premises. In considering the scope of the power in (a), the Minister stresses the inherent disadvantages faced by her in a self-reporting system, and that it is for the Minister, and not the taxpayer, to decide the breadth and scope of an audit.

[9] In response, Cameco contends that what the Minister effectively seeks is an implicit summons power that has no basis in the text of subsection 231.1(1). Had Parliament intended to confer such broad authority it would have done so in no uncertain terms. Cameco also argues that, when situated in its context, the Minister's interpretation of paragraph 231.1(1)(a) is inconsistent with the scheme of the Act. It renders paragraph 231.1(1)(d) and the mid-amble of subsection 231.1(1) redundant, and undermines the protections established for the taxpayer by Parliament in the Minister's inquiry power under section 231.4.

sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

[7] L'essentiel de l'interprétation de l'alinéa 231.1(1)a par le ministre est que les mots « inspecter, vérifier ou examiner » ont un sens large et englobent le pouvoir de poser des questions à un contribuable ou aux employés d'un contribuable, y compris les employés de ses filiales étrangères, et d'exiger que les réponses soient fournies oralement. Selon la conception du ministre, le terme « vérifier » sous-entend le droit d'obtenir des renseignements et comprend une obligation correspondante de fournir les renseignements demandés. Le ministre soutient que son interprétation de l'alinéa a) correspond à l'objet de la disposition, qui est de permettre au ministre de vérifier les renseignements des contribuables et de garantir le respect de la Loi, et que cette interprétation correspond à l'intérêt public à l'appui du système d'autocotisation.

[8] Le ministre soutient que les alinéas 231.1(1)c) et d) ne limitent pas son pouvoir de poser des questions en vertu de l'alinéa 231.1(1)a), mais élargissent plutôt son pouvoir de façon à inclure celui de demander et d'obtenir des réponses à des questions orales de toute personne qui se trouve dans les locaux commerciaux du contribuable. Dans l'analyse de la portée du pouvoir conféré par l'alinéa a), le ministre souligne les désavantages inhérents auxquels il fait face dans un régime d'autodéclaration et il précise que c'est à lui, et non au contribuable, qu'il revient de déterminer l'étendue et la portée d'une vérification.

[9] En réponse, Cameco fait valoir que le ministre demande, dans les faits, un pouvoir de citer à comparaître qui n'a aucun fondement dans le libellé du paragraphe 231.1(1). Si le législateur avait eu l'intention de conférer de si vastes pouvoirs, il l'aurait fait clairement. Cameco soutient également que, lorsqu'elle est mise en contexte, l'interprétation par le ministre de l'alinéa 231.1(1)a) n'est pas conforme à l'économie de la Loi. Elle rend l'alinéa 231.1(1)d) et le passage intercalaire du paragraphe 231.1(1) superflus et mine les protections établies pour les contribuables par le législateur relativement au pouvoir d'enquête du ministre en vertu de l'article 231.4.

[10] Relying on the plain and ordinary meaning of paragraph 231.1(1)(a) and the decision of this Court in *BP Canada Energy Co. v. Canada (National Revenue)*, 2017 FCA 61, [2017] 4 F.C.R. 355 (*BP Canada*), Cameco argues that the powers conferred under it are in respect of *documented* information, not *any* information. Finally, Cameco emphasizes that it has cooperated with the CRA over the course of its audit save for the request for oral interviews. This, in Cameco's view, is material to the exercise of the Federal Court's discretion whether to issue a compliance order under section 231.7.

II. Analysis

[11] It is well-established that the interpretation of specific provisions of the Act is a question of law (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 44). The standard of review applicable to the applications judge's interpretation of paragraph 231.1(1)(a) is therefore correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 33.

[12] Applying the modern approach to statutory interpretation (*Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559), paragraph 231.1(1)(a) cannot be interpreted so as to permit the Minister to compel oral interviews of a taxpayer or its employees concerning its tax liability. Neither the text, nor the context nor the legislative history of paragraph 231.1(1)(a) supports the Minister's position.

[13] There is a caveat to this, and it arises from paragraph 231.1(1)(d). If records, of any sort, are the object of the auditor's interest, Parliament has made clear that questions may be asked, and the assistance of the Court sought, to compel answers as to the taxpayer's knowledge of their provenance and location. That is not what is sought in this case.

[14] What the Minister sought from Cameco, as evidenced by letters received from CRA auditors, were oral answers to oral questions related to "the fact situation

[10] Se fondant sur le sens ordinaire de l'alinéa 231.1(1)a) et la décision de notre Cour dans l'arrêt *BP Canada Energy Company c. Canada (Revenu national)*, 2017 CAF 61, [2017] 4 R.C.F. 355 (*BP Canada*), Cameco soutient que les pouvoirs accordés par cette disposition se rapportent aux renseignements écrits et non à tout type de renseignements. Enfin, Cameco souligne qu'elle a coopéré avec l'ARC pendant la vérification, mis à part la demande d'entrevues orales. Selon Cameco, il s'agit là de faits pertinents à l'exercice par la Cour fédérale de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance en application de l'article 231.7.

II. Analyse

[11] Il est bien établi que l'interprétation de dispositions précises de la Loi est une question de droit (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 44). La norme de contrôle applicable à l'interprétation par la juge de première instance de l'alinéa 231.1(1)a) est donc celle de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 33.

[12] Suivant l'approche moderne d'interprétation des lois (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559), on ne peut interpréter l'alinéa 231.1(1)a) comme autorisant le ministre à obliger le contribuable ou un de ses employés de répondre à des questions orales relativement à son obligation fiscale. Ni le texte ni le contexte ni l'historique législatif de l'alinéa 231.1(1)a) ne soutient la thèse du ministre.

[13] Cependant, une mise en garde découle de l'alinéa 231.1(1)d). Si le vérificateur souhaite consulter des documents, le législateur a clairement établi qu'il peut poser des questions et demander l'aide de la Cour afin que le contribuable en divulgue la provenance et l'emplacement. Ce n'est pas ce qu'on cherche en l'espèce.

[14] Ce que le ministre cherchait à obtenir de Cameco, comme l'indiquent les lettres reçues des vérificateurs de l'ARC, était des réponses orales à des questions orales

which existed during the 2008–2010 period” and the “development of [a] functional analysis” of a non-arm’s length transaction between Cameco and its foreign subsidiary. It follows that the Minister’s request for a compliance order under section 231.7 was not in respect of documents, records or information as to the location of those documents and the manner in which they were maintained, but to facilitate her understanding of Cameco’s potential tax liability.

A. Text

[15] The focus of the powers in paragraphs 231.1(1)(a) and (b) is squarely on the ability of the Minister to access information that is documented, or ought to be documented, in the books and records of the taxpayer. References to “books and records” and “documents” course consistently throughout the section. The Minister may also examine “property” or “processes” for the purpose of “ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer”. In *BP Canada* Noël C.J. noted at paragraph 58, subsection 231.1(1) “could not have been drafted in broader terms” and encompasses documents “which ‘relate or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable under [the] Act’”. The focus of (a) on the review of books and records has also been recognized elsewhere (see: *R. v. He*, 2012 BCCA 318, 289 C.C.C. (3d) 184, at paragraph 60; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, at paragraph 53).

[16] The Minister says, however, that the word “audit”, in its origins, means “to hear” and in order to hear there must be something to listen to, namely an oral response to a question.

[17] I do not find this argument compelling.

[18] The power is to “inspect, audit or examine”. Neither “inspect” nor “examine” suggests a power to compel a person to answer questions. To the contrary,

concernant [TRADUCTION] « les faits qui existaient au cours de la période de 2008 à 2010 » et [TRADUCTION] « l’élaboration d’une analyse fonctionnelle » d’une opération effectuée avec un lien de dépendance entre Cameco et sa filiale étrangère. Il s’ensuit que la demande du ministre pour obtenir une ordonnance en vertu de l’article 231.7 ne portait pas sur des documents ou sur des renseignements concernant l’emplacement de ces documents et la façon dont ils ont été tenus à jour; le ministre cherchait plutôt à mieux comprendre la dette fiscale éventuelle de Cameco.

A. Le texte

[15] Les pouvoirs décrits aux alinéas 231.1(1)a) et b) sont axés sur le droit du ministre d’accéder à des renseignements écrits qui apparaissent ou devraient apparaître dans les registres du contribuable. On renvoie constamment aux « livres et registre » et aux « documents » dans cet article. Le ministre peut également examiner tout « bien » ou « procédé » afin de « contrôler [...] les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer ». Dans l’arrêt *BP Canada*, le juge en chef Noël a souligné, au paragraphe 58, que le paragraphe 231.1(1) « n’aurait pu être libellé en termes plus généraux » et qu’il vise des documents « qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi ». On a également souligné dans d’autres décisions le fait que l’alinéa a) insiste sur les livres et registres (voir *R. v. He*, 2012 BCCA 318, 289 C.C.C. (3d) 184, au paragraphe 60; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, au paragraphe 53).

[16] Selon le ministre, toutefois, le mot « audit », ou « vérification », signifie à l’origine « entendre », et pour entendre, il doit y avoir quelque chose à entendre, c’est-à-dire une réponse orale à une question.

[17] Je ne trouve pas cet argument convaincant.

[18] Le pouvoir conféré est celui d’« inspecter, vérifier ou examiner ». Ni le mot « inspecter » ni le mot « examiner » ne suggère le pouvoir de contraindre une

their ordinary meaning is one of self-directed inquiry, in this case in respect of “the book and records” of the taxpayer. When two or more words that are capable of analogous meaning are coupled together they take their colour from each other, the more general being restricted to a sense analogous to the less general: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014) (Sullivan), at page 230, citing *R. v. Goulis* (1981), 233 O.R. (2d) 55, at page 61, [1981] O.J. No. 637 (QL) (C.A.).

[19] Oral examination is not the ordinary meaning of the word audit, particularly when the word is situated in its context of income tax liability. Nor does the French language text support the Minister (*Le Petit Robert*, 2011 ed., s.v. “vérifier”: *examiner la valeur de (qqch.)*, par une confrontation avec les faits ou par un contrôle de la cohérence interne).

[20] The plain meaning of paragraphs 231.1(1)(c) and (d) confirms this conclusion as to the scope of (a). The authority in (c) and (d) is to enable the performance of the powers granted in (a) and (b). That is the effect of the words “for those purposes” in the mid-amble of this subsection. Thus, the focus of paragraph (c) is to provide access to the records of the taxpayer. It provides authority to “enter into any premise or place” or “any property” or business where “any books or records are or should be kept.”

[21] Paragraph (d) is instructive. It requires “the owner or manager” or “any other person on the premises” to provide “reasonable assistance” and to “answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act”. Reading the power in paragraph (a) in the context of paragraph (d), reinforces the intention of Parliament that the Minister has, at a minimum, full, unimpeded access to the records of the taxpayer. The taxpayer is not even required to be present—the obligation to provide reasonable assistance falls on the senior person on the premises of the business. The owner or manager is a person who can reasonably be in a position to assist and answer questions in locating documents and records kept on the business premises. In making this observation, I emphasize that the disposition of this appeal

personne à répondre à des questions. Au contraire, leur sens ordinaire exprime une recherche autonome, en l’espèce celle des « livres et registres » du contribuable. Lorsque deux ou plusieurs mots ayant un sens semblable sont regroupés, ils prennent le sens l’un de l’autre, le terme plus général étant restreint à un sens comparable à celui du terme moins général : voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2014) (Sullivan), à la page 230, qui renvoie à *R. v. Goulis* (1981), 233 O.R. (2d) 55 , à la page 61, [1981] O.J. n° 637 (QL) (C.A.).

[19] Un interrogatoire oral n’est pas visé par le sens ordinaire du mot « vérifier », particulièrement lorsque le mot porte sur l’obligation fiscale. Le libellé français n’étaye pas non plus l’argument du ministre (*Le Petit Robert*, éd. 2011, « vérifier » : examiner la valeur de (qqch.), par une confrontation avec les faits ou par un contrôle de la cohérence interne).

[20] Le sens ordinaire des alinéas 231.1(1)c) et d) confirme cette conclusion concernant la portée de l’alinéa a). Le pouvoir conféré aux alinéas c) et d) est celui d’exercer les pouvoirs accordés aux alinéas a) et b). C’est l’effet des mots « à ces fins » au passage intercalaire de ce paragraphe. Ainsi, l’objectif de l’alinéa c) est d’avoir accès aux registres du contribuable. Il confère le pouvoir de « pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien [...] ou sont tenus ou devraient l’être des livres ou registres ».

[21] L’alinéa d) est instructif. Il dispose que « le propriétaire, ou la personne ayant la gestion », ou « toute autre personne présente sur les lieux », doit « fournir toute l’aide raisonnable » et doit « répondre à toutes les questions pertinentes à l’application et l’exécution de la présente loi ». La lecture de l’alinéa a) à la lumière de l’alinéa d) renforce l’intention du législateur que le ministre ait, au minimum, un accès complet et sans entrave aux registres du contribuable. La présence du contribuable n’est même pas requise, puisque l’obligation de fournir toute l’aide raisonnable incombe à la personne responsable présente sur les lieux de l’entreprise. Le propriétaire ou la personne ayant la gestion est la personne qui est vraisemblablement en position d’aider et de répondre aux questions afin de trouver les documents et les registres

turns on the scope of the power in paragraph 231.1(1)(a). The extent to which paragraph 231.1(1)(d) serves as an independent power to compel attendance and answer questions of the nature proposed by the Minister in this case was not argued before us.

[22] Assistance in this context is distinct from responding to general questions with respect to tax liability or issues arising from the audit. In broad terms, the distinction is between an obligation to facilitate the auditor's access to documents, records, books and information which explain what the taxpayer did, and inquiries of the taxpayer directed to understanding the facts, assumptions and other considerations which it took into account in preparing its return. Drawing again on the guidance of this Court in *BP Canada*, although auditors are entitled under the authority of (d) to be provided with all reasonable assistance, "they cannot compel taxpayers to reveal their 'soft spots'" (at paragraph 82). Other federal inspection and audit schemes are structured similarly: see, e.g., *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, section 23; *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, sections 8.7, 8.8; *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9, sections 30, 36. The obligation to assist is in aid of the inspection, search, examination or review of records.

[23] I conclude on this point by returning to the Minister's position that the right to compel oral answers is implicit in the word "audit". If the requirement to answer questions was implied in (a) then the obligation in paragraph (d) and the express power to compel answers, would be unnecessary. Interpretations that render any portion of a statute meaningless or redundant should be avoided: *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at paragraph 45.

dans les locaux de l'entreprise. En faisant cette observation, je mets l'accent sur le fait que l'appel porte sur les pouvoirs conférés à l'alinéa 231.1(1)a). Les parties n'ont pas fait d'observations sur la question de savoir si l'alinéa 231.1(1)d) confère un pouvoir indépendant d'obliger à comparaître et à répondre à des questions semblables à celles du ministre en l'espèce.

[22] Dans ce contexte, le terme « aide » ne signifie pas répondre à des questions générales relativement aux obligations fiscales ou aux questions soulevées lors de la vérification. En termes généraux, il faut faire la distinction entre, d'une part, l'obligation d'aider le vérificateur à avoir accès aux documents, aux registres et aux renseignements qui expliquent ce que le contribuable a fait et, d'autre part, les questions posées au contribuable afin de comprendre les faits, les hypothèses et les autres facteurs qu'il a pris en compte au moment de préparer sa déclaration de revenus. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *BP Canada*, au paragraphe 82, même si les vérificateurs ont droit, en vertu de l'alinéa d), à toute l'aide raisonnable, « ils ne peuvent contraindre les contribuables à révéler leurs "points faibles" ». D'autres régimes fédéraux d'inspection et de vérification présentent une structure comparable : voir, par exemple, la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, article 23, la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, articles 8.7 et 8.8, et la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, ch. 9, articles 30 et 36. L'obligation d'aider s'applique à la recherche, à l'examen ou à l'analyse des documents.

[23] Je conclus sur ce point en revenant à la thèse du ministre selon laquelle le droit d'exiger des réponses orales découle implicitement du mot « vérifier ». Si l'obligation de répondre à des questions était sous-entendue à l'alinéa a), alors l'obligation à l'alinéa d) et le pouvoir exprès d'exiger des réponses seraient inutiles. Il faut éviter les interprétations qui rendent une partie d'une loi superflue ou redondante : *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, au paragraphe 45.

B. Context

[24] Of further significance is that section 231.1 immediately follows section 230, which imposes an obligation to keep books and records at the person's place of business. The purpose of the two provisions when taken together is to allow the Minister to independently verify, based on the records kept at the taxpayer's place of business, tax liability and compliance with the Act: *Saipem Luxembourg S.A. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2005 FCA 218, [2005] 3 C.T.C. 294 (*Saipem*), at paragraph 11, leave to appeal refused, [2005] 3 S.C.R. vii, 349 N.R. 200 (S.C.C.). Independent verification through an audit is different than compelling answers to questions.

[25] Continuing with the contextual analysis, where Parliament intends to compel a person to provide oral answers to questions in response to a government inquiry, it does so expressly, and not by implication. Section 231.4 is but one example, there are many others; see, *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, S.C. 1989, c. 3, section 19; *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, section 45.65; *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, section 10. Presumptions of coherence and consistency apply across all statutes enacted by Parliament: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 30; Sullivan, at pages 422–424.

C. Purpose

[26] I now turn to the Minister's argument that the power to compel is consistent with a purposive examination of the provision.

[27] Crown counsel stressed the importance of the Minister's ability to ask questions of taxpayers to verify information received in the context of a self-reporting system. I agree that it is important. But this objective, however important, cannot replace the language of Parliament: Sullivan, at page 49. The purpose of section 231.1 is to

B. Le contexte

[24] Un autre élément important est le fait que l'article 231.1 suit immédiatement l'article 230, qui oblige un contribuable à tenir des registres et dossiers à son établissement commercial. L'objet de ces deux dispositions, lorsqu'elles sont analysées conjointement, est de permettre au ministre de vérifier de manière indépendante, en se fondant sur les registres à l'établissement commercial du contribuable, l'obligation fiscale et la conformité avec la loi : *Saipem Luxembourg S.V. c. Canada (Douanes et Revenu)*, 2005 CAF 218 (*Saipem*), au paragraphe 11, autorisation d'interjeter appel refusée, n° 31076 [[2005] 3 R.C.S. vii] (C.S.C.). Il existe une différence entre mener un examen indépendant au moyen d'une vérification et contraindre à répondre à des questions.

[25] Pour poursuivre l'analyse contextuelle, lorsque le législateur souhaite contraindre une personne à donner des réponses orales à des questions lors d'une enquête par l'État, il le fait expressément, et non par déduction. L'article 231.4 fournit un exemple, mais il en existe beaucoup d'autres : voir la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, L.C. 1989, ch. 3, article 19; la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, article 45.65; la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, article 10. Les présomptions de cohérence et d'uniformité s'appliquent à l'ensemble des lois du législateur : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 30; Sullivan, aux pages 422 à 424.

C. L'objet

[26] Je vais maintenant examiner l'observation du ministre selon laquelle le pouvoir de contraindre est compatible avec un examen téléologique de la disposition.

[27] L'avocat de la Couronne a souligné l'importance du pouvoir du ministre de poser des questions aux contribuables afin de vérifier les renseignements reçus dans un régime d'autocotisation. Je conviens que cet aspect est important. Toutefois, cet objectif, aussi important soit-il, ne peut remplacer le libellé du législateur : Sullivan, à la

facilitate the Minister's unencumbered and immediate access to all books, records and information of the taxpayer and, in section 231.7, to provide recourse to the authority of the Court in the face of a refusal.

[28] I also agree with the Minister that all taxpayers should fully cooperate with reasonable requests arising in the course of an audit. However, the fact that I have concluded that the Minister does not have the power to compel a taxpayer to answer questions at the audit stage does not mean that the audit power has been rendered toothless in the face of recalcitrant taxpayers. It remains open to the Minister to make inferences when no answer is given. The Minister is also free to make assumptions and to assess on that basis. The tax liability arising from the Minister's assessment is statutorily deemed to be valid and binding (subject to appeal or reassessment) (subsection 152(8)), and in any appeal in the Tax Court of Canada, the onus rests with the taxpayer to destroy any factual assumptions the Minister has made (*Sarmadi v. Canada*, 2017 FCA 131, [2018] 2 C.T.C. 99, at paragraph 31). The Minister may also demand that large corporate taxpayers such as Cameco pay 50 percent of the assessed tax immediately (subsection 225.1(7)).

[29] Further, paragraph 231.1(1)(a) is not the only source of the Minister's investigatory powers. The Minister may enter into the business premises of a taxpayer (paragraph 231.1(1)(c)), seek information and documents from third parties (section 231.2), examine any property, process or matter relating to the taxpayer or any other person (paragraph 231.1(1)(b)), enter a dwelling-house with a warrant (subsections 231.1(2), 231.1(3)), authorize a formal inquiry (section 231.4), and, if necessary, come to the Federal Court to compel the taxpayer to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 (section 231.7).

[30] In making these observations, I want to be clear that I am not saying that these powers are sufficient such that the Minister does not need the power to compel oral

page 49. L'objectif de l'article 231.1 est d'assurer au ministre un accès sans entrave et immédiat aux dossiers et renseignements du contribuable, alors que l'objectif de l'article 231.7 est de permettre d'avoir recours aux pouvoirs de la Cour en cas de refus.

[28] Je suis également d'accord avec l'observation du ministre selon laquelle tous les contribuables doivent coopérer pleinement lors de demandes raisonnables faites au cours d'une vérification. Toutefois, le fait que j'aie conclu que le ministre n'a pas le pouvoir de contraindre un contribuable à répondre à des questions lors de la vérification ne signifie pas que le pouvoir de vérification disparaît en présence de contribuables récalcitrants. Le ministre peut tirer des conclusions lorsqu'on ne lui fournit pas de réponse. Le ministre est également libre de formuler des hypothèses et d'établir des cotisations en se fondant sur celles-ci. La Loi dispose que l'obligation fiscale établie par le ministre est réputée valide et exécutoire (sous réserve d'un appel ou d'une nouvelle cotisation) (paragraphe 152(8)), et lors d'un appel à la Cour canadienne de l'impôt, le contribuable a le fardeau de renverser les hypothèses de fait du ministre (*Sarmadi c. Canada*, 2017 CAF 131, au paragraphe 31). Le ministre peut également exiger que les grandes sociétés comme Cameco versent 50 p. 100 de l'impôt établi dans la cotisation immédiatement (paragraphe 225.1(7)).

[29] En outre, l'alinéa 231.1(1)a n'est pas la seule source des pouvoirs d'enquête du ministre. Le ministre peut également pénétrer dans le lieu où est exploitée une entreprise (alinéa 231.1(1)c), demander des renseignements ou des documents de tiers (article 231.2), examiner les biens ainsi que tout procédé du contribuable ou d'une autre personne (alinéa 231.1(1)b), pénétrer dans une maison d'habitation avec un mandat (paragraphes 231.1(2) et 231.1(3)), autoriser une enquête officielle (article 231.4), et, s'il y a lieu, demander à la Cour fédérale d'ordonner au contribuable de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 et 231.2 (article 231.7).

[30] En formulant ces observations, je veux être clair : je ne dis pas que ces pouvoirs sont suffisants pour rendre inutile un pouvoir d'exiger des réponses orales au cours

answers during an audit. Whether the power is necessary to ensure that the audit function is not undermined is a policy matter for the Minister and Parliament and one on which this Court has no view.

D. Legislative History

[31] While I am certain of the clarity of Parliament's intention with respect to the purpose of paragraph 231.1(1)(a), the legislative history of this provision removes any possible doubt.

[32] Paragraph 231.1(1)(a) (and section 231.1 as a whole) was the result of 1986 amendments to the Act that sought "to provide clear limits to Revenue Canada's enforcement powers": see Department of Finance, *Technical Notes to a Bill Amending the Income Tax Act and Related Statutes* [by M. Wilson] (November 1985), at page 133. The predecessor of the current subsection 231.1(1) (then section 231 [of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63]) provided as follows:

231. (1) Any person thereunto authorized by the Minister, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, may, at all reasonable times, enter into any premises or place where any business is carried on or any property is kept or anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(a) audit or examine the books and records and any account, voucher, letter, telegram or other document which relates or may relate to the information that is or should be in the books or records or the amount of tax payable under this Act,

(b) examine property described by an inventory or any property, process or matter an examination of which may, in his opinion, assist him in determining the accuracy of an inventory or in ascertaining the information that is or should be in the books or records or the amount of any tax payable under this Act,

d'une vérification. La question de savoir si ce pouvoir est nécessaire pour assurer que la fonction de vérification ne soit pas minée est une question de politique qui relève du ministre et du législateur et sur laquelle la Cour n'a aucune opinion.

D. L'histoire législative

[31] Bien que je sois certain de la clarté de l'intention du législateur relativement à l'objet de l'alinéa 231.1(1)a, l'histoire législative de cette disposition dissipe tout doute possible.

[32] L'alinéa 231.1(1)a) (et l'article 231.1 dans son ensemble) résulte de modifications à la Loi en 1986, qui visaient à ce « que soient clairement indiquées les limites des pouvoirs d'application de la Loi de Revenu Canada » : voir le document du ministère des Finances, *Notes techniques relatives au projet de loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et d'autres lois connexes* [par M. Wilson] (novembre 1985), aux pages 143 et 144. Le prédécesseur du paragraphe 231.1(1) actuel (qui était alors l'article 231 [de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63]) était rédigé ainsi :

231. (1) Toute personne qui y est autorisée par le Ministre, pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution de la présente loi, peut, en tout temps raisonnable, pénétrer dans tous lieux ou endroits dans lesquels l'entreprise est exploitée ou des biens sont gardés, ou dans lesquels il se fait quelque chose se rapportant à des affaires quelconques, ou dans lesquels sont ou devraient être tenus des livres ou registres, et

a) vérifier ou examiner les livres et registres, et tout compte, pièce justificative, lettre, télégramme ou autre document qui se rapporte ou qui peut se rapporter aux renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de l'impôt exigible en vertu de la présente loi,

b) examiner les biens décrits dans un inventaire ou tous biens, procédés ou matière dont l'examen peut, à son avis, lui aider à déterminer l'exactitude d'un inventaire ou à contrôler les renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de tout impôt exigible en vertu de la présente loi,

(c) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give him all reasonable assistance with his audit or examination and to answer all proper questions relating to the audit or examination either orally or, if he so requires, in writing, on oath or by statutory declaration and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with him, and

(d) if, during the course of an audit or examination, it appears to him that there has been a violation of this Act or a regulation, seize and take away any of the documents, books, records, papers or things that may be required as evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation. [Emphasis added.]

[33] The elimination of the word “orally” from the duty to answer all proper questions “relating to the audit” as well as the elimination of the obligation to give answers under oath or by statutory declaration is telling. Equally significant is the concurrent introduction of the explicit powers of inquiry under section 231.4. This added provision sets out a procedure for appointing a hearing officer before whom an inquiry will be held (subsection 231.4(2)), the powers of that hearing officer (subsection 231.4(3)), the rights of any person who gives evidence in an inquiry (subsection 231.4(5)), and the rights of a person whose affairs are being investigated (subsection 231.4(6)).

[34] Having regard to the legislative history, I do not agree with the Minister’s submission that the word “audit” in paragraph 231.1(1)(a) itself confers a general power to compel oral answers with respect to tax liability. The result would be a power significantly broader than that set out in section 231.4, without any of its procedural safeguards, and would be contrary to Parliament’s intention.

E. Collateral Issues

[35] There remain the reasons of the Federal Court which rejected the compliance order in part on the basis of certain discretionary considerations. Having found that subsection 231.7(1) did not grant the power to compel answers, the judge’s reasons are, in this respect, *obiter dicta*. However, as they may be relied upon in the

c) obliger le propriétaire ou le gérant des biens ou de l’entreprise et toute autre personne présente sur les lieux de lui prêter toute aide raisonnable dans sa vérification ou son examen, et de répondre à toutes questions appropriées se rapportant à la vérification ou à l’examen, soit oralement, soit, si cette personne l’exige, par écrit, sous serment ou par déclaration exigée par la loi et, à cette fin, obliger le propriétaire ou le gérant de l’accompagner sur les lieux, et

d) si, au cours d’une vérification ou d’un examen, il lui semble qu’une infraction à la présente loi ou à un règlement a été commise, cette personne autorisée peut saisir et emporter tous documents, registres, livres, pièces ou choses qui peuvent être requis comme preuves de l’infraction à toute disposition de la présente loi ou d’un règlement. [Non souligné dans l’original.]

[33] L’élimination du mot « oralement » de l’obligation de répondre à toutes les questions appropriées « se rapportant à la vérification » et l’élimination de l’obligation de fournir des réponses sous serment ou par déclaration exigée par la loi parlent d’elles-mêmes. L’introduction simultanée de pouvoirs explicites d’enquête à l’article 231.4 est également significative. Cette nouvelle disposition établit une procédure pour désigner un président d’enquête (paragraphe 231.4(2)), les pouvoirs du président d’enquête (paragraphe 231.4(3)), les droits des témoins à l’enquête (paragraphe 231.4(5)) et les droits des personnes dont les affaires donnent lieu à enquête (paragraphe 231.4(6)).

[34] À la lumière de cet historique législatif, je ne suis pas d’accord avec l’observation du ministre que le mot « vérifier » à l’alinéa 231.1(1)a confère lui-même un pouvoir général d’exiger des réponses orales relativement aux obligations fiscales. Il en résulterait un pouvoir considérablement plus large que celui décrit à l’article 231.4, dépouillé des protections procédurales, ce qui serait contraire à l’intention du législateur.

E. Les questions connexes

[35] Il reste les motifs de la Cour fédérale rejetant la demande d’ordonnance en se fondant en partie sur certains facteurs discrétionnaires. Puisque la juge avait conclu que le paragraphe 231.7(1) n’accordait pas le pouvoir d’exiger des réponses, ses motifs à cet égard sont incidents. Toutefois, puisqu’on pourrait se fonder

context of other requests for compliance orders, their consideration is warranted. I also wish to make observations on the reasons of my colleague, Justice Woods, who would dispose of the appeal on the basis that, assuming the Minister had the power to compel the attendance of Cameco officers, a compliance order should not issue in any event.

[36] My first observation is that where an issue is squarely engaged on a complete record, played a role in the result, and, as here, was fully argued before the Court by experienced counsel who are asking that the Court settle a question in dispute, the Court should not decline to decide the point, regardless of how difficult the decision might be. A minimalist approach is inconsistent with the direction of the Supreme Court in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, that courts foster a litigation culture which best encourages the resolution of disputes in an efficient and principled matter. Here, the issue before us will surely return, given the nature of the question, the parties and what is at stake for each of them. Deciding the question before us will save wasteful, unnecessary litigation in the future and provide the necessary guidance to the parties and others.

[37] My second observation concerns the relevance of “clean hands” in the consideration whether a compliance order should issue. This concept has no role in determining whether a compliance order should issue. Clean hands is an equitable doctrine, under which a party may be disentitled to relief to which it was otherwise entitled as a consequence of past conduct or bad faith. Importantly, for past conduct to justify a refusal of relief, the conduct must relate directly to the very subject matter of the claim: *Toronto (City) v. Polai*, [1970] 1 O.R. 483, at pages 493–494, (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 (Ont. C.A.); *Dreco Energy Services Ltd. v. Wenzel*, 2008 ABCA 290 (CanLII), 440 A.R. 273, at paragraph 13; *Morguard Residential v. Mandel*, 2017 ONCA 177, at paragraph 18; Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (looseleaf) Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2018 (looseleaf updated November 2018), at §1.1030.

sur ces motifs lors d’autres demandes d’ordonnance, il convient de les examiner. Je désire également formuler des observations sur les motifs de ma collègue la juge Woods, qui conclut que même si le ministre avait le pouvoir de contraindre les dirigeants de Cameco à témoigner, la Cour ne devrait néanmoins pas rendre d’ordonnance.

[36] Ma première observation est que lorsqu’une question découle clairement d’un dossier complet, qu’elle a joué un rôle dans la décision et que, comme c’est le cas en l’espèce, elle a fait l’objet d’observations complètes par des avocats expérimentés qui demandent à la Cour de régler une question en litige, la Cour ne devrait pas refuser de trancher la question, peu importe sa difficulté. Une approche minimaliste n’est pas compatible avec l’orientation de la Cour suprême dans l’arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, selon laquelle les cours doivent favoriser un virage culturel qui encourage la résolution des litiges de manière efficace et conforme aux principes. La question reviendra très certainement, compte tenu de sa nature, des parties et des enjeux pour chacune d’elles. En tranchant la question qui nous est soumise, nous éviterons des litiges coûteux et superflus à l’avenir et nous fournirons l’orientation nécessaire aux parties et aux autres.

[37] Ma deuxième observation porte sur la pertinence du principe de la « conduite irréprochable » pour décider s’il faut rendre une ordonnance. Ce principe ne joue aucun rôle pour décider s’il faut rendre une ordonnance. Le principe de la conduite irréprochable est un principe d’équité en vertu duquel on peut refuser à une partie un redressement auquel elle aurait normalement droit en raison de son comportement antérieur ou de sa mauvaise foi. Fait important, pour qu’un comportement antérieur puisse justifier le refus d’un redressement, la conduite doit porter directement sur l’enjeu même de la revendication : *Toronto (City) v. Polai*, [1970] 1 O.R. 483, aux pages 493 et 494, (1969), 8 D.L.R. (3d) 689 (C.A. Ont.); *Dreco Energy Services Ltd. v. Wenzel*, 2008 ABCA 290 (CanLII), 440 A.R. 273, au paragraphe 13; *Morguard Residential v. Mandel*, 2017 ONCA 177, au paragraphe 18; Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (feuilles mobiles) Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2018

[38] The clean hands doctrine has no application in the context of a request by the Minister for an order under section 231.7. The doctrine could only apply to the Minister, the party seeking the discretionary relief under section 231.7. Even here, the jurisprudence of this Court is clear that the control over the Minister's requests lies in abuse of process, not in vague notions of equity: *Rona Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2017 FCA 118, [2017] D.T.C. 5069, at paragraph 7; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263, at paragraph 36. Whether a request for a compliance order is an abuse of process or is oppressive cannot be defined with any precision in a vacuum. The contours of each are best left to the discretion of the Federal Court Judge, based on the evidence and argument arising in the particular case. However, they could include circumstances where the judge is satisfied that the documents are sought for a collateral or ulterior purpose or for a purpose that is inconsistent with CRA policy.

[39] In practical terms, as the auditor follows the audit trail, the audit will likely be more focused, and the requests more targeted to areas which may disclose a problem. The fact that a taxpayer may have previously cooperated in responding to a series of audit requests does not mean that a compliance order should not be issued for the next request. For the taxpayer to say, "well, now you are getting too close to the fire, I will cease to cooperate" and plead past cooperation as a defence against a compliance order could frustrate section 231.1. In sum, the doctrine has no part to play in considering whether an order should issue under section 231.7.

[40] I turn to the question whether compelling answers could compromise Cameco's position in on-going and prospective litigation in the Tax Court of Canada. This consideration weighed heavily in the Federal Court Judge's consideration of whether to grant the order.

(feuilles mobiles, mis à jour en novembre 2018), au paragraphe 1.1030.

[38] La règle de la conduite irréprochable ne s'applique pas à la demande d'ordonnance du ministre en application de l'article 231.7. La règle ne pourrait s'appliquer qu'au ministre, qui est la partie cherchant à obtenir un redressement discrétionnaire en application de l'article 231.7. Même alors, la jurisprudence de notre Cour est claire : le contrôle de la demande du ministre repose sur l'abus de procédure et non sur de vagues notions d'équité : *Rona Inc. c. Ministre du Revenu national*, 2017 CAF 118, au paragraphe 7; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC*, 2013 CAF 50, au paragraphe 36. La question de savoir si une demande d'ordonnance est abusive ne peut être tranchée avec précision sans contexte. Il est préférable de laisser le juge de la Cour fédérale décider chaque cas dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, en se fondant sur la preuve et les observations dans chaque cas précis. Toutefois, il pourrait y avoir abus lorsque le juge est convaincu qu'on demande les documents pour une raison inappropriée ou cachée ou pour une raison qui n'est pas conforme à la politique de l'ARC.

[39] En pratique, à mesure que le vérificateur remontera la piste de vérification, la vérification deviendra probablement plus ciblée et les demandes viseront des aspects plus précis qui pourraient révéler des problèmes. Le fait qu'un contribuable a coopéré auparavant en répondant à une série de demandes lors d'une vérification ne signifie pas qu'il ne faudrait pas rendre d'ordonnance pour la demande suivante. Le fait qu'un contribuable puisse dire « maintenant, vous vous approchez trop du feu, je vais cesser de coopérer » et invoquer sa coopération antérieure comme moyen de défense à la demande d'ordonnance pourrait contrecarrer l'objectif de l'article 231.1. En résumé, le principe ne joue aucun rôle pour décider s'il faut rendre une ordonnance en application de l'article 231.7.

[40] Je me penche maintenant sur la question de savoir si le fait d'obliger Cameco à répondre pourrait lui porter préjudice lors d'un litige actuel ou futur à la Cour canadienne de l'impôt. Ce facteur a pesé lourd dans la décision de la juge de la Cour fédérale d'accorder ou non l'ordonnance.

[41] In the absence of a specific intersection between the *Income Tax Act* and the Tax Court Rules, the Rules as subordinate legislation do not assist the interpretation of the scope of the Minister's power under paragraph 231.1(1)(a). Additionally, whether questions posed in the course of an audit might have direct or collateral consequences on ongoing or prospective litigation is not a relevant discretionary consideration. The issue of the admissibility of evidence and any prejudice to the taxpayer arising from answers given in the course of an audit is to be dealt with by the Tax Court judge, under established substantive and procedural rules of evidence, and not at the audit stage.

[42] Similarly, I agree with the Minister that the principle of proportionality has no role in a request for a compliance order under section 231.7. Proportionality is an important principle in civil discovery, where requests for relevant documents are assessed against the burdens that their production may impose. This assessment takes place in the context of the pleadings which frame the parameters of relevance. The criteria by which documents are required to be produced in the course of audit are markedly different. The CRA should have access to documents “[r]egardless of whether or not there is a possibility or a probability” that the audit will lead to further investigation or reassessment: *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643, at paragraph 22.

[43] The Minister is entitled to determine the scope and manner of an audit, its course and direction; as noted in *BP Canada*, at paragraph 82, “auditors ... must engage in extensive poke-and-check exercises, and are essentially left to their own initiative in verifying the amounts responded by the taxpayer.” Auditors are not bounded by strictures of pleadings or relevance. The course of an audit is directed by a multitude of factors, including the auditors' experience, training, the state of the records, the tax history of the taxpayer as well as considerations external to the particular taxpayer.

[41] En l'absence d'un lien direct entre la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les Règles de la Cour canadienne de l'impôt, les Règles, comme dispositions légales subordonnées, n'aident pas à interpréter la portée du pouvoir du ministre en application de l'alinéa 231.1(1)a). En outre, la question de savoir si les questions posées lors d'une vérification peuvent avoir des conséquences directes ou indirectes sur les litiges actuels ou futurs n'est pas un facteur discrétionnaire pertinent. La question de l'admissibilité des éléments de preuve et des préjudices subis par le contribuable en raison de réponses fournies lors d'une vérification relève du juge de la Cour canadienne de l'impôt, en vertu du droit et des procédures en matière de preuve; elle ne se présente pas lors de la vérification.

[42] De même, je suis d'accord avec le ministre que le principe de la proportionnalité n'a aucun rôle à jouer lors d'une demande d'ordonnance en application de l'article 231.7. La proportionnalité est un principe important de la communication préalable au civil, où on évalue les demandes de documents pertinents selon le fardeau que leur production pourrait imposer. Cette évaluation tient compte des actes de procédure, qui définissent la pertinence. Les critères qui établissent les documents qu'il faut remettre lors de la vérification sont considérablement différents. L'ARC doit avoir accès aux documents « [q]u'il existe ou non une possibilité ou une probabilité » que la vérification mènera à une autre enquête ou à une nouvelle cotisation : *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643, au paragraphe 22.

[43] Le ministre a le droit de déterminer la portée d'une vérification, la méthode utilisée et son orientation. Comme il est indiqué dans l'arrêt *BP Canada*, au paragraphe 82, « les vérificateurs doivent procéder à une foule de contrôles et ne peuvent compter essentiellement que sur leur propre initiative lorsqu'ils vérifient les sommes déclarées par le contribuable ». Les vérificateurs ne sont pas liés par les actes de procédure ou les règles de la pertinence. Le déroulement d'une vérification dépend d'une multitude de facteurs, notamment l'expérience et la formation du vérificateur, l'état des registres, l'histoire fiscale du contribuable ainsi que des facteurs externes au contribuable visé.

[44] Finally, vagueness cannot be a relevant consideration on the record before us. Cameco offered to respond to the questions in writing. The questions cannot be sufficiently precise that they can be answered in writing, but too vague to be answered orally. I would also add that many of Cameco's objections to the order anticipated difficulties in its implementation. These were premature, and speculative.

[45] I would therefore dismiss the appeal, with costs.

LASKIN J.A.: I agree.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[46] WOODS J.A. (concurring reasons): The Minister has appealed from a decision of the Federal Court which dismissed its application for a compliance order pursuant to section 231.7 of the Act. I agree with the disposition of the appeal proposed by my colleague Justice Rennie, but for different reasons. I am of the view that the Federal Court made no reviewable error in concluding that the application should be dismissed on the facts of this particular case. In my view, it is not necessary to consider the scope of the Minister's audit powers more generally in this appeal.

[47] There is a preliminary issue involving mootness. According to Cameco's memorandum, at the time of this decision all of the relevant taxation years would be statute barred. Accordingly, it seems likely that a compliance order would not be enforced by the CRA. The issue of mootness was raised by Cameco in the Federal Court, which concluded that it was not necessary to consider it in light of the application being dismissed on other grounds (reasons, at paragraph 51).

[48] It would have been helpful for this Court to have received submissions from counsel as to whether it should hear the appeal despite the apparent mootness.

[44] Finalement, vu le dossier dont nous sommes saisis, l'imprécision ne peut être considérée comme un facteur pertinent. Cameco a offert de répondre aux questions par écrit. Il est impossible que les questions soient suffisamment précises pour qu'on puisse y répondre par écrit, mais trop vagues pour qu'on puisse y répondre oralement. J'aimerais également ajouter qu'un grand nombre des objections de Cameco à l'ordonnance portaient sur des difficultés éventuelles lors de sa mise en œuvre. Elles étaient prématurées et spéculatives.

[45] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'appel, avec dépens.

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

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

[46] LA JUGE WOODS, J.C.A. (motifs concourants) : Le ministre a interjeté appel d'une décision de la Cour fédérale, qui rejetait sa demande d'ordonnance en application de l'article 231.7 de la Loi. Je suis d'accord avec la décision proposée par mon collègue le juge Rennie, mais pour des motifs différents. Je suis d'avis que la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que la demande devait être rejetée compte tenu des faits de l'espèce. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'examiner de façon plus générale la portée des pouvoirs du ministre en matière de vérification dans le présent appel.

[47] Il existe une question préliminaire portant sur le caractère théorique. Selon le mémoire de Cameco, au moment de la présente décision, toutes les années d'imposition pertinentes seront prescrites. Par conséquent, il semble probable que l'ARC n'exécuterait pas d'ordonnance. Cameco a soulevé la question du caractère théorique devant la Cour fédérale, qui a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'en tenir compte puisque la demande a été rejetée pour d'autres motifs (motifs, au paragraphe 51).

[48] Il aurait été utile à la Cour de recevoir les observations des avocats sur la question de savoir si la Cour devrait entendre l'appel bien qu'il semble théorique.

This did not happen. Accordingly, I will assume that it is appropriate for this appeal to be decided on the merits on the basis that the same audit issue is likely to continue in the future.

[49] I will now discuss why, in my view, the Federal Court did not err in dismissing the application.

[50] I begin with a description of the compliance order sought as it is central to this appeal. The Minister seeks to enforce two audit request letters that were issued to Cameco in 2013 and 2014 (appeal book, at pages 52–74). In general, the CRA requests that Cameco make available approximately 25 individuals for oral interviews. Further details of the requests are as follows:

- The interviews are to “facilitate the development of the functional analysis ... the functions performed, assets used and risks borne”.
- The 25 individuals who are the subject of the request are current employees of Cameco and of its U.S., European and Barbadian subsidiaries. The CRA reserved the right to make additions or deletions to this list as the interviews progress.
- The CRA also reserved the right to request that Cameco make available former employees, if they are available.
- Cameco is requested to provide the names of other relevant individuals to interview.
- The interviews are to be conducted in a location convenient to Cameco either in Canada, in the foreign offices, or by videoconference.
- The CRA acknowledges that the interview list is extensive and suggests that it may be desirable to have the interviews conducted in stages.

Cela ne s’est pas produit. Par conséquent, je présumerai qu’il convient de trancher l’appel sur le fond au motif que la même question de vérification se présentera probablement à l’avenir.

[49] Je vais maintenant expliquer pourquoi, à mon avis, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en rejetant la demande.

[50] Je commencerai par une description de l’ordonnance demandée, puisque cela est fondamental à l’appel. Le ministre cherche à faire respecter deux lettres de demande de vérification délivrées à Cameco en 2013 et en 2014 (dossier d’appel, aux pages 52 à 74). De façon générale, l’ARC souhaite interroger oralement environ 25 personnes. Les demandes contiennent les autres détails suivants :

- Les entrevues ont pour but de [TRADUCTION] « faciliter l’élaboration d’une analyse fonctionnelle [...] les fonctions exécutées, les biens utilisés et les risques encourus ».
- Les 25 personnes visées par la demande étaient des employés actuels de Cameco et de ses filiales aux États-Unis, en Europe et à la Barbade. L’ARC s’est réservé le droit de supprimer des noms de cette liste ou d’en ajouter à mesure que les entrevues progressaient.
- L’ARC se réservait également le droit de chercher à interroger d’anciens employés, s’ils étaient disponibles.
- Cameco devait également fournir les noms d’autres personnes qu’il serait pertinent d’interroger.
- Les entrevues devaient se dérouler à un endroit convenant à Cameco, que ce soit au Canada, dans les bureaux à l’étranger ou par visioconférence.
- L’ARC reconnaissait que la liste des personnes à interroger était imposante et suggérait qu’il pourrait être préférable de mener les entrevues en plusieurs étapes.

[51] Cameco submits that the order requested does not provide it with sufficient information “to know exactly what has to be done to comply with the order” (*Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at paragraph 24). Cameco raises a serious concern. Nevertheless, the issue was not considered by the Federal Court and it is not necessary to consider it for purposes of this appeal.

[52] The Federal Court centred its decision on the “unique and compelling” facts of this case. At the beginning of the Court’s analysis, the Judge stated: “While I agree with the general interpretation of the law as presented by the Minister, when it is applied to the unique facts before me, those arguments must fail” (reasons, at paragraphs 34, 43).

[53] The Court specifically listed four “unique and compelling” facts:

- The transfer pricing issue involves many other taxation years;
- Cameco is “coming to court with clean hands having complied with all requests including a number of oral interviews in previous years” [at paragraph 43];
- The number of interviews proposed by the Minister and the compromise position of Cameco to answer questions in writing; and
- The Tax Court was hearing a transfer pricing appeal for previous taxation years.

[54] These circumstances are all relevant to the exercise of the Federal Court’s discretion under section 231.7 of the Act.

[55] The first factor, that Cameco’s transfer pricing is a longstanding issue, is important because it shows that the Minister likely already had considerable knowledge of the facts relevant to Cameco’s transfer pricing. An appeal in the Tax Court on transfer pricing for prior taxation years

[51] Cameco soutient que l’ordonnance demandée ne fournit pas suffisamment de renseignements pour « savoir exactement ce qu’il lui faut accomplir pour s’y conformer » (*Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, au paragraphe 24). Cameco soulève une sérieuse préoccupation. Néanmoins, la Cour fédérale n’a pas examiné la question et il n’est pas nécessaire d’en tenir compte dans le présent appel.

[52] La Cour fédérale a fondé sa décision sur les faits « uniques et contraignants » de l’espèce. Au début de l’analyse de la Cour, la juge a déclaré ce qui suit : « Bien que je souscrive à l’interprétation générale de la loi présentée par le ministre, lorsqu’elle est appliquée aux faits uniques dont je suis saisie, ces arguments ne sont pas recevables » (motifs, aux paragraphes 34 et 43).

[53] La Cour a souligné expressément quatre faits « uniques et contraignants » :

- La question du prix de transfert s’étend sur de nombreuses autres années d’imposition.
- Le fait que Cameco « se [présente] en cour avec une attitude irréprochable puisqu’elle a respecté toutes les demandes, y compris un certain nombre d’entrevues orales au cours des années précédentes » [au paragraphe 43].
- Le nombre d’entrevues proposées par le ministre et le compromis proposé par Cameco, soit de fournir des réponses par écrit.
- Le fait que la Cour canadienne de l’impôt entendait une affaire de prix de transfert pour des années d’imposition précédentes.

[54] Ces circonstances sont toutes pertinentes à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale en application de l’article 231.7 de la Loi.

[55] Le premier facteur, celui que la question du prix de transfert de Cameco est une question de longue date, est important puisqu’il montre que le ministre possédait probablement des connaissances considérables sur les faits pertinents au prix de transfert de Cameco. L’appel

was mammoth in size and resulted in a 282-page decision of the Tax Court ([*Cameco Corporation v. The Queen*], 2018 TCC 195, [2019] 1 C.T.C. 2001). The Minister was hardly starting from scratch in this audit, which suggests that requiring interviews of 25 employees may well be overreaching.

[56] The second factor, that Cameco had complied with all previous audit requests, including making several employees available for oral interviews, is also highly relevant. No doubt it bolstered the Court's view that Cameco had legitimate reasons for not wishing to submit to oral interviews in this case.

[57] The third factor, the number of interviews and Cameco's compromise of written questions, is also significant. As described above, the auditor himself acknowledged that the number of requested interviews was extensive. Further, since Cameco was already embroiled in transfer pricing litigation, the Minister likely had significant knowledge of Cameco's transfer pricing in general. It is not surprising that the Federal Court would conclude that Cameco's compromise of written questions "would provide the Minister with the information sought" (reasons, at paragraph 38).

[58] Finally, the fourth factor was also relevant at the time of the initial audit requests in 2013 and 2014, and at the time of the Federal Court hearing on April 18, 2017. It is understandable that Cameco would have a *bona fide* concern about this audit having an adverse effect on this litigation. I am not suggesting that an audit of the later taxation years is not appropriate. The point is that the Federal Court reasonably would be cautious not to permit the CRA to overreach.

[59] In my view, the Federal Court made no reviewable error in denying the compliance order that was sought based on these factual circumstances. The compliance order is discretionary and this Court must "be cautious

interjeté à la Cour canadienne de l'impôt relativement au prix de transfert pour les années d'imposition antérieures avait une envergure colossale et a donné lieu à une décision de 314 pages ([*Cameco Corporation c. La Reine*], 2018 CCI 195). Le ministre ne partait donc pas de zéro lors de cette vérification, ce qui laisse entendre qu'il est probablement exagéré de demander des entrevues avec 25 employés.

[56] Le deuxième facteur, celui que Cameco a respecté toutes les demandes de vérification antérieures, y compris pour un certain nombre d'entrevues orales, est également très pertinent. Cela a sans aucun doute étayé l'opinion de la Cour que Cameco avait des raisons légitimes de ne pas se soumettre à des entrevues orales en l'espèce.

[57] Le troisième facteur, soit le nombre d'entrevues et le compromis proposé par Cameco, soit répondre par écrit, est également important. Comme nous l'avons décrit précédemment, le vérificateur lui-même reconnaît que le nombre d'entrevues demandé était élevé. De plus, puisque Cameco était déjà engagée dans un litige concernant le prix de transfert, il est probable que le ministre possédait déjà des connaissances importantes sur le prix de transfert de Cameco de façon générale. Il n'est pas surprenant que la Cour fédérale ait conclu que le compromis proposé par Cameco, soit répondre par écrit, « [fournirait] au ministre les renseignements demandés » (motifs, au paragraphe 38).

[58] Enfin, le quatrième facteur était également pertinent au moment des demandes de vérification initiales en 2013 et en 2014 et lors de l'audience de la Cour fédérale le 18 avril 2017. On peut comprendre que Cameco ait des raisons véritables de s'inquiéter que cette vérification lui cause un préjudice lors du litige. Je ne suggère aucunement qu'il n'est pas approprié de faire de vérification des années d'imposition postérieures. Il était cependant raisonnable que la Cour fédérale fasse preuve de prudence pour s'assurer que l'ARC n'aille pas trop loin.

[59] À mon avis, vu ces faits, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant la demande d'ordonnance. L'ordonnance est de nature discrétionnaire et notre Cour doit « "faire preuve d'un

in intervening, doing so only where it is established that the discretion was exercised in an abusive, unreasonable or non-judicial manner” (*Rona Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2017 FCA 118, 2017 D.T.C. 5069 [cited above], at paragraph 7, citing *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478, at paragraph 52).

[60] I agree with Justice Rennie that some of the Federal Court’s reasons do not withstand scrutiny, but these aspects of the reasons are not crucial to the Federal Court’s decision. The facts amply support that the Minister’s application overreaches on the particular facts of this case.

[61] In my view, the Federal Court made no reviewable error in dismissing the application, and I would accordingly dismiss the appeal, with costs.

haut degré de déférence et n’intervenir qu’avec circonspection, lorsqu’il est établi que le pouvoir a été exercé de manière abusive, déraisonnable ou non judiciaire” » (*Rona Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2017 CAF 118 [précité], au paragraphe 7, qui cite *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478, au paragraphe 52).

[60] Je suis d’accord avec le juge Rennie que certains des motifs de la Cour fédérale ne résistent pas à un examen, mais ces aspects des motifs ne sont pas essentiels à la décision de la Cour fédérale. Les faits appuient amplement la conclusion que la demande du ministre était excessive compte tenu des faits de l’affaire.

[61] À mon avis, la Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant la demande. Je suis donc d’avis de rejeter l’appel avec dépens.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Detention and Release

Judicial review of Immigration Division decision (ID) ordering respondent's release from detention — Respondent, Filipino citizen, obtaining permanent residence at time of entry — Losing status after criminal conviction — Deportation order issued in 2012 — Transferred to immigration detention upon completion of criminal sentence on grounds respondent danger to public, unlikely to appear for his removal — Receiving positive decision on outstanding pre-removal risk assessment (PRRA) — As result, arrangements to enforce removal suspended — Removal order standing, but stayed by operation of law — During 30-day detention review, applicant sought continued detention of respondent pending formulation of adequate release plan — ID concluding ongoing detention infringing *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), ss. 7, 9; that *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), s. 248 factors weighing in favour of respondent's release; — Also concluding that absence of enforceable removal order sufficient to determine that respondent's detention was arbitrary, breaching Charter, s. 9 — Whether ID's decision unreasonable — Respondent's positive, albeit restricted, PRRA decision was fact at heart of ID's decision — Enforceability of removal order not prerequisite to detention but requiring existence of valid order — Legislation not including requirement that removal order be enforceable in order to effect detention — Mere existence of removal order, along with danger opinion, may suffice to justify continued detention — Assuming existence of valid removal order, any of circumstances in *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 58(1) may justify refusing to release detainee — Removal constituting one hinge in machinery of immigration control — Danger being second hinge that may necessitate detention — ID's interpretation unreasonably departing from Court's case law, including *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Samuels*, 2009 FC 1152 — When words of s. 58(1) are read in their grammatical, ordinary sense, one cannot read-in word "enforceable" before removal order — ID's decision to read-in that language equivalent to declaration of constitutional invalidity — Without proper constitutional challenge, no reason to depart from *Samuels* interpretation — Respondent remaining subject to valid removal order — By engaging in Charter, s. 9 analysis to deem detention unlawful for arbitrariness, ID unreasonably predetermining outcome of assessment for detention or release mandated by Regulations, s. 248 — ID erring in determining end point of anticipated length of detention under s. 248(c) — ID could, should have simply ruled on whether to continue detention or to release individual on basis of toolkit provided by statute, namely Regulations, s. 248, rather than predetermining it with Charter analysis — Principles of administrative law, statutory interpretation well established, could have been used to arrive at conclusion ID did, namely that respondent should be released under conditions addressing his risks — Conditions placed upon respondent's release by ID unreasonable — Matter sent back to ID — Application allowed.

CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) V. TAINO (IMM-1495-20, 2020 FC 427, Diner J., reasons for judgment dated March 25, 2020, 42 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

STATUS IN CANADA

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision upholding Refugee Protection Division's (RPD) decision rejecting applicants' claims for refugee protection — Determinative issue for RPD, RAD was state protection — Applicants, Ossetian minorities, Georgian citizens — Refugee claims based on fear of persecution from non-state actors on basis of their minority ethnicity, cumulative persecution — While RPD finding applicants credible, rejected claims for protection because of applicants' failure to rebut presumption of state protection — Applicants submitting: a) RAD erring by failing to consider objective country condition information regarding risk applicants facing as members of minority ethnic group in Georgia, cumulative discrimination faced amounting to persecution, inability or unwillingness of Georgian authorities to protect applicants; b) RAD failing to consider principal applicant's unwillingness to seek further state protection due to his past experiences of discrimination, failure of police to offer protection; c) RAD applying incorrect legal test for determining cumulative persecution — Principal applicant, family facing blatant discrimination over mixed ancestry due to ethnic tensions between majority Georgian ethnic group, minority Ossetian population — War between Georgia, Russia in 2008 inflaming longstanding ethnic tensions between ethnic Georgians, ethnic Ossetians — Principal applicant experiencing many problems in Georgia, including serious physical attack, which applicant reported to police — Police taking no action, advising principal applicant to stay away from village where attacked — Applicants coming to Canada in 2015 on visit, but fearing for their safety upon return to Georgia, submitted claims for refugee protection — RAD confirming RPD decision that applicants neither Convention refugees nor persons in need of protection, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 111(1)(a) — Whether RAD failing to properly consider evidence in determining that RPD not erring in its conclusion on state protection; whether RAD failing to properly apply legal test for cumulative discrimination amounting to persecution — With respect to state protection [heading A, p. 8], RAD not erring in its finding on Georgia's level of democracy; not elevating burden of proof on applicants — RAD upholding RPD's conclusion that principal applicant not demonstrating that state protection in Georgia inadequate overall or that principal applicant exhausting course of action to him, including following up with police after attack in Georgia — While test to rebut presumption of state protection well-established, case law establishing that the more democratic state's institutions are, the more claimant having to exhaust all courses of action open thereto — Since Georgia recognized as parliamentary democracy by RPD, RAD, to rebut presumption of state protection, applicants had to demonstrate having exhausted objectively reasonable avenues to obtain state protection or that it would have been objectively unreasonable for them to do so — Thus, assessing whether applicants exhausted course of action available or demonstrated that state protection inadequate not misapplication of test for rebutting state protection — Although RAD's (RPD's) assessment in itself not misapplication of test to rebut state protection, consideration of evidence within assessment concerning country conditions unreasonable — Not reasonable course of action for principal applicant to pursue matter with police after 2015 attack — Not principal applicant's "personal belief" that police would not pursue investigation or charges; was evident in record — Evidence showing lack of operational effectiveness of state protection — Unreasonable for RAD, RPD to have concluded that principal applicant should have followed up with police — Also, RPD, RAD failing to properly consider evidence in other parts of decision assessing country conditions evidence — Therefore, unreasonable for RAD, RPD to find that principal applicant had not exhausted objectively reasonable avenues of obtaining state protection; RAD failing to properly consider country condition evidence in its decision — Furthermore, RAD erring by failing to properly apply test for cumulative discrimination tantamount to persecution — Although RAD making references to concept of cumulative discrimination amounting to persecution, evident from decision that RAD lacking appreciation for test for cumulative discrimination amounting to persecution, failing to apply test to facts before it — Although reasonable for RAD to point out that some of events that transpired based on principal applicant's speculation involving ethnic discrimination, RAD erring by rendering itself oblivious to fact that some of examples provided were direct results of, or events linked to, previous discriminatory acts or remarks thrust upon principal applicant — Not only RAD failing to properly consider evidence regarding discrimination experienced by principal applicant, but by concluding that examples of discriminatory acts were borne out of principal applicant's "personal beliefs", RAD making no attempt to consider cumulative aspect of such discriminatory experiences — Application allowed.

NUGZARISHVILI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1304-19, 2020 FC 459, Ahmed J., reasons for judgment dated March 31, 2020, 20 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision finding applicant complicit in crimes against humanity, therefore excluded pursuant to *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (Convention), Art. 1F(a), *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), s. 98 — Moreover, RPD retroactively applying *Rome Statute of the International Criminal Court*, July 17, 1998, [2002] Can. T.S. No. 13, 2187 U.N.T.S. 3 (Rome Statute) — Applicant, citizen of Haiti, voluntarily enlisting in army, working from 1984 to 1989 as guard at Casernes Dessalines, political prison — Specifically requesting assignment at Casernes Dessalines — Promoted from private to private first class while stationed there — At Canada Border Services Agency hearing, testifying not aware of torture in prison during time in service — Alleging fear of persecution because of political opinions — RPD concluding applicant's contribution to torture voluntary, knowing, significant — Also concluding applicant's testimony lacking credibility, serious reasons to believe applicant complicit in crimes of torture — Stating [TRANSLATION] “torture constitutes a crime against humanity” in accordance with Rome Statute, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24 — Applicant submitting not complicit in generalized, systematic torture committed at Casernes Dessalines between 1984, 1989 because torture not then recognized as international crime under Rome Statute — Whether RPD coming to unreasonable conclusion by finding applicant complicit in crimes against humanity, therefore excluded from application of Convention under Convention, Art. 1F(a), IRPA, s. 98, whether RPD erring by finding torture was crime against humanity at time of atrocities committed at Casernes Dessalines — RPD clearly stating no evidence produced to establish applicant himself directly participated in acts of torture — As result, question for RPD whether applicant complicit in torture committed at Casernes Dessalines — RPD's conclusion applicant's contribution to torture voluntary reasonable — *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 662, [2011] 3 F.C.R. 377 involves presumed knowledge of person in fairly high position — Principle could apply to lower members in hierarchy meeting criterion of complicity based on contribution — In such case, requisite link with torture can be established by presumption — When applicant submitted not aware of atrocities committed, contrary to simple logic — Applicant's position allowed him to aid in, abet, conceal crimes in question — Nothing unreasonable in RPD's conclusion on issue — RPD not truly applying Rome Statute retroactively — RPD noting, rather, torture recognized internationally, including in Canada, as crime against humanity — Torture recognized as crime against humanity since at least 1945 — Several legal sources aligning with argument torture recognized as crime against humanity before implementation of Rome Statute — Not necessary here to rule on issue as RPD not truly applying Rome Statute retroactively — RPD establishing new consequences for acts committed prior to implementation of *Crimes Against Humanity Act*, Rome Statute — Therefore retrospective, not retroactive, application of Act — RPD's interpretation not unreasonable — Application dismissed.

ELVE V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3363-19, 2020 FC 454, Pamel J., reasons for judgment dated March 30, 2020, 41 pp.)

PENSIONS

First Nations Public Security Pension Plan — Appeal from Federal Court decision (2018 FC 747) finding that police officers, special constables hired, remunerated by band councils under tripartite agreement also involving federal, Quebec governments are employed in federal work, undertaking or business — Federal Court expressing view that police officers', special constables' pension plan registered under Pension Benefits Standards Act, 1985, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 32 (PBSA), that Office of the Superintendent of Financial Institutions (OSFI) of Canada should continue to administer plan — First Nations Public Security Pension Plan (Plan) first being registered by OSFI in 1981 — Police services of band councils members of Plan all subject to policing services agreements reached between each of these band councils, Government of Canada, Government of Quebec — OSFI responsible for regulating, supervising private federal pension plans registered under PBSA — Following *NIL/TU,O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696 (NIL/TU,O), *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada v. Native Child and Family Services of Toronto*, 2010 SCC 46, [2010] 2 S.C.R. 737, OSFI concluding unnecessary to transfer supervision of Plan to provincial authorities — OSFI reassessing situation following *Nishnawbe-Aski Police Service Board v. Public Service Alliance of Canada*, 2015 FCA 211, [2016] 2 F.C.R. 351 (Nishnawbe-Aski) — OSFI expressing view that Nishnawbe-Aski [translation] “overturned” NIL/TU,O — OSFI concluding Plan not registered under PBSA, should be transferred to Retraite Québec because Plan members not employed in work, undertaking or business under federal legislative authority — Federal Court finding that normal, habitual activities of Indigenous police forces closely connected to governance activities of band councils, therefore within Parliament's jurisdiction — Federal Court also finding that OSFI erred in considering that Court had overturned NIL/TU,O in Nishnawbe-Aski — Whether Federal Court erring in law in finding that police officers participating in Plan employed in connection with operation of federal work, undertaking or business within meaning of PBSA — Federal Court not erring in

PENSIONS—Concluded

allowing application for judicial review, declaring that police officers, special constables hired, remunerated by band councils members of Plan employed in work, undertaking or business within federal jurisdiction — In determining whether regulation of labour relations within federal jurisdiction, first step being to apply functional test, thus examine nature, operations, activities of entity to determine whether it constitutes federal undertaking — Question in this case whether fact that police officers whose pension plan at issue here employed by band councils determinative, sufficient to distinguish this case from NIL/TU,O, Nishnawbe-Aski — Indigenous police services deriving their existence, powers from provincial, not federal, legislation — Federal Court erring in suggesting that Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 81(1)(c) authorizing band councils to establish own police forces — Absent agreements, provincial authorities responsible for maintaining order within territories delimited in those agreements — Essentially nothing distinguishing factual context of this case from that of Nishnawbe-Aski — Functional test having to be applied in same way in Indigenous matters as in any other matter — Nature, operations, habitual activities of entity having to be examined to determine whether it is a federal undertaking — Entity to be considered being band council, not police services — Band council clearly being an “undertaking” under federal jurisdiction for labour relations purposes — Fact that police forces under authority of band councils exercise powers delegated by province, subject to certain general provincial standards not being determinative of which level of government has jurisdiction over their labour relations — Under functional test, normal, habitual activities of undertaking for which person works important — Vast number of difficulties in implementation arising from any other finding — This case differing from facts in NIL/TU,O, Nishnawbe-Aski — Not following from foregoing that any activity or duty whose performance under band council authority will fall under federal jurisdiction — Activity or duty having to be truly assimilated to or associated with governance of a First Nation — Fact that labour relations of Indigenous police forces falling under federal jurisdiction not calling into question due process of validly enacted Quebec laws on administration of civil, criminal justice — PBSA, its Regulations applying to Plan because participating employees employed in “included employment” within meaning of PBSA — Appeal dismissed.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. PICARD (A-293-18, 2020 FCA 74, de Montigny J.A., reasons for judgment dated April 15, 2020, 40 pp.)

TRADE-MARKS**REGISTRATION***Opposition*

Applicant, owner of NAKED GRAPE in Canada, appealing decision of Trademarks Opposition Board (TMOB) made on behalf of Registrar of Trademarks (2018 TMOB 134) — TMOB rejecting applicant’s opposition to co-pending trademark application Nos. 1561944 for THE NAKED TURTLE (’944 application), 1592265 for THE NAKED TURTLE Design – front label (’265 application), but refusing co-pending trademark application No. 1592266 for THE NAKED TURTLE Design – back label (’266 application) — Respondent filing ’944 application for word mark THE NAKED TURTLE based on proposed use of mark in Canada, initially in association with “alcoholic beverages except vodka and beers” — Application amended twice to redefine goods; opposed by Constellation Brands Canada, Inc., which later became applicant — Respondent also filing ’265 application for design mark THE NAKED TURTLE Design – front label also based on proposed use of mark in Canada, initially in association with “alcoholic beverages (except vodka), rum and rum flavoured beverages” — ’265 application also amended to redefine goods; then opposed by Constellation Canada — Constellation Canada opposing both applications pursuant to *Trademarks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 12(1)(d), 38(2)(b) (non-registerability), ss. 16(3)(a), 38(2)(c) (non-entitlement), ss. 2 “distinctive”, 38(2)(d) (non-distinctiveness), on basis applied-for trademarks confusing with registered trademarks NAKED GRAPE, NAKED GRAPE & Grape Design, NAKED GRAPE FIZZ — Applicant continuing these oppositions after change in title recorded against trademarks in issue with Canadian Intellectual Property Office to name applicant as opponent (applicant or opponent) — Issues: what was applicable standard of review on appeal taking into account new evidence filed; bearing in mind applicable standard of review on appeal, as matter of first impression, would “casual consumer somewhat in a hurry”, who sees respondent’s trademarks, when that consumer has no more than imperfect recollection of any one of applicant’s trademarks, be likely to be confused; that is, would such consumer be likely to think that respondent was same source of alcoholic beverages (rum on one hand, wines on other) as applicant — Parties filing further evidence on appeal — *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65 rendered two weeks after hearing in present matter, not necessarily displacing previous case law regarding new evidence filed with Federal Court on appeal from Registrar’s decision but rather necessitating adjustment — Parties agreeing that standard of review determined on issue-by-issue basis, depending on materiality of any new evidence adduced affecting issue(s) — If new evidence considered material to issue, Court must consider outcome of

TRADE-MARKS—Concluded

that relevant issue *de novo* or on correctness basis — To trigger *de novo* review pursuant to Act, s. 56(5), new evidence must be “sufficiently substantial and significant; ... evidence that merely supplements or repeats existing evidence will not surpass this threshold” — Court must assess quality, quantity of new evidence (nature, significance, probative value, reliability) to determine whether evidence adding something of significance; hence, whether it would have affected TMOB’s decision materially — Thus, where new material evidence filed, correctness standard contemplated by Act, s. 56(5), applicable case law permitting Federal Court to conduct *de novo* analysis in respect of relevant issue(s), according no deference to conclusion[s] of underlying decision maker — However, absent new material evidence, *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 appellate standard of review applying, as opposed to reasonableness — Applicant not establishing family of trademarks with new evidence such that balance concerning confusion analysis tipping in applicant’s favour on such basis alone — Regarding second issue, TMOB making no palpable, overriding errors in articulating evidentiary burden on applicant opponent, legal onus on applicant in opposition proceedings, nor in inadmissibility finding regarding expert evidence of master sommelier — Regarding Act, s. 12(1)(d) ground of opposition, TMOB making no palpable, overriding errors in articulating test for confusion — TMOB considering that opponent’s best case was registered trademark NAKED GRAPE, which was primary focus of TMOB’s confusion analysis — TMOB making no discernible palpable, overriding errors in arriving at its conclusions concerning, in particular, issues of inherent distinctiveness, length of time in use, nature of goods, trade — In considering TMOB’s assessment of degree of resemblance, however, TMOB making several palpable errors that cumulatively overriding — Likelihood of confusion to be determined on balance of probabilities, with any doubt resolved in favour of owner — Each situation is fact, context specific — Moreover, degree of resemblance involving disjunctive considerations of appearance, sound, or ideas suggested, each of which needing to be assessed — In short, confusion analysis as embodied in Act, s. 6, including s. 6(5), applicable case law is much more nuanced; not ending necessarily with finding that marks in issue not identical or very similar — TMOB making following palpable errors, which cumulatively overriding: viewing THE NAKED TURTLE as unitary phrase but not NAKED GRAPE; finding trademarks at issue “more different than alike”; dissecting applicant’s trademark, discounting word GRAPE notwithstanding finding that NAKED GRAPE is well known, if not famous in Canada for wine; assigning different ideas to word NAKED; failing to consider possible future presentations of parties’ marks — Accordingly, interests of justice served by Federal Court deciding matter, rather than sending it back to TMOB — Degree of resemblance existing between applicant’s word, design trademarks, on one hand, respondent’s word, design trademarks, on other, by reason of “shared” component NAKED, which is striking in both parties’ marks, first significant component — Also, both word, design marks of respective parties would be pronounced or sounded as two words — NAKED GRAPE in case of applicant, NAKED TURTLE in case of respondent — Therefore, sufficient resemblance between applicant’s trademark NAKED GRAPE, including design versions, respondent’s word mark NAKED TURTLE, that source confusion as contemplated by Act, s. 6(2) likely — Not question about someone mistaking rum for wine but rather casual consumer somewhat in hurry, having imperfect recollection of applicant’s NAKED GRAPE product, mistakenly believing source of THE NAKED TURTLE product is same as NAKED GRAPE product — Moreover, despite Court’s doubt as to degree of resemblance between NAKED GRAPE, design mark THE NAKED TURTLE – front label, doubt resolved, balance tipping in favour of applicant — Such finding regarding likelihood of confusion bearing on Act, s. 16(3), two grounds of opposition, by which TMOB noted correct material dates for such opposition grounds in respect of applications at issue — TMOB’s various findings, including that NAKED GRAPE well known if not famous in Canada for wine, not impacted by material dates applicable to these grounds — Accordingly, same conclusion reached regarding likelihood of confusion regarding these grounds as under Act, s. 12(1)(d) ground — Thus, respondent’s applications refused by reason of these other grounds as well — Respondent not meeting legal onus of proving, on balance of probabilities, no reasonable likelihood of confusion existing — Consequently, TMOB’s decision overturned in respect of trademark application Nos. 1561944 for THE NAKED TURTLE, 1592265 for THE NAKED TURTLE Design – front label; Registrar directed to refuse these trademark applications pursuant to Act, s. 38(8) — Appeal allowed.

ARTERRA WINES CANADA, INC. v. DIAGEO NORTH AMERICA, INC. (T-23-19, 2020 FC 508, Fuhrer J., reasons for judgment dated April 9, 2020, 54 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Détention et mise en liberté

Contrôle judiciaire de la décision de la Section de l'immigration (SI), qui a ordonné la libération du défendeur — Le défendeur, un citoyen des Philippines, a obtenu la résidence permanente au moment de son entrée — Il a perdu son statut à la suite d'une déclaration de culpabilité — Une mesure d'expulsion a été prise contre lui en 2012 — Au terme de sa peine au criminel, il a été transféré en détention aux fins de l'immigration au motif qu'il représentait une menace pour la sécurité publique et qu'il se soustrairait vraisemblablement à son renvoi — Il a reçu, à l'égard de son examen des risques avant renvoi (ERAR) en suspens, une décision favorable — À la suite de cette décision, les préparatifs en vue de l'exécution du renvoi ont été suspendus — La mesure de renvoi a été maintenue, mais elle a fait l'objet d'un sursis par effet de la loi — Lors du contrôle des motifs de détention des 30 jours, le demandeur a sollicité le maintien de la détention du défendeur en attendant l'élaboration d'un plan de mise en liberté adéquat — La SI a conclu que la détention actuelle portait atteinte aux art. 7 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte); que les critères énumérés à l'art. 248 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (*Règlement*) jouaient en faveur de la mise en liberté du défendeur — Elle a conclu également que l'absence d'une mesure de renvoi exécutoire était suffisante pour établir que la détention du défendeur était arbitraire et en contravention de l'art. 9 de la *Charte* — Il s'agissait de savoir si la décision de la SI était déraisonnable — Le fait au cœur de la décision de la SI était la décision favorable relative à l'ERAR du défendeur, quoique restreinte — Le caractère exécutoire d'une mesure de renvoi n'est pas une condition préalable à la détention, mais il requiert l'existence d'une ordonnance valide — La législation ne prévoit pas d'exigence selon laquelle une mesure de renvoi doit être exécutoire pour que la détention ait lieu — La simple existence d'une mesure de renvoi, accompagnée d'un avis de danger, peut suffire à justifier le maintien en détention — S'il est supposé qu'il existe une mesure de renvoi valide, l'une des circonstances énoncées à l'art. 58(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, peut justifier le refus de mettre en liberté le détenu — Le renvoi est un élément déclencheur dans le mécanisme de contrôle de l'immigration — Le danger est un deuxième élément déclencheur qui peut exiger une détention — L'interprétation de la SI s'est déraisonnablement écartée de la jurisprudence de la Cour, notamment la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Samuels*, 2009 CF 1152 — Lorsque les termes de l'art. 58(1) sont lus selon leur sens ordinaire et grammatical, il est impossible de sous-entendre que la mesure de renvoi est implicitement « exécutoire » — La décision de la SI de considérer que le terme est implicite équivaut à une déclaration d'invalidité constitutionnelle — Sans contestation constitutionnelle appropriée, il n'y avait aucune raison de s'écarter de l'interprétation faite dans la décision *Samuels* — Le défendeur est demeuré assujéti à une mesure de renvoi valide — En se livrant à une analyse relative à l'art. 9 de la *Charte* pour juger la détention illégale en raison de son caractère arbitraire, la SI a déraisonnablement décidé d'avance du résultat de l'appréciation en ce qui concerne la détention ou la mise en liberté prescrite par l'art. 248 du *Règlement* — La SI a commis une erreur en déterminant le point final de la durée prévue de la détention au titre de l'art. 248c) — La SI aurait pu et aurait dû se prononcer simplement sur le maintien de la détention ou sur la mise en liberté en se fondant sur la boîte

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

à outils qui lui était fournie par la loi, soit l'art. 248 du *Règlement*, plutôt que de décider d'avance en procédant à une analyse relative à la *Charte* — Les principes de droit administratif et d'interprétation des lois étaient bien établis et auraient pu être utilisés pour en arriver à la conclusion qu'elle a tirée, à savoir que le défendeur devrait être mis en liberté dans des conditions qui permettaient de faire face aux risques qu'il présentait — Les conditions de mise en liberté du défendeur imposées par la SI étaient déraisonnables — L'affaire a été renvoyée à la SI — Demande accueillie.

CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) C. TAINO (IMM-1495-20, 2020 CF 427, juge Diner, motifs du jugement en date du 25 mars 2020, 42 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (la SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a confirmé la décision de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) portant rejet des demandes d'asile des demandeurs — La question déterminante, pour la SPR comme pour la SAR, était celle de la protection de l'État — Les demandeurs sont des citoyens géorgiens appartenant à la minorité ossète — Leurs demandes d'asile étaient fondées sur la crainte d'être persécutés par des acteurs non étatiques du fait de leur origine ethnique minoritaire, ainsi que sur la persécution cumulative — La SPR a conclu à la crédibilité des demandeurs, mais elle a prononcé le rejet de leurs demandes d'asile au motif qu'ils n'avaient pas réfuté la présomption de protection de l'État — Les demandeurs ont fait valoir que : a) la SAR a commis une erreur en omettant de prendre en considération non seulement les renseignements objectifs sur les conditions dans le pays aux fins d'examiner les risques auxquels ils seraient exposés en tant que membres d'une minorité ethnique en Géorgie, mais aussi la discrimination cumulative subie, équivalant à de la persécution, et l'incapacité ou le refus des autorités géorgiennes de les protéger; b) la SAR a omis de prendre en considération le fait que le demandeur principal ne souhaitait pas continuer de rechercher la protection de l'État en raison de ses expériences antérieures de discrimination et du défaut de la police de le protéger; et c) la SAR a examiné selon un critère juridique erroné la question de la persécution cumulative — Le demandeur principal et sa famille ont subi une discrimination flagrante du fait de leur ascendance mixte, en raison de tensions ethniques opposant l'ethnie géorgienne majoritaire à la minorité ossète — En 2008, une guerre a éclaté entre la Géorgie et la Russie, et cette guerre a aggravé les tensions ethniques de longue date entre Géorgiens de souche et Ossètes de souche — Le demandeur principal a éprouvé de nombreux problèmes en Géorgie et a été victime notamment d'une violente agression physique, qu'il a signalée à la police — La police n'a pris aucune mesure et lui a plutôt conseillé de ne pas retourner au village où il avait subi l'agression — Les demandeurs d'asile sont venus au Canada en 2015 pour rendre visite à une personne mais, craignant pour leur sécurité s'ils retournaient en Géorgie, ils ont présenté des demandes d'asile — Sur le fondement de l'art. 111(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, la SAR a confirmé la décision de la SPR portant que les demandeurs n'avaient la qualité ni de réfugiés au sens de la Convention ni celle de personnes à protéger — Il s'agissait de savoir si la SAR a omis d'examiner valablement la preuve avant de décider que la conclusion de la SPR sur la protection de l'État n'était pas erronée et si la SAR a omis d'appliquer convenablement le critère juridique relatif à la discrimination cumulative équivalant à de la persécution — En ce qui concerne la protection de l'État, la SAR n'a pas commis d'erreur dans sa conclusion sur le degré de démocratie en Géorgie; elle n'a pas alourdi le fardeau de la preuve des demandeurs — La SAR a confirmé la conclusion de la SPR portant que le demandeur principal n'avait pas prouvé que la protection de l'État était globalement insuffisante en Géorgie ni qu'il avait épuisé les recours dont il disposait, par exemple en relançant la police après l'agression survenue en Géorgie — Bien que le critère pour réfuter la présomption de protection de l'État est bien établi en droit, la jurisprudence enseigne que plus les institutions de l'État seront démocratiques, plus le revendicateur devra avoir cherché à épuiser les recours qui s'offrent à lui — Étant donné que la Géorgie a été reconnue comme étant une démocratie parlementaire par la SAR et la SPR, les demandeurs devaient démontrer, pour réfuter la présomption de protection de l'État, qu'ils avaient épuisé les moyens objectivement raisonnables d'obtenir cette protection ou qu'il aurait été objectivement déraisonnable pour eux de le faire — Par conséquent, le fait d'examiner si les demandeurs avaient épuisé les recours qui s'offraient à eux ou s'ils avaient prouvé l'insuffisance de la protection de l'État ne constitue pas une application erronée du critère requis pour réfuter cette présomption de protection de l'État — S'il est vrai que l'appréciation de la preuve par la SAR (et la SPR) ne traduit pas, en soi, une application erronée du critère requis pour réfuter la protection de l'État, l'examen de la preuve qu'elle a effectué dans le cadre de son analyse relative aux conditions dans le pays était déraisonnable — Il n'aurait pas été raisonnable, de la part du demandeur principal, de relancer la police à la suite de l'incident de 2015 — Le fait que la police n'ouvrirait pas d'enquête et n'inculperait pas ses agresseurs ne relevait pas d'une « croyance personnelle » du demandeur principal; la chose ressortait clairement du dossier — La preuve

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

a établi l'absence d'efficacité, sur le terrain, de la protection de l'État — Il était déraisonnable de la part de la SAR, comme de la SPR, de conclure que le demandeur principal aurait dû continuer à solliciter l'aide de la police — En outre, la SPR et la SAR ont omis, dans d'autres parties de leur appréciation des éléments de preuve sur les conditions dans le pays, de tenir compte adéquatement de la preuve dont elles disposaient — En conséquence, il était déraisonnable de la part de la SAR, comme de la SPR, de conclure que le demandeur principal n'avait pas épuisé les moyens objectivement raisonnables pour lui d'obtenir la protection de l'État; la SAR, dans sa décision, n'a pas valablement examiné la preuve relative aux conditions dans le pays — En outre, la SAR a commis une erreur en n'appliquant pas correctement le critère relatif à la discrimination cumulative équivalant à de la persécution — Bien que la SAR fasse référence au concept de discrimination cumulative équivalant à de la persécution, il ressortait à l'évidence de sa décision qu'elle a mal compris ce critère et ne l'a pas appliqué aux faits dont elle disposait — S'il était raisonnable de la part de la SAR de faire observer que le caractère discriminatoire de certains des incidents en question tenait à des hypothèses de la part du demandeur principal, elle a commis une erreur en négligeant le fait que certains des exemples mentionnés résultaient directement de remarques ou d'actes discriminatoires antérieurs dont il avait été victime, ou y étaient liés — Non seulement la SAR a-t-elle omis d'examiner valablement la preuve relative à la discrimination dont le demandeur principal avait fait l'objet, mais, ayant conclu que les exemples de tels actes discriminatoires étaient à mettre au compte de ses « croyances personnelles », elle n'a pas pris en considération l'aspect cumulatif des expériences de cette nature — Demande accueillie.

NUGZARISHVILI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-1304-19, 2020 CF 459, juge Ahmed, motifs de jugement en date du 31 mars 2020, 20 p.)

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (SPR) qui a conclu que le demandeur s'était rendu complice de crimes contre l'humanité et était donc visé par l'exclusion prévue par l'art. 1F(a) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (Convention), et par l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi) — La SPR a, de plus, appliqué de manière rétroactive le *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, [2002] R.T. Can. n° 13, 2187 R.T.N.U. 3 (Statut de Rome) — Le demandeur, un citoyen haïtien, s'est volontairement enrôlé dans l'armée et a exercé les fonctions de garde aux Casernes Dessalines de 1984 à 1989, une prison politique — Il avait spécifiquement demandé son affectation aux Casernes Dessalines — Il a été promu de simple soldat à soldat première classe alors qu'il y était en poste — Il a témoigné à une audience de l'Agence des services frontaliers du Canada qu'il n'était pas au courant des actes de torture qui se déroulaient dans la prison pendant la durée de son service — Il a allégué craindre d'être persécuté en raison de ses opinions politiques — La SPR a conclu, entre autres, que la contribution du demandeur à la torture était volontaire, consciente et importante — Elle a aussi conclu que le témoignage du demandeur manquait de crédibilité et qu'il existait des raisons sérieuses de penser que le demandeur était complice aux crimes de torture — Elle a affirmé que « la torture constitue un crime contre l'humanité » conformément au Statut de Rome et à la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24 — Le demandeur a soutenu qu'il ne pouvait être considéré comme complice quant à la torture généralisée et systémique commise aux Casernes Dessalines entre 1984 and 1989 parce qu'à cette époque, la torture n'était pas reconnue comme crime international selon le Statut de Rome — Il s'agissait de déterminer si la SPR a tiré une conclusion déraisonnable en estimant que le demandeur s'était rendu complice de crimes contre l'humanité et donc qu'il était exclu de l'application de la Convention aux termes de son art. 1F(a) et de l'art. 98 de la Loi, et si la SPR a commis une erreur en concluant qu'au moment des atrocités commises aux Casernes Dessalines, la torture constituait un crime contre l'humanité — La SPR a clairement indiqué qu'il n'avait été produit aucune preuve tendant à établir que le demandeur lui-même avait directement participé aux actes de torture — Par conséquent, la question pour la SPR était de savoir si ce dernier était complice des tortures commises aux Casernes Dessalines — La conclusion de la SPR portant que la contribution du demandeur aux actes de torture en cause était volontaire était raisonnable — L'affaire *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 662, [2011] 3 R.C.F. 377 concerne la connaissance présumée d'une personne qui occupait un poste assez élevé — Ce principe pourrait s'appliquer à des fonctionnaires moins élevés dans la hiérarchie qui remplissent le critère de complicité fondé sur la contribution — Dans ce cas, le lien requis avec les actes de torture peut être établi par présomption — Lorsque le demandeur a soutenu qu'il n'était pas au courant des atrocités commises, cela était contraire à la simple logique — Le poste du demandeur lui permettait d'aider, d'encourager, et de dissimuler les crimes en question — Il n'y avait rien de déraisonnable dans la conclusion de la SPR sur cette question — La SPR n'a pas véritablement fait une application rétroactive du Statut de Rome — Elle a plutôt constaté que la torture est reconnue internationalement, y compris au Canada, comme crime contre l'humanité — La torture a été reconnue comme crime contre l'humanité depuis au moins 1945 — Plusieurs sources juridiques vont dans le sens de l'argument selon lequel la torture a été reconnue comme crime contre l'humanité avant la mise en œuvre du Statut de Rome — Il n'était pas nécessaire en

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

l'espèce de se prononcer sur cette question puisque la SPR ne s'est pas véritablement livrée à l'application rétroactive du Statut de Rome — La SPR a assorti de nouvelles conséquences des actes qui ont été commis avant la mise en œuvre de la *Loi sur les crimes contre l'humanité* et le Statut de Rome — Il y avait donc application rétrospective de la loi et non pas rétroactive — L'interprétation retenue par la SPR n'était pas déraisonnable — Demande rejetée.

ELVE C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-3363-19, 2020 CF 454, juge Pamel, motifs du jugement en date du 30 mars 2020, 41 p.)

MARQUES DE COMMERCE

ENREGISTREMENT

Opposition

La demanderesse, propriétaire de NAKED GRAPE au Canada, a interjeté appel de la décision de la Commission des oppositions des marques de commerce (la COMC) rendue au nom du registraire des marques de commerce (2018 COMC 134) — La COMC a rejeté l'opposition de la demanderesse à l'égard des demandes de marque de commerce simultanément en instance n° 1561944 pour NAKED TURTLE (la demande '944) et n° 1592265 pour THE NAKED TURTLE Dessin — étiquette de devant (la demande '265), mais elle a rejeté la demande de marque de commerce simultanément en instance n° 1592266 pour THE NAKED TURTLE Dessin — étiquette de dos (la demande '266) — La défenderesse a produit la demande '944 pour la marque nominale THE NAKED TURTLE sur la base d'un emploi proposé de la marque au Canada, initialement en liaison avec des « boissons alcoolisées sauf la vodka et la bière » — La demande a été modifiée à deux reprises pour redéfinir les produits; elle a été contestée par Constellation Brands Canada, Inc., qui est devenue plus tard la demanderesse — La défenderesse a déposé également la demande '265 pour le dessin-marque THE NAKED TURTLE Dessin — étiquette de devant, également basée sur l'emploi projeté de la marque au Canada, initialement en liaison avec des « boissons alcoolisées (sauf la vodka), du rhum et des boissons aromatisées au rhum » — La demande '265 a elle aussi été modifiée pour redéfinir les produits; elle a ensuite été contestée par Constellation Canada — Constellation Canada s'est opposée aux deux demandes en vertu des art. 12(1)d) et 38(2)b) (non enregistrable), des art. 16(3)a) et 38(2)c) (sans droit), et des art. 2 « distinctive » et 38(2)d) (sans caractère distinctif) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (Loi), sur la base du fait que les marques de commerce faisant l'objet des demandes étaient source de confusion avec les marques de commerce déposées NAKED GRAPE, NAKED GRAPE & Dessin de raisin et NAKED GRAPE FIZZ — La demanderesse a poursuivi ces oppositions après qu'un changement de titre a été enregistré pour les marques de commerce en litige auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada pour nommer la demanderesse en tant qu'opposante (demanderesse ou opposante) — Il s'agissait de savoir quelle était la norme de contrôle applicable en appel, compte tenu de la production de nouveaux éléments de preuve; si, gardant à l'esprit la norme de contrôle applicable en appel, sous l'angle de la première impression, le « consommateur ordinaire plutôt pressé », qui voit les marques de commerce de la défenderesse, alors qu'il n'a qu'un vague souvenir de l'une ou l'autre des marques de commerce de la demanderesse, serait vraisemblablement confus; c'est-à-dire s'il est probable que ce consommateur considérerait que la défenderesse était la même source de boissons alcoolisées (rhum d'une part et vins d'autre part) que la demanderesse — Les parties ont déposé de nouveaux éléments de preuve en appel — La décision dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, rendue deux semaines après l'audience de la présente affaire, n'a pas remplacé nécessairement la jurisprudence antérieure concernant les nouveaux éléments de preuve produits auprès de la Cour fédérale dans le cadre d'un appel d'une décision du registraire, mais elle nécessitait plutôt un ajustement — Les parties étaient d'accord pour dire que la norme de contrôle applicable est déterminée au cas par cas, selon l'importance de tout nouvel élément de preuve produit concernant la ou les questions en litige — Si les nouveaux éléments de preuve sont jugés importants pour une question, la Cour doit examiner l'issue de cette question pertinente en procédant à un examen *de novo* ou en appliquant la norme de la décision correcte — Pour procéder à un examen *de novo* en vertu de l'art. 56(5) de la Loi, la preuve nouvelle doit être « suffisamment importante; [...] une preuve qui simplement complète ou répète la preuve existante ne dépassera pas le seuil requis » — La Cour doit évaluer la qualité et la quantité des éléments de preuve supplémentaires (en tenant compte de leur nature, de leur valeur probante et de leur fiabilité) pour déterminer s'ils ajoutent des éléments importants et, par conséquent, s'ils auraient sensiblement influé sur la décision de la COMC — Ainsi, lorsque de nouveaux éléments de preuve importants sont produits, la norme de la décision correcte envisagée par l'art. 56(5) de la Loi et la jurisprudence applicable permet à la Cour fédérale de procéder à une analyse *de novo* à l'égard des questions pertinentes, sans déférence pour la ou les conclusions du décideur sous-jacent — En l'absence de nouveaux éléments de preuve importants, cependant, la norme de contrôle en appel de la jurisprudence *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, s'appliquait, par opposition à celle de la décision raisonnable

MARQUES DE COMMERCE—Fin

— La demanderesse n'a pas établi l'existence d'une famille de marques de commerce avec ses nouveaux éléments de preuve, de sorte que la balance concernant l'analyse relative à la confusion penchait en faveur de la demanderesse pour ce seul motif — En ce qui concerne la deuxième question en litige, la COMC n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en formulant la charge de la preuve imposée à un opposant et le fardeau qui incombe au demandeur dans une procédure d'opposition, ni dans la décision d'irrecevabilité concernant le témoignage d'un maître sommelier — Concernant le motif d'opposition fondé sur l'art. 12(1)d) de la Loi, la COMC n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en formulant le critère de la confusion — La COMC a estimé que l'argument le plus solide de l'opposante était la marque de commerce déposée NAKED GRAPE, qui était la préoccupation principale de l'analyse relative à la confusion de la COMC — La COMC n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en arrivant à ses conclusions concernant les questions du caractère distinctif inhérent, de la durée d'utilisation, de la nature des produits et du commerce — Cependant, l'examen de l'évaluation par la COMC du degré de ressemblance a permis de conclure que la COMC a commis plusieurs erreurs manifestes qui, d'une manière cumulative, ont eu un effet prépondérant — La probabilité de confusion doit être déterminée selon la prépondérance des probabilités, toute incertitude devant être tranchée en faveur du propriétaire — Chaque situation est propre aux faits et au contexte — De plus, le degré de ressemblance suppose des considérations disjonctives d'apparence, de son ou d'idées suggérées, qui chacune doit être évaluée — En résumé, l'analyse relative à la confusion telle qu'elle est énoncée à l'art. 6 de la Loi, y compris l'art. 6(5) de la Loi et la jurisprudence applicable, est beaucoup plus nuancée et n'aboutit pas nécessairement à la conclusion que les marques en cause ne sont pas identiques ou très similaires — La COMC a commis les erreurs manifestes suivantes qui, d'une manière cumulative, ont eu un effet prépondérant : percevoir THE NAKED TURTLE comme une expression indissociable, mais non NAKED GRAPE; juger les marques de commerce « plus différentes que semblables »; disséquer la marque de commerce de la demanderesse et écarter le mot GRAPE [raisin], en dépit de la conclusion selon laquelle la marque de commerce NAKED GRAPE est bien connue, voire célèbre au Canada, pour le vin; assigner différentes idées au mot NAKED; ne pas avoir envisagé d'éventuelles présentations futures des marques des parties — Par conséquent, il était dans l'intérêt de la justice que la Cour fédérale tranche la présente affaire, plutôt que de la renvoyer devant la COMC — Il existait une certaine ressemblance entre les marques de commerce nominatives et figuratives de la demanderesse, d'une part, et les marques de commerce nominatives et figuratives de la défenderesse, d'autre part, en raison de l'élément « commun » NAKED [nu], qui est frappant dans les deux marques des parties, et le premier élément significatif — En outre, les deux mots et les marques figuratives des parties respectives seraient prononcés comme deux mots – NAKED GRAPE dans le cas de la demanderesse et NAKED TURTLE dans le cas de la défenderesse — En conséquence, il y avait suffisamment de ressemblance entre la marque de commerce de la demanderesse, NAKED GRAPE, y compris les versions figuratives, et la marque nominale de la défenderesse, NAKED TURTLE, pour conclure que la confusion relative à la source telle qu'envisagée par l'art. 6(2) de la LMC était probable — Il ne s'agissait pas d'une confusion entre du rhum et du vin, mais plutôt d'un consommateur ordinaire plutôt pressé et n'ayant qu'un vague souvenir du produit NAKED GRAPE de la demanderesse, croyant à tort que la source du produit THE NAKED TURTLE est la même que celle du produit NAKED GRAPE — De plus, en dépit des doutes de la Cour quant au degré de ressemblance entre NAKED GRAPE et la marque figurative THE NAKED TURTLE – étiquette de devant, l'incertitude a été résolue et la prépondérance penchait en faveur de la demanderesse — Cette conclusion concernant la probabilité de confusion a eu un effet sur les deux motifs d'opposition prévus à l'art. 16(3) de la Loi et la COMC a bien relevé les dates pertinentes pour ces motifs d'opposition en ce qui concerne les demandes en litige — Les diverses conclusions de la COMC, y compris que NAKED GRAPE est bien connue, voire célèbre au Canada pour le vin, n'ont pas été affectées par les dates pertinentes applicables à ces motifs — Par conséquent, la conclusion quant à la probabilité de confusion concernant ces motifs était la même que celle à l'égard du motif d'opposition fondé sur l'art. 12(1)d) de la Loi — Donc, les demandes de la défenderesse ont été rejetées pour ces autres motifs également — La défenderesse n'a pas rempli son fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'y avait pas de risque raisonnable de confusion — En conséquence, la décision de la COMC a été annulée en ce qui concerne les demandes d'enregistrement de marque de commerce n° 1561,944 pour THE NAKED TURTLE, et 1592265 pour THE NAKED TURTLE Dessin – étiquette de devant; et il a été ordonné au registraire de refuser, au titre de l'art. 38(8) de la Loi, ces demandes d'enregistrement de marque de commerce — Appel accueilli.

ARTERRA WINES CANADA, INC. c. DIAGEO NORTH AMERICA, INC. (T-23-19, 2020 CF 508, juge Fuhrer, motifs du jugement en date du 9 avril 2020, 54 p.)

PENSIONS

Régime de rentes de la sécurité publique des Premières Nations — Appel d'une décision de la Cour fédérale (2018 CF 747) qui en est arrivée à la conclusion que les policiers et constables spéciaux embauchés et rémunérés par les conseils de bande aux termes d'une entente tripartite impliquant également les gouvernements fédéral et québécois occupent un emploi dans un ouvrage, une entreprise ou une activité de compétence fédérale — La Cour fédérale s'est dite d'avis que le régime de pension des

PENSIONS—Fin

policiers et constables spéciaux constituait un régime agréé en vertu de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 32 (LNPP), et que le Bureau des institutions financières du Canada devait continuer à en assurer la gestion — Le Régime de rentes de la sécurité publique des Premières Nations (Régime) a été agréé pour la première fois par le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) en 1981 — Les services de police des conseils de bande membres du Régime font l'objet d'ententes sur la prestation des services policiers intervenues entre chacun de ces conseils de bande, le Gouvernement du Canada, ainsi que le Gouvernement du Québec — Le BSIF est responsable de la réglementation et de la surveillance des régimes de retraite privés fédéraux agréés en vertu de la LNPP — Suite aux arrêts *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696 (*NIL/TU, O*) et *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto*, 2010 CSC 46, [2010] 2 R.C.S. 737, le BSIF en était arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu de transférer aux autorités provinciales la supervision du Régime — Le BSIF a réévalué la situation suite à l'arrêt *Commission des services policiers de Nishnawbe-Aski c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2015 CAF 211, [2016] 2 R.C.F. 351 (*Nishnawbe-Aski*) — Le BSIF s'est dit d'avis que l'arrêt *Nishnawbe-Aski* a « renversé » l'arrêt *NIL/TU, O* — Le BSIF a conclu que le Régime n'était pas agréé en vertu de la LNPP et devait être transféré à Retraite Québec, du fait que l'emploi effectué par les participants du Régime n'est pas exercé dans un ouvrage, une entreprise ou une activité de compétence législative fédérale — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que les activités normales et habituelles des corps de police autochtones sont intimement liées aux activités de gouvernance des conseils de bande et relèvent, pour cette raison, de la compétence du Parlement — La Cour fédérale a estimé également que le BSIF avait erré en considérant que cette Cour a renversé l'arrêt *NIL/TU, O* dans l'affaire *Nishnawbe-Aski* — Il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que les policiers participant au Régime occupent un emploi rattaché à la mise en service d'un ouvrage, d'une entreprise ou d'une activité fédérale au sens de la LNPP — La Cour fédérale n'a pas erré en accueillant la demande de contrôle judiciaire et en déclarant que les policiers et constables spéciaux embauchés et rémunérés par les conseils de bande membres du Régime occupent un emploi dans un ouvrage, une entreprise ou une activité de compétence fédérale — Pour déterminer si la réglementation des relations de travail relève du gouvernement fédéral, il faut, dans un premier temps, appliquer le critère fonctionnel et donc se demander si la nature de l'entité, son exploitation et ses activités en font une entreprise fédérale — La question qui se posait ici était celle de savoir si le fait que les policiers dont le régime de pension est en cause ici sont employés par les conseils de bande était déterminant et suffisait à distinguer la présente affaire des arrêts *NIL/TU, O* et *Nishnawbe-Aski* — Les services policiers autochtones tirent leur existence et leurs pouvoirs d'une loi provinciale et non d'une loi fédérale — La Cour fédérale a erré en laissant entendre que l'art. 81(1)c) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 autorise aux conseils de bande de créer leur propre corps de police — En l'absence d'ententes, ce sont les autorités provinciales qui assureraient le maintien de l'ordre sur les territoires délimités dans ces ententes — Rien ne distinguait pour l'essentiel le contexte factuel de la présente affaire de celui qui a fait l'objet de l'arrêt *Nishnawbe-Aski* — Le critère fonctionnel doit s'appliquer de la même façon en matière autochtone qu'en toute autre matière — C'est la nature de l'entité, son exploitation et ses activités habituelles qu'il faut examiner pour déterminer s'il s'agit d'une entreprise fédérale — L'entité à considérer est le conseil de bande, et non pas les services policiers — Or, le conseil de bande est clairement une « entreprise » qui relève de l'autorité fédérale en matière de relations de travail — Le fait que les corps policiers relevant des conseils de bande exercent des pouvoirs délégués par la province et soient soumis à certaines normes générales édictées par cette dernière n'est pas déterminant pour les fins de savoir de quel palier de gouvernement relèvent leurs relations de travail — Conformément au critère fonctionnel, ce sont les activités normales et habituelles de l'entreprise pour laquelle une personne travaille qui importe — Conclure le contraire entraînerait d'innombrables difficultés d'application — L'affaire présente se distinguait des faits à l'origine, notamment, des arrêts *NIL/TU, O* et *Nishnawbe-Aski* — Il ne découle pas de ce qui précède que toute activité ou fonction dont la prestation relève d'un conseil de bande sera de compétence fédérale — Encore faudra-t-il que cette activité ou cette fonction puisse être véritablement assimilée ou associée à la gouvernance d'une Première nation — D'autre part, le fait que les relations de travail des corps policiers autochtones soient de compétence fédérale ne remet pas en question l'application régulière des lois québécoises adoptées valablement en matière d'administration de la justice civile et criminelle — La LNPP et son règlement d'application s'appliquent au Régime, du fait que les salariés participants occupent un « emploi inclus » au sens de la LNPP — Appel rejeté.

QUÉBEC (PROCURUREUR GÉNÉRAL) C. PICARD (A-293-18, 2020 CAF 74, juge de Montigny, J.C.A., motifs du jugement en date du 15 avril 2020, 40 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3