



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 3, Part 1**

**2021, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2021] 3 F.C.R., {<sup>3-175</sup><sub>D1-D6</sub>

Renvoi [2021] 3 R.C.F., {<sup>3-175</sup><sub>F1-F7</sub>

---

## EDITOR'S NOTE

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

The correction has been made to the aforementioned pages of the present document.

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

Veillez noter qu'un erratum a été publié dans [2021] Volume 3, 2<sup>e</sup> fascicule. Dans le présent volume ([2021], Volume 3, 1<sup>er</sup> fascicule, aux pages 48 (paragraphe 2, ligne 9), 52 (dans la liste des lois et règlements cités) et 54 (paragraphe 2, ligne 6) la référence au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* qui devrait apparaître est DORS/93-133.

La correction a été apportée aux pages susmentionnées du présent document.

## 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

NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© His Majesty the King in Right of Canada, 2022.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2022.

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'arrête 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

Judgments .....	3-175
Digests .....	D-1-D-6
<b>Diferderico v. Amazon.com Inc. (F.C.) .....</b>	<b>3</b>

Practice — Class Proceedings — Litigation funding agreements — Motion by plaintiffs seeking approval of litigation funding agreement (LFA), order to protect confidentiality of certain terms in LFA — Plaintiffs in this class action proceeding claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members) — Alleging breaches of criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in *Competition Act*, ss. 45,46 — Pursuant to LFA, return to which funder, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), would be entitled is quite large, amount capped at US\$100 000 000 (Funding Fee), in addition to reimbursement of committed funds — Plaintiffs alleged that defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices; that Allegedly Anti-competitive Agreements permitting defendants to shelter their online business from price competition — LFA providing that Therium will fund disbursements, any adverse cost awards, security for costs, if required — Issues were whether to approve LFA; whether to maintain confidentiality of all terms, figures that were redacted from redacted version of LFA — Court had jurisdiction to consider motion notwithstanding that LFA might concern matters of contract law, which ordinarily falling within jurisdiction of provincial courts — Test for approving LFA subsumed as follows: whether in interests of justice to approve LFA — In considering whether test is met, following factors to be considered: whether basic procedural, evidentiary requirements for Court's consideration of LFA satisfied; whether third party funding necessary to facilitate meaningful access to justice; whether LFA champertous; whether LFA fair, reasonable to current, prospective class members as group; whether LFA interfering with solicitor-client relationship, counsel's duty to class members or carriage of proceeding; whether LFA protecting relevant legal privileges, confidentiality of parties' information; whether LFA protecting legitimate interests of defendants — Negative

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Jugements .....	3-175
Fiches analytiques .....	F-1-F-7
<b>Diferderico c. Amazon.com Inc. (C.F.) .....</b>	<b>3</b>

Pratique — Recours collectifs — Accords de financement de litige — Requête dans laquelle les demandeurs ont demandé l'approbation d'un accord de financement de litige (AFL) ainsi qu'une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document — Les demandeurs dans le présent recours collectif ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif) — Ils ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux art. 45 et 46 de la *Loi sur la concurrence* — Conformément à l'AFL, le montant auquel le bailleur de fonds, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), aurait droit est assez important, le montant étant plafonné à 100 000 000 \$US (les frais de financement); ce montant s'ajouterait au remboursement des fonds engagés — Les demandeurs ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords préventivement anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail; que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l'abri de la concurrence des prix — L'AFL prévoit que Therium financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin — Il s'agissait de savoir si l'AFL devait être approuvé, et s'il fallait préserver la confidentialité de toutes les modalités et de tous les chiffres qui ont été caviardés de la version caviardée de l'AFL — La Cour avait compétence pour examiner la requête, même si l'on pourrait dire qu'un AFL porte sur des questions en matière de droit des contrats, lequel relève habituellement de la compétence des tribunaux provinciaux — Le critère d'approbation d'un AFL peut être assimilé au critère suivant : la question de savoir s'il est dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Pour déterminer si ce critère est respecté, il convient de tenir compte des facteurs suivants : il s'agit de savoir si les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l'examen de l'AFL par la Cour ont été satisfaites; si le financement par des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

response to any of these questions could be fatal to LFA — It was in best interests of justice here to approve LFA — Among other things, LFA was necessary to facilitate access to justice by Class Members; was fair, reasonable to current, prospective Class Members; would make meaningful contribution to deterring wrongdoing; would protect interests of defendants — As well, plaintiffs' request to protect confidentiality of various terms in LFA granted but not request to maintain confidentiality of fee caps — Motion granted.

Competition — Plaintiffs seeking approval of litigation funding agreement (LFA), in particular, relating to class action proceeding in which plaintiffs claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members) — Plaintiffs in class action proceeding alleging breaches of criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in *Competition Act*, ss. 45,46; alleging that defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices; that Allegedly Anti-competitive Agreements permitting defendants to shelter their online business from price competition; asserted that three classes of consumers suffered damages as result of Allegedly Anti-competitive Agreements — LFA providing that Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium) will fund disbursements, any adverse cost awards, security for costs, if required in class action — It was in best interests of justice here to approve LFA — Among other things, LFA was necessary to facilitate access to justice by Class Members; was fair, reasonable to current, prospective Class Members; would make meaningful contribution to deterring wrongdoing; would protect interests of defendants — To extent plaintiffs successful, either by obtaining favourable judgment or award, or by reaching settlement that reflects sound claim, other firms will likely be deterred from engaging in conduct similar to Allegedly Anti-competitive Agreements.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l'AFL est une champartie; si l'AFL est juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe; si le financement par des tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l'AFL nuit à la relation avocat-client, à l'obligation de l'avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l'instance; si l'AFL protège les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties; et si l'AFL protège les intérêts légitimes des défenderesses — Une réponse négative à l'une ou l'autre de ces questions pourrait être fatale pour un AFL — Il était dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Entre autres choses, l'AFL était nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses — En outre, il a été fait droit à la demande des demandeurs de préserver la confidentialité de diverses modalités de l'AFL, mais pas à la demande visant à préserver la confidentialité des plafonds appliqués aux frais — Requête accueillie.

Concurrence — Les demandeurs ont demandé l'approbation d'un accord de financement de litige (AFL), plus particulièrement en ce qui concerne un recours collectif dans lequel ils ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif) — Les demandeurs dans le recours collectif ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux art. 45 et 46 de la *Loi sur la concurrence*; ils ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail; que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l'abri de la concurrence des prix; ils ont affirmé que trois groupes de consommateurs ont subi des préjudices en raison des accords prétendument anticoncurrentiels — L'AFL prévoit que Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium) financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin — Il était dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Entre autres choses, l'AFL était nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses — Dans la mesure où les demandeurs ont gain de cause, soit en obtenant un jugement ou une adjudication favorable, soit en parvenant à un règlement qui reflète une réclamation valable, d'autres entreprises seront probablement dissuadées de se livrer à une conduite semblable aux accords prétendument anticoncurrentiels.

*Suite à la page suivante*

**Apotex Inc. v. Shire LLC (F.C.A.) . . . . . 46**

Patents — Appeal from Federal Court decision concluding that asserted claims of Canadian Patent No. 2527646 ('646 patent) valid, prohibiting respondent Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) for Lisdexamfetamine (LDX) to appellant — LDX designed to treat attention deficit and hyperactivity disorder — Appellant filing abbreviated new drug submission, seeking NOC to manufacture, sell Apo-Lisdexamfetamine — Seeking declaration that '646 patent invalid or that Apo-Lisdexamfetamine non-infringing — Federal Court adopting test in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. (Sanofi)* — Appellant claiming Australian Patent No. 1965054168 ('168 patent) disclosing asserted claims of '646 patent — Federal Court concluding that: appellant not meeting its burden with respect to disclosure requirement; claims' inventive concept grasped without difficulty; differences between inventive concept, prior art not obvious to try — Finding claims of '646 patent specific, valid — Granting Shire's request for prohibition order — Appellant arguing, inter alia, that: Federal Court's approach inconsistent with changes to *Patent Act* following *Sanofi*; Federal Court erring in considering advantages of LDX in anticipation analysis; Federal Court departing from claim-by-claim approach mandated by *Patent Act*, s. 28.3 in analysis of inventive concept; Federal Court erring in stage 4 of *Sanofi* analysis — Main issue whether Federal Court erring in adopting *Sanofi* test or in its application to the facts herein — Federal Court committing no reviewable error in legal framework nor in its application to facts as found — Validity analysis not changing depending on whether patent classified as selection patent or not — Core of appellant's argument being that Federal Court erring by not conducting anticipation analysis by comparing '168, '646 patents — This amounting to assertion that genus patents necessarily anticipating chemical composition claims in species patents — "Necessarily infringe" test<sup>1</sup>, requirements of *Patent Act*, s. 28.2 applying to all patents — But anticipation still having role in context of genus disclosures — Federal Court finding specific asserted claims within '646 patent not anticipated — Obviousness also assessed on claim-by-claim basis — Federal Court determining inventive concept based on reading of claims informed by specification — *Patent Act*, s. 28.3 not displacing longstanding case law indicating how obviousness determined — *Sanofi* not changing substantive law of obviousness by implication — Term "inventive concept" not materially different than previously used term "solution taught by the patent" — In sum, single inventive concept flowing through patent,

<sup>1</sup> See *Hospira*, at para. 66: "The prior art reference must disclose the claimed invention such that, if performed, it would necessarily result in infringement".

**Apotex Inc. c. Shire LLC (C.A.F.) . . . . . 46**

Brevets — Appel interjeté contre la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que les revendications du brevet canadien n° 2527646 (brevet '646) étaient valides, et qu'il fallait interdire au ministre de la Santé intimé de délivrer un avis de conformité (AC) à l'appelante pour la lisdexamfétamine (LDX) — La LDX vise à traiter le trouble déficitaire de l'attention avec hyperactivité — L'appelante a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle en vue d'obtenir un AC pour la fabrication et la vente de l'Apo-Lisdexamfétamine — Elle a demandé une déclaration portant que le brevet '646 était invalide ou que l'Apo-Lisdexamfétamine ne donnait lieu à aucune contrefaçon — La Cour fédérale est partie du critère défini dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. (Sanofi)* — L'appelante a prétendu que le brevet australien 1965054168 (le brevet '168) divulguait les revendications invoquées du brevet '646 — La Cour fédérale a conclu que l'appelante n'avait pas satisfait au critère relatif à la divulgation; que l'idée originale des revendications pouvait facilement être comprise; que les différences entre l'idée originale et l'art antérieur n'allaient pas de soi — Elle a conclu que les revendications du brevet '646 étaient suffisamment précises et qu'elles étaient valides — Elle a accueilli la demande présentée par Shire en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction — L'appelante a fait valoir notamment que l'approche de la Cour fédérale était incompatible avec les modifications apportées à la *Loi sur les brevets* à la suite de l'arrêt *Sanofi*; que la Cour fédérale a commis une erreur en tenant compte des avantages de la LDX dans son analyse de l'antériorité; que dans son analyse de l'idée originale, la Cour fédérale a dérogé à l'analyse de chaque revendication prescrite à l'art. 28.3 de la *Loi sur les brevets*; que la Cour fédérale a commis une erreur dans son analyse du quatrième volet du critère défini dans l'arrêt *Sanofi* — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant le critère défini dans l'arrêt *Sanofi* ou dans la façon dont elle l'a appliqué aux faits de la présente affaire — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en ce qui concerne le cadre juridique et dans l'application de ce cadre aux faits en l'espèce — L'analyse de la validité reste la même, que le brevet soit défini comme brevet de sélection ou non — L'essentiel de l'argumentation de l'appelante voulait que la Cour fédérale ait commis une erreur en ne procédant pas à l'analyse relative à l'antériorité qui appelle une comparaison des brevets '168 et '646 — Cette thèse se résumait ainsi : les brevets de genre antériorisent nécessairement les revendications portant sur la composition chimique visées par les brevets d'espèce — Le critère selon lequel il doit nécessairement y avoir contrefaçon<sup>1</sup> de même que les exigences prévues à l'art. 28.2 de la *Loi sur les brevets*

<sup>1</sup> Voir *Hospira*, par. 66 : « L'antériorité doit divulguer l'invention revendiquée de sorte que, une fois réalisée, elle contreferait nécessairement le brevet ».

## CONTENTS (Continued)

but each claim's specific inventive concept may be different — Federal Court not erring in having regard to properties, beneficial features of LDX — Inventive concept cannot be used as vehicle to construe or read inventive concept of claims more narrowly or broadly than their text will allow — Redundancy only permitted where purposive analysis showing that claims duplicated — *Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. SNF Inc.* not contradicting *Sanofi* — If identification about inventive concept not readily apparent, court should “simply work on the features of the claim” — With respect to last stage of obviousness inquiry, Federal Court making determinations of fact related directly to other two “obvious to try” factors, cementing Federal Court's position, rather than detracting from it — Appeal dismissed.

### **Canada v. Villa Ste-Rose Inc. (F.C.A.) . . . . . 89**

Customs and Excise — *Excise Tax Act* — Appeal from judgment by Tax Court of Canada (T.C.C.) allowing appeal brought by respondent against assessment made by Minister of National Revenue (Minister) under Part IX of *Excise Tax Act* — Assessment made by Minister imposing late-filing penalty, interest on respondent in respect of amount of goods and services tax (GST) respondent deemed to owe Minister — T.C.C. determining Minister not justified in assessing interest, penalty at issue because, at time amount of GST became payable, respondent entitled under Act to GST rebates in excess of that amount — Respondent operating residential complex for semi-autonomous seniors or seniors with loss of autonomy in Laval, Quebec — At all times relevant to case, respondent not GST registrant, respondent's supplies exempt from GST — Respondent having to rebuild complex after complex burned down, pay GST on invoices submitted by builder — Once work completed, respondent then deemed to have

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

s'appliquent à tous les brevets — Mais l'antériorité continue de jouer dans la divulgation de brevets de genre — La Cour fédérale a conclu que les revendications précises du brevet '646 n'ont pas été antériorisées — L'analyse relative à l'évidence appelait elle aussi une évaluation de chaque revendication — La Cour fédérale a défini l'idée originale en se fondant sur une interprétation des revendications étayée par le mémoire descriptif — L'art. 28.3 de la *Loi sur les brevets* n'a pas supplanté la jurisprudence de longue date qui indique comment l'évidence doit être déterminée — L'arrêt *Sanofi* ne modifie pas implicitement les règles de droit en matière d'évidence — Le terme « idée originale » ne diffère pas sensiblement de l'expression qui était utilisée auparavant, à savoir la « solution enseignée par le brevet » — En résumé, une seule idée originale doit se dégager d'un brevet, mais chaque revendication peut présenter une idée originale différente — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur en tenant compte des propriétés et des caractéristiques avantageuses de la LDX — L'idée originale ne saurait permettre une interprétation plus restrictive ou plus générale de l'idée originale des revendications que celle qui est autorisée par leur libellé — La redondance n'est acceptée que si une analyse téléologique montre qu'il y a réellement chevauchement entre les revendications — L'arrêt *Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. SNF Inc.* ne contredit pas l'arrêt *Sanofi* — Si la définition de l'idée originale n'est pas manifeste, la cour devrait « se concentrer simplement sur les caractéristiques de la revendication » — En ce qui concerne la dernière étape de l'analyse de l'évidence, la Cour fédérale a formulé des conclusions de fait qui intéressaient directement les deux autres facteurs du critère de l'essai allant de soi, lesquels viennent tous les deux consolider, et non atténuer, la thèse de la Cour fédérale — Appel rejeté.

### **Canada c. Villa Ste-Rose Inc. (C.A.F.) . . . . . 89**

Douanes et Accise — *Loi sur la taxe d'accise* — Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) accueillant l'appel logé par l'intimée à l'encontre d'une cotisation établie par la ministre du Revenu national (la ministre) en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* — La cotisation établie par la ministre imposait à l'intimée des intérêts et une pénalité pour production tardive d'une déclaration relative à un montant de taxe sur les produits et services (TPS) que l'intimée était réputée devoir à la ministre — La C.C.I. a déterminé qu'en raison du fait qu'au moment où ce montant de TPS est devenu payable, l'intimée avait droit, aux termes de la Loi, à des remboursements de TPS totalisant une somme supérieure audit montant, la ministre n'était pas justifiée d'imposer les intérêts et la pénalité en litige — L'intimée exploite un centre d'hébergement pour personnes aînées semi-autonomes ou en perte d'autonomie à Laval, au Québec — En tout temps pertinent au présent litige, l'intimée

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

made, received taxable supply by way of sale of building — Respondent having until December 31, 2014, to file return with Minister — At that time, pursuant to Act, ss. 256.2(3), 257(1), respondent entitled to receive GST rebates from Minister — Refunds amounting to \$860,665.48 — However, respondent not filing GST return with Minister until September 28, 2015 — Return accompanied by application, filed in due time, for rebates respondent entitled to receive from Minister — Minister issuing notice of assessment on October 30, 2015, granting respondent credit in amount of \$860,665.48 for said rebates — However, Minister assessing respondent interest totalling \$27,984.09, \$22,105.92 late-filing penalty, pursuant to Act, ss. 280(1), s. 280.1, respectively — After unsuccessfully objecting to Minister's notice of assessment, respondent appealing to the Tax Court of Canada (T.C.C.) — T.C.C. ruling, in connection with taxable supply of new complex, respondent entitled to two types of rebates by way of this mechanism — First rebate GST paid to suppliers during reconstruction of said complex — Second rebate for land, buildings leased for residential purposes — Given that respondent late in filing GST return related to deemed acquisition of new complex, T.C.C. finding, for purposes of calculating interest, penalty provided for in Act, ss. 280(1), 280.1, Minister had to offset GST payable by respondent against rebates to which respondent entitled, because at time Minister received said return, Minister had also received respondent's rebate applications — According to T.C.C., as at September 28, 2015, Minister could calculate interest, GST late-filing penalty only on net amount payable by respondent — Since amount negative, Minister not having power to assess respondent for interest, penalty at issue — Whether T.C.C. erred in deciding interest, GST late-filing penalty payable under Act, ss. 280(1), 280.1, could only be calculated on amount of GST payable by respondent, after taking into account rebates to which respondent entitled — Appellant failed to establish case where clear, unequivocal that Act, ss. 280(1), 280.1 do not allow interest, GST late-filing penalty to be calculated only on amount of GST owed to Minister, without taking into consideration any rebates payable to taxpayer — T.C.C. correct in ruling rebates to which respondent entitled designed to prevent unregistered "builder" from being put at fiscal disadvantage compared to registered "builder" entitled to recover GST paid in similar circumstances — In addition, examination of Act, ss. 256.2(3), 257(1) showing right to rebates provided under these subsections acquired when eligibility requirements specified therein met — When requirements met, Minister must provide rebates — In other words, Minister has no other choice — Act, s. 228(6) specifies amount of net tax owed by taxpayer can be offset by rebates payable to taxpayer by Minister at any time taxpayer files GST return, provided concomitant rebate claim submitted to

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

n'était pas inscrite au fichier de la TPS et ses fournitures étaient exonérées de TPS — L'intimée a dû faire reconstruire l'immeuble après qu'il a passé au feu et elle a payé la TPS sur les factures que lui a présenté le constructeur — Une fois les travaux complétés, l'intimée était alors réputée avoir effectué et reçu, par vente, la fourniture taxable de l'immeuble — L'intimée avait jusqu'au 31 décembre 2014 pour produire sa déclaration auprès de la ministre — Au même moment, elle était éligible, aux termes des paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, à recevoir de la ministre des remboursements de TPS — Ces remboursements s'élevaient à 860 665,48 \$ — Ce n'est toutefois que le 28 septembre 2015 que l'intimée a produit auprès de la ministre sa déclaration de TPS — Cette déclaration était accompagnée d'une demande, faite dans les délais prescrits, pour que les remboursements auxquels elle avait droit lui soient payés par la ministre — Le 30 octobre 2015, la ministre a délivré un avis de cotisation aux termes duquel, tout en lui reconnaissant un crédit au montant de 860 665,48 \$ au titre desdits remboursements, elle a imposé à l'intimée, aux termes, respectivement, des art. 280(1) et 280.1 de la Loi, des intérêts totalisant 27 984,09 \$ et une pénalité de l'ordre de 22 105,92 \$ pour défaut de produire sa déclaration de TPS dans le délai prescrit par la Loi — Après s'être opposée sans succès auprès de la ministre à l'avis de cotisation, l'intimée s'est adressée à la C.C.I. — La C.C.I. a décidé que l'intimée avait droit, en lien avec la fourniture taxable du nouvel immeuble, à deux types de remboursement, un premier visant la TPS payée aux fournisseurs lors de la reconstruction dudit immeuble, et un deuxième pour fonds et bâtiments loués à des fins résidentielles — Vu le retard de l'intimée à produire sa déclaration de TPS liée à l'acquisition réputée du nouvel immeuble, la C.C.I. était d'avis que la ministre devait néanmoins, aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité visés par les art. 280(1) et 280.1 de la Loi, opérer compensation entre la TPS payable par l'intimée et les remboursements auxquels l'intimée avait par ailleurs droit puisqu'au moment de recevoir ladite déclaration, la ministre avait aussi en mains les demandes de remboursement de l'intimée — Selon la C.C.I., la ministre ne pouvait, au 28 septembre 2015, calculer les intérêts et la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS que sur le montant net payable par l'intimée — Comme ce montant était négatif, la ministre n'avait pas le pouvoir d'imposer à l'intimée les intérêts et la pénalité en litige — Il s'agissait de décider si la C.C.I. a commis une erreur en décidant que les intérêts et la pénalité payables aux termes des art. 280(1) et 280.1 de la Loi pour production tardive d'une déclaration de TPS, ne pouvaient être calculés que sur le montant de TPS payable par l'intimée, une fois tenu compte des remboursements auxquels elle avait par ailleurs droit — L'appelante n'a pas établi qu'il s'agissait d'un

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Minister — T.C.C. turned to s. 296(2.1) to comment on absurdity that respondent would be better off if respondent had skirted duty to file rebate application; would be equally absurd to report GST respondent deemed to owe because, pursuant to Act, respondent deemed to have acquired reconstructed complex on own — Well established that literal interpretation possibly producing illogical or absurd results must be set aside — Appellant's interpretation that interest, GST late-filing penalty must, in all circumstances, be calculated on amount of net tax, without taking into consideration rebates payable, likely to produce absurd results — As such, T.C.C. did not err in coming to this conclusion — More importantly, this interpretation failed to reflect context in which Act, ss. 280(1), 280.1, operate — Indeed, Parliament, in enacting Act, ss. 280(1), 280.1, did not intend "amount" of interest, GST late-filing penalty paid or remitted could, in circumstances such as in this case, be calculated without taking into account rebates payable to taxpayer — Therefore, interest, GST late-filing penalty could only be calculated on amount respondent actually owed Minister for reporting period in question — Because amount negative, T.C.C. right to rule Minister not justified in imposing interest, penalty Minister sought to recover from respondent — Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

cas où il était clair et non équivoque que les art. 280(1) et 280.1 de la Loi ne permettent la comptabilisation des intérêts et de la pénalité pour retard à produire la déclaration de TPS que sur le montant de TPS dû à la ministre, sans égard aux remboursements par ailleurs payables au contribuable — La C.C.I. a eu raison de dire que les remboursements auxquels avait droit l'intimée visaient à prévenir que le « constructeur » non-inscrit soit désavantagé, sur le plan fiscal, par rapport au « constructeur » inscrit lequel peut récupérer la TPS qu'il a payée en semblables circonstances — Par ailleurs, un examen des art. 256.2(3) et 257(1) de la Loi a démontré que le droit aux remboursements qui y sont prévus est acquis lorsque les conditions d'ouverture qui y sont spécifiées sont rencontrées — Lorsque c'est le cas, la ministre doit procéder au remboursement — En d'autres termes, elle n'a pas le choix de ne pas le faire — L'art. 228(6) de la Loi, pour sa part, permet d'opérer compensation entre le montant de la taxe nette due par le contribuable et les remboursements qui lui sont payables par la ministre et cela dès le moment où le contribuable produit sa déclaration de TPS, en autant qu'une demande concomitante de remboursement est faite à la ministre — La C.C.I. s'en est remise à l'art. 296(2.1) pour dénoncer l'incongruité résultant du fait qu'il aurait été préférable que l'intimée se soustraie à son obligation de soumettre une demande de remboursement et même à celle de déclarer la TPS qu'elle était réputée devoir parce que, par opération de la Loi, elle était réputée avoir acquis d'elle-même l'immeuble reconstruit — Il est bien établi qu'une interprétation littérale susceptible de produire des résultats illogiques ou absurdes doit être écartée — L'interprétation proposée par l'appelante voulant que les intérêts et la pénalité pouvant être imposés en cas de retard à produire une déclaration de TPS, devaient être calculés, en toutes circonstances, en fonction du montant de la taxe nette, sans égards aux remboursements par ailleurs payables, était susceptible de produire de tels résultats — C'est la conclusion à laquelle est parvenue la C.C.I. et elle n'a pas erré en concluant de la sorte — Mais plus important encore, cette interprétation ne rendait pas compte du contexte dans lequel s'inscrivent les art. 280(1) et 280.1 de la Loi — En effet, le Parlement, en adoptant les art. 280(1) et 280.1 de la Loi, n'avait pas en tête que l'établissement du « montant » à payer ou à verser aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS, pouvait, dans des circonstances comme celles qui prévalaient en l'espèce, se faire sans égards aux remboursements par ailleurs payables au contribuable — Donc, les intérêts et la pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS ne pouvaient être calculés que sur un montant reflétant ce que l'intimée devait réellement à la ministre pour la période de déclaration en cause — Comme ce montant était négatif, la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Angara v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)** ..... 119

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision confirming prior decision of immigration officer who refused applicant's application to sponsor her adult son for permanent residence on basis son not member of family class as described in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 117(1)(h) — Applicant asserting that, in issuing decision, IAD contravened fundamental principles of natural justice, violated her right to procedural fairness since she did not receive appeal record mandated by *Immigration Appeal Division Rules* (IAD Rules), r. 4, thus preventing her from knowing case she had to meet — Applicant seeking to have decision set aside, appeal reconsidered by another decision maker — In response, respondent arguing that decision reasonable in all respects; that no breach of procedural fairness occurring — Applicant, Filipino, permanent resident of Canada — Her 90-year-old mother still alive, residing in Philippines — Applicant undertaking to sponsor application of her adult son, Filipino, for permanent residence under Regulations, s. 117(1)(h) — Procedural fairness letter sent to applicant's son informing him that his sponsor, applicant, still having parent who could be sponsored to Canada (i.e., applicant's mother); as such, son not qualifying as member of family class under Regulations, s. 117(1)(h) — Officer informing applicant that her son's permanent resident application had been refused because not meeting requirements of Regulations — Applicant filing notice of appeal of Officer's refusal of her sponsored application to IAD — IAD requesting that applicant provide written information or arguments in support of her position that her son was person described in Regulations, s. 117(1)(h) — Neither applicant nor her counsel responding to IAD — No appeal record provided to IAD as part of its appeal process — Issues herein whether IAD breached its duty of procedural fairness by rendering decision, dismissing applicant's appeal in context where applicant not provided with appeal record pursuant to IAD Rules, r. 4, where IAD not having appeal record before it — In circumstances of this case, process followed by IAD was unfair, prevented applicant from having full, fair opportunity to know case she had to meet, to respond to it — Applicant's case resting solely on right to be heard, opportunity to respond to evidence that must be rebutted, which represents one component of duty to act fairly — In circumstances of present case, level of procedural fairness owed to applicant by IAD falling at higher end of spectrum

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

C.C.I. avait raison de trouver que la ministre n'était pas justifiée d'imposer à l'intimée les intérêts et la pénalité qu'elle lui réclamait — Appel rejeté.

### **Angara c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)** ..... 119

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, confirmant une décision antérieure dans laquelle un agent de l'immigration avait refusé la demande présentée par la demanderesse en vue de parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, au motif que ce dernier n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial définie à l'art. 117(1)h du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* — La demanderesse a affirmé qu'en rendant sa décision, la SAI a contrevenu aux principes fondamentaux de justice naturelle et a violé son droit à l'équité procédurale, car on ne lui a pas transmis le dossier d'appel qui devait lui être fourni aux termes de la règle 4 des *Règles de la section d'appel de l'immigration* (Règles de la SAI), l'empêchant ainsi de connaître la preuve qu'elle devait réfuter — La demanderesse a demandé que la décision soit annulée et que son appel soit réexaminé par un tribunal différemment constitué — En réponse, le défendeur a soutenu que la décision était raisonnable à tous égards et qu'aucun manquement à l'équité procédurale n'avait été commis — La demanderesse, née aux Philippines, est une résidente permanente du Canada — Sa mère âgée de 90 ans vit toujours et habite aux Philippines — La demanderesse a entrepris, en vertu de l'art. 117(1)h du Règlement, les démarches pour parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, un ressortissant des Philippines — Une lettre relative à l'équité procédurale a été envoyée au fils de la demanderesse pour l'informer que sa répondante, la demanderesse, avait encore un membre de sa famille qu'elle pouvait parrainer au Canada — en l'occurrence, sa mère — et que, par conséquent, son fils ne répondait pas à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial au sens de l'art. 117(1)h du Règlement — L'agent a informé la demanderesse que la demande de résidence permanente de son fils avait été refusée parce qu'il ne satisfaisait pas aux exigences du Règlement — La demanderesse a produit un avis d'appel à la SAI à l'encontre du refus de sa demande de parrainage prononcé par l'agent — La SAI a écrit à la demanderesse pour lui demander de fournir par écrit des renseignements ou des arguments à l'appui de sa position voulant que son fils soit une personne visée à l'art. 117(1)h du Règlement — Ni la demanderesse ni son avocat n'ont répondu à la lettre de la SAI — Aucun dossier d'appel n'a

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

— Also, conjunction of three elements (IAD Rules, r. 4, decision itself, Officer’s notes and IAD letter) led to conclusion that, in issuing decision, IAD breaching its duty of procedural fairness towards applicant — IAD Rules, r. 4 important procedural protection of right to be heard; in circumstances of this case, failure to ensure that appeal record provided to applicant; that IAD had such record before dismissing appeal was breach of procedural fairness — Applicant also never receiving Officer’s decision in entirety — Did not know sufficiently case she had to meet, not receiving all relevant documents; not given fair opportunity to respond to decision maker’s concerns — Applicant’s failure to notify IAD she needed appeal record before responding to IAD’s request for information, arguments not removing her legal right to appeal record, entrenched in IAD Rules; not considered waiver of her right to fair process — Application allowed.

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Kassab (F.C.A.) ..... 149**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of visa officer’s conclusion that respondent inadmissible for being “prescribed senior official” in service of designated regime that engaged in serious human rights abuses — Respondent citizen of Iraq, engineer — Applied for

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

été transmis à la SAI dans le cadre de son processus d’appel — Il s’agissait de savoir si la SAI a manqué à son obligation d’équité procédurale lorsqu’elle a rendu la décision et rejeté l’appel de la demanderesse, compte tenu du fait que le dossier d’appel n’a pas été transmis à la demanderesse conformément à la règle 4 des Règles de la SAI et que la SAI ne disposait pas de ce dossier d’appel — Eu égard aux circonstances de l’espèce, la procédure suivie par la SAI n’était pas équitable et elle n’a pas permis à la demanderesse d’avoir pleinement l’occasion de prendre connaissance de la preuve qu’elle devait réfuter et d’y répondre — La preuve de la demanderesse reposait exclusivement sur le droit d’être entendu et la possibilité de répondre aux éléments de preuve à réfuter, ce qui représente un volet de l’obligation d’agir équitablement — Eu égard aux circonstances de l’espèce, le degré d’équité procédurale auquel avait droit la demanderesse de la part de la SAI se situait à l’extrémité supérieure de l’échelle — En outre, la combinaison de trois éléments (la règle 4 des Règles de la SAI, la décision et les notes de l’agent, et la lettre de la SAI) a mené à la conclusion que la SAI a manqué à son devoir d’équité procédurale envers la demanderesse en rendant sa décision — La règle 4 des Règles de la SAI est une importante protection procédurale relative au droit de se faire entendre et, eu égard aux circonstances de l’espèce, le défaut de s’assurer de fournir le dossier d’appel à la demanderesse et de le transmettre à la SAI avant qu’elle ne rejette l’appel constituait un manquement à l’équité procédurale — La demanderesse n’a jamais reçu non plus l’intégralité de la décision de l’agent — Elle n’a pas suffisamment été mise au courant de la preuve qu’elle devait réfuter, elle n’a pas reçu tous les documents pertinents et elle n’a pas bénéficié d’une possibilité raisonnable de répondre aux préoccupations du décideur administratif — Le défaut de la demanderesse de dire à la SAI qu’elle avait besoin du dossier d’appel avant de répondre à la demande qu’elle lui a faite de fournir des renseignements et des arguments n’emportait pas déchéance du droit prévu par la loi de prendre connaissance du dossier d’appel — un droit consacré par les Règles de la SAI — et ne pouvait être interprété comme une renonciation de sa part à son droit à l’équité procédurale — Demande accueillie.

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Kassab (C.A.F.) ..... 149**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel d’une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire de la conclusion d’un agent des visas selon laquelle l’intimé était interdit de territoire pour avoir occupé « un poste de rang supérieur » au sein d’un régime désigné qui commettait de graves violations des droits

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

permanent residence as sponsored refugee under Convention Refugees Abroad Class — Held positions in Iraqi government three levels in reporting hierarchy below Saddam Hussein — Visa officer concluding that respondent's roles indicative of being senior official in top 50 percent of Iraqi government public service hierarchy, respondent therefore inadmissible to Canada — Federal Court holding that more fulsome examination needed from purposive viewpoint, contextually when considering whether civil appointment constituting senior member of public service — Adding that relying on “top half” test unreasonable — Whether Federal Court erring in finding it necessary to conduct broader analysis to determine whether individual actually able to exert significant influence on exercise of government power or to benefit from their position — Federal Court erred — Reasonable for visa officer to conclude that respondent senior member of Iraqi public service, inadmissible — *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam* not supporting conclusion that some positions enumerated in s. 16 requiring factual inquiry into whether incumbent able to exert significant influence or benefit from their position — Question to ask under Regulations, s. 16(d) is whether individual senior member of public service — Federal Court bound by *Adam* — Erring in not adopting “top half” test in respect of s. 16(d) — Visa officer's interpretation of “prescribed senior official” consistent with text of definition, purpose of Act, s. 35, Regulations, s. 16 — Federal Court's interpretation contrary to Parliament's intent — Legislation not requiring respondent to be able to influence government policy — Sufficient that individual occupied senior position in reporting hierarchy of public service of designated regime — Appeal allowed.

## SOMMAIRE (Fin)

de la personne — L'intimé est un citoyen de l'Irak et est ingénieur — Il a présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugiés parrainés au sens de la Convention outre-frontières — Il a occupé au sein du gouvernement irakien des postes classés trois échelons sous celui de Saddam Hussein — Selon l'agent des visas, les fonctions de l'intimé ont permis de démontrer qu'il occupait un poste dont le rang se situait dans la moitié supérieure de la hiérarchie de la fonction publique du gouvernement irakien et qu'il était donc interdit de territoire — La Cour fédérale a statué qu'un examen plus exhaustif, d'un point de vue téléologique et contextuel, s'imposait pour déterminer si un fonctionnaire occupe un poste de rang supérieur dans la fonction publique — Elle a ajouté qu'il était déraisonnable d'appliquer le critère de la « moitié supérieure » — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'il était nécessaire d'effectuer une analyse plus globale afin de déterminer si la personne était effectivement en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par son gouvernement ou en tirait certains avantages — La Cour fédérale a commis une erreur — Il était raisonnable pour l'agent des visas de conclure que l'intimé occupait un poste de rang supérieur dans la fonction publique irakienne et qu'il était donc interdit de territoire — L'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam* n'appuie pas la conclusion selon laquelle certains postes énumérés à l'art. 16 nécessitent un examen des faits pour savoir si le titulaire du poste était en mesure d'exercer une influence importante ou de tirer avantage de son poste — En ce qui concerne l'art. 16d), la question est de savoir si l'intéressé est ou était un fonctionnaire ayant occupé un poste de rang supérieur — La Cour fédérale était liée par l'arrêt *Adam* — Elle a eu tort de ne pas adopter le critère de « moitié supérieure » à l'égard de l'art. 16d) — L'interprétation par l'agent des visas de la définition de l'expression « occuper un poste de rang supérieur » était conforme à la définition et à l'objectif de l'art. 35 de la Loi et celui de l'art. 16 du Règlement — L'interprétation de la Cour fédérale était contraire à la volonté du législateur — Les dispositions législatives n'exigent pas que l'intimé ait été en mesure d'influencer la politique du gouvernement — Il suffit qu'une personne ait occupé un poste de rang supérieur au sein de la hiérarchie de la fonction publique d'un régime désigné — Appel accueilli.

**Federal Courts  
Reports**

**2021, Vol. 3, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-445-20  
2021 FC 311

T-445-20  
2021 CF 311

### Proposed Class Proceeding

**Stephanie Difederico and Jameson Edmund Casey**  
(*Plaintiffs*)

v.

**Amazon.com, Inc., Amazon.com.ca, Inc., Amazon.com Services LLC, Amazon Services International, Inc., and Amazon Services Contracts, Inc.** (*Defendants*)

**INDEXED AS: DIFEDERICO v. AMAZON.COM INC.**

Federal Court, Crampton C.J.—By videoconference (between Ottawa and Toronto), March 5, 2021; Toronto, April 9, 2021 (confidential order and reasons) and April 15, 2021 (public order and reasons).

Editor’s Note: Portions redacted by the Court are indicated by [\*\*\*].

*Practice — Class Proceedings — Litigation funding agreements — Motion by plaintiffs seeking approval of litigation funding agreement (LFA), order to protect confidentiality of certain terms in LFA — Plaintiffs in this class action proceeding claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members) — Alleging breaches of criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in Competition Act, ss. 45,46 — Pursuant to LFA, return to which funder, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), would be entitled is quite large, amount capped at US\$100 000 000 (Funding Fee), in addition to reimbursement of committed funds — Plaintiffs alleged that defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices; that Allegedly Anti-competitive Agreements permitting defendants to shelter their online business from price competition — LFA providing that Therium will fund disbursements, any adverse cost awards, security for costs, if required — Issues were whether to approve LFA; whether to maintain confidentiality of all terms, figures that were redacted from redacted version of LFA — Court had jurisdiction to consider motion notwithstanding that LFA might concern matters of contract law, which ordinarily falling within jurisdiction of provincial courts — Test for approving LFA subsumed as follows: whether in interests of justice to approve LFA — In considering whether test is met, following factors to be considered: whether basic*

### Recours collectif envisagé

**Stephanie Difederico et Jameson Edmund Casey**  
(*demandeurs*)

c.

**Amazon.com, Inc., Amazon.com.ca, Inc., Amazon.com Services LLC, Amazon Services International, Inc. et Amazon Services Contracts, Inc.** (*défenderesses*)

**RÉPERTORIÉ : DIFEDERICO C. AMAZON.COM INC.**

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Par vidéoconférence (entre Ottawa et Toronto), 5 mars 2021; Toronto, 9 avril 2021 (ordonnance et motifs confidentiels) et 15 avril 2021 (ordonnance et motifs publics).

Note de l’arrêstiste : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [\*\*\*].

*Pratique — Recours collectifs — Accords de financement de litige — Requête dans laquelle les demandeurs ont demandé l’approbation d’un accord de financement de litige (AFL) ainsi qu’une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document — Les demandeurs dans le présent recours collectif ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif) — Ils ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux art. 45 et 46 de la Loi sur la concurrence — Conformément à l’AFL, le montant auquel le bailleur de fonds, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), aurait droit est assez important, le montant étant plafonné à 100 000 000 \$US (les frais de financement); ce montant s’ajouterait au remboursement des fonds engagés — Les demandeurs ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail; que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l’abri de la concurrence des prix — L’AFL prévoyait que Therium financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin — Il s’agissait de savoir si l’AFL devait être approuvé, et s’il fallait préserver la confidentialité de toutes les modalités et de tous les chiffres qui ont été caviardés de la*



*procedural, evidentiary requirements for Court's consideration of LFA satisfied; whether third party funding necessary to facilitate meaningful access to justice; whether LFA champertous; whether LFA fair, reasonable to current, prospective class members as group; whether LFA interfering with solicitor-client relationship, counsel's duty to class members or carriage of proceeding; whether LFA protecting relevant legal privileges, confidentiality of parties' information; whether LFA protecting legitimate interests of defendants — Negative response to any of these questions could be fatal to LFA — It was in best interests of justice here to approve LFA — Among other things, LFA was necessary to facilitate access to justice by Class Members; was fair, reasonable to current, prospective Class Members; would make meaningful contribution to deterring wrongdoing; would protect interests of defendants — As well, plaintiffs' request to protect confidentiality of various terms in LFA granted but not request to maintain confidentiality of fee caps — Motion granted.*

*Competition — Plaintiffs seeking approval of litigation funding agreement (LFA), in particular, relating to class action proceeding in which plaintiffs claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members) — Plaintiffs in class action proceeding alleging breaches of criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in Competition Act, ss. 45,46; alleging that defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices; that Allegedly Anti-competitive Agreements permitting defendants to shelter their online business from price competition; asserted that three classes of consumers suffered damages as result of Allegedly Anti-competitive Agreements — LFA providing that Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium) will fund disbursements, any adverse cost awards, security for costs, if required in class action — It was in best interests of justice here to approve LFA — Among other things, LFA was necessary to facilitate access to justice by Class Members; was fair, reasonable to current, prospective Class Members; would make meaningful contribution to deterring wrongdoing; would protect interests of defendants — To extent plaintiffs successful, either by obtaining favourable judgment or award, or by*

*version caviardée de l'AFL — La Cour avait compétence pour examiner la requête, même si l'on pourrait dire qu'un AFL porte sur des questions en matière de droit des contrats, lequel relève habituellement de la compétence des tribunaux provinciaux — Le critère d'approbation d'un AFL peut être assimilé au critère suivant : la question de savoir s'il est dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Pour déterminer si ce critère est respecté, il convient de tenir compte des facteurs suivants : il s'agit de savoir si les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l'examen de l'AFL par la Cour ont été satisfaites; si le financement par des tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l'AFL est une champartie; si l'AFL est juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe; si le financement par des tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l'AFL nuit à la relation avocat-client, à l'obligation de l'avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l'instance; si l'AFL protège les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties; et si l'AFL protège les intérêts légitimes des défenderesses — Une réponse négative à l'une ou l'autre de ces questions pourrait être fatale pour un AFL — Il était dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Entre autres choses, l'AFL était nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses — En outre, il a été fait droit à la demande des demandeurs de préserver la confidentialité de diverses modalités de l'AFL, mais pas à la demande visant à préserver la confidentialité des plafonds appliqués aux frais — Requête accueillie.*

*Concurrence — Les demandeurs ont demandé l'approbation d'un accord de financement de litige (AFL), plus particulièrement en ce qui concerne un recours collectif dans lequel ils ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif) — Les demandeurs dans le recours collectif ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux art. 45 et 46 de la Loi sur la concurrence; ils ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail; que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l'abri de la concurrence des prix; ils ont affirmé que trois groupes de consommateurs ont subi des préjudices en raison des accords prétendument anticoncurrentiels — L'AFL prévoit que Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium) financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin — Il était dans l'intérêt de la justice d'approuver l'AFL — Entre autres choses, l'AFL était nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du*

*reaching settlement that reflects sound claim, other firms will likely be deterred from engaging in conduct similar to Allegedly Anti-competitive Agreements.*

This was a motion by the plaintiffs seeking approval of the litigation funding agreement (LFA) as well as an order to protect the confidentiality of certain terms in that document. The defendants did not make any representations in respect of the motion. The plaintiffs in this class action proceeding were claiming \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members). In support of their claim, they alleged breaches of the criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in sections 45 and 46 of the *Competition Act*. They asserted that this was the largest known class action ever filed in Canada for breaches of that legislation. To fund their action, the plaintiffs entered into the LFA that provides for an amount of funding they suggested was unprecedented in Canadian litigation. Among other things, the plaintiffs considered such funding necessary to enable them to retain an expert who could understand the issues in this proceeding and who would be capable of dealing with the “vast quantities of data that are anticipated to be produced and analyzed in this case.” Pursuant to the LFA, the return to which the funder, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), would be entitled is quite large—the greater of five times the committed funds and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000 (the Funding Fee). This would be in addition to a reimbursement of the committed funds.

The plaintiffs alleged that the defendants entered into two separate anti-competitive agreements (Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices. Those “agreements” consisted of two provisions in the defendants’ agreements with third parties who sell on its online platform (Third Party Sellers). The first such provision required Third Party Sellers to refrain from selling products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price they charge on the defendants’ platform. The second allegedly anti-competitive provision was a so-called “fair pricing” clause, which imposes costly penalties on Third Party Sellers if they sell products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price charged on the defendants’ platform. Among other things, the plaintiffs alleged

*recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses — Dans la mesure où les demandeurs ont gain de cause, soit en obtenant un jugement ou une adjudication favorable, soit en parvenant à un règlement qui reflète une réclamation valable, d’autres entreprises seront probablement dissuadées de se livrer à une conduite semblable aux accords prétendument anticoncurrentiels.*

Il s’agissait d’une requête dans laquelle les demandeurs ont demandé l’approbation de l’accord de financement de litige (AFL) ainsi qu’une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document. Les défenderesses n’ont fait aucune observation au sujet de la requête. Les demandeurs dans le présent recours collectif ont réclamé des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif). À l’appui de leur réclamation, ils ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux articles 45 et 46 de la *Loi sur la concurrence*. Ils ont affirmé qu’il s’agissait du plus important recours collectif jamais intenté au Canada pour des infractions à cette loi. Pour financer leur action, les demandeurs ont conclu un AFL qui prévoit un montant de financement qui, selon eux, était sans précédent dans les litiges au Canada. Entre autres choses, les demandeurs ont considéré qu’un tel financement était nécessaire pour leur permettre de retenir les services d’un expert qui pourrait comprendre les questions en litige dans la présente instance et qui serait en mesure de traiter les [TRA-DUCTION] « grandes quantités de données qui devraient être produites et analysées dans la présente affaire ». Conformément à l’AFL, le montant auquel le bailleur de fonds, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), aurait droit est assez important, soit cinq fois les fonds engagés ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le montant le plus élevé, sous réserve d’un plafond de 100 000 000 \$US (les frais de financement). Ce montant s’ajouterait au remboursement des fonds engagés.

Les demandeurs ont allégué que les défenderesses ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail. Ces « accords » comprenaient deux stipulations des accords des défenderesses avec des tiers qui vendent sur sa plateforme en ligne (les vendeurs tiers). La première stipulation exigeait que les vendeurs tiers s’abstiennent de vendre des produits aux consommateurs sur tout autre site de commerce électronique à un prix inférieur à celui qu’ils exigent sur la plateforme des défenderesses. La deuxième stipulation prétendument anticoncurrentielle était une clause dite de « juste prix », qui impose des pénalités coûteuses aux vendeurs tiers qui vendent des produits aux consommateurs sur tout autre site Web de commerce électronique à un prix inférieur au prix demandé

that the Allegedly Anti-competitive Agreements permit the defendants to shelter their online business from price competition. More specifically, they asserted that by limiting price competition in relation to products sold by Third Party Sellers on other e-commerce websites, the defendants can ensure that the prices of products sold by Third Party Sellers on its platform and on competing e-commerce websites never drop below a particular level. This proceeding was one of three of which the Court was aware that had been initiated in Canada against the defendants in relation to the Alleged Anti-competitive Agreements. The other two were filed before the Ontario Superior Court of Justice (OSCJ) and the Quebec Superior Court respectively. The plaintiffs asserted that three classes of consumers suffered damages as a result of the Allegedly Anti-competitive Agreements. The representative plaintiff Stephanie Difederico sought to represent a class of consumers characterized as the “Amazon E-Commerce Class”.

As for the LFA, it was executed in late December 2020 by Therium, the representative plaintiffs in this proceeding, their legal counsel, and their respective legal representatives. In broad terms, the LFA provides that Therium will fund disbursements, any adverse cost awards and security for costs, if required. In exchange for its funding commitment and in the event of a recovery of any proceeds, Therium will, in particular, be reimbursed for all payments advanced for disbursements, adverse costs and security for costs and paid the Funding Fee, subject to a cap of US\$100 000 000, which equates to 1 percent of the total damages claimed in this proceeding.

The issues were whether to approve the LFA and whether to maintain the confidentiality of all of the terms and figures that were redacted from the redacted version of the LFA.

*Held*, the motion should be granted.

The Court had the jurisdiction to consider the motion notwithstanding that an LFA might be said to concern matters of contract law, which ordinarily fall within the jurisdiction of the provincial courts. In *Jensen v. Samsung*, the Court did not articulate an overarching test applicable to the assessment of LFAs. However, it observed that approving an LFA in the context of a class action proceeding “is not merely a matter of ensuring that the Agreement is not contrary to public policy as champertous, but also a matter of ensuring the protection of the interests of class members against unreasonable agreements, as well as

sur la plateforme des défenderesses. Entre autres choses, les demandeurs ont allégué que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent aux défenderesses de mettre leurs activités en ligne à l’abri de la concurrence des prix. Plus précisément, ils ont affirmé qu’en limitant la concurrence en matière de prix par rapport aux produits vendus par des vendeurs tiers sur d’autres sites de commerce électronique, les défenderesses peuvent s’assurer que les prix des produits vendus par des vendeurs tiers sur leur plateforme et sur les sites Web de commerce électronique des concurrents ne tombent jamais en deçà d’un certain niveau. La présente instance était l’une des trois causes dont la Cour avait connaissance et qui ont été intentées au Canada contre les défenderesses relativement aux accords prétendument anticoncurrentiels. Les deux autres ont été déposées devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario (la CSJO) et la Cour supérieure du Québec respectivement. Les demandeurs ont affirmé que trois groupes de consommateurs ont subi des préjudices en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. La représentante demanderesse Stephanie Difederico a cherché à représenter un groupe de consommateurs appelé le [TRADUCTION] « groupe Commerce électronique d’Amazon ».

L’AFL a été signé à la fin de décembre 2020 par Therium, les représentants demandeurs dans la présente instance, leurs avocats, et leurs représentants juridiques respectifs. En termes généraux, l’AFL prévoit que Therium financera les débours, toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, au besoin. En échange de son engagement de financement et en cas de recouvrement de tout produit, Therium recevra plus particulièrement le remboursement de tous les paiements anticipés pour les débours, les dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, et le paiement des frais de financement, sous réserve d’un plafond de 100 000 000 \$US, ce qui équivaut à environ 1 pour cent du total des dommages-intérêts réclamés dans le cadre de la présente instance.

Il s’agissait de savoir si l’AFL devait être approuvé, et s’il fallait préserver la confidentialité de toutes les modalités et de tous les chiffres qui ont été caviardés de la version caviardée de l’AFL.

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

La Cour avait compétence pour examiner la requête, même si l’on pourrait dire qu’un AFL porte sur des questions en matière de droit des contrats, lequel relève habituellement de la compétence des tribunaux provinciaux. Dans la décision *Jensen c. Samsung*, la Cour n’a pas formulé de critère global applicable à l’appréciation des AFL. Toutefois, elle a fait observer qu’un AFL dans le contexte d’un recours collectif nécessite une approbation [TRADUCTION] « non seulement pour s’assurer qu’il n’y a pas champartie et donc qu’il n’est pas contraire à l’intérêt public, mais également pour protéger les membres du groupe

protecting courts against potential abuses specific to [a] class proceeding.” The Ontario Superior Court of Justice articulated a general test, stating that an LFA “should not be champertous or illegal and it must be a fair and reasonable agreement that facilitates access to justice while protecting the interests of the defendants”. This test can be subsumed into a simpler and more straightforward test of whether it is in the interests of justice to approve the LFA. In considering whether that test is met, it is appropriate to consider the following factors: whether the basic procedural and evidentiary requirements for the Court’s consideration of the LFA have been satisfied; whether third party funding is necessary to facilitate meaningful access to justice; whether the LFA is champertous; whether the LFA is fair and reasonable to current and prospective class members as a group; whether the LFA interferes with the solicitor-client relationship, counsel’s duty to the class members, or the carriage of the proceeding; whether the LFA protects relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information; and whether the LFA protects the legitimate interests of the defendants. A negative response to any of these questions could be fatal to an LFA.

The basic procedural and evidentiary requirements that should be met before the Court’s consideration of an LFA consist of: (i) the plaintiffs obtaining independent legal advice prior to entering into the LFA; (ii) prompt disclosure of the LFA and any relevant legal retainer agreement to the Court; (iii) a prompt request for approval of the LFA; (iv) the provision of reasonable notice to the other parties of the motion requesting approval of the LFA; (v) the provision of a copy of the LFA to the other parties, subject to appropriate redactions; and (vi) the provision to the Court of evidence of the relevant background circumstances pertaining to the LFA. Each of these requirements in this case were met and this was also the position of the *amici*. Moreover, the defendants were provided with an opportunity to make submissions regarding the LFA and declined to do so. Accordingly, this factor weighed in favour of approving the LFA.

The plaintiffs’ arguments that, in particular, the defendants have significant resources that could not be matched by individual representative plaintiffs and that without access to any public funding, the proposed representative plaintiffs must rely on private litigation funders were accepted. Having regard to the submissions made, third party funding was necessary to facilitate meaningful access to the Court by the plaintiffs so that they could seek redress for the anti-competitive harm they claimed to have suffered due to the Alleged Anti-competitive Agreements. This weighed in favour of approving the LFA.

contre les accords déraisonnables, ainsi que les tribunaux contre les abus propres aux recours collectifs ». La Cour supérieure de justice de l’Ontario a établi un critère général selon lequel un AFL [TRADUCTION] « ne doit pas être une champartie ou un accord illégal et doit être un accord juste et raisonnable qui facilite l’accès à la justice tout en protégeant les intérêts des défendeurs ». Ce critère peut être assimilé à un critère plus simple et plus direct, soit la question de savoir s’il est dans l’intérêt de la justice d’approuver l’AFL. Pour déterminer si ce critère est respecté, il convient de tenir compte des facteurs suivants : il s’agit de savoir si les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l’examen de l’AFL par la Cour ont été satisfaites; si le financement par des tiers est nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice; si l’AFL est une champartie; si l’AFL est juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe; si l’AFL nuit à la relation avocat-client, à l’obligation de l’avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l’instance; si l’AFL protège les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties; et si l’AFL protège les intérêts légitimes des défenderesses. Une réponse négative à l’une ou l’autre de ces questions pourrait être fatale pour un AFL.

Les exigences de base en matière de procédure et de preuve qui doivent être respectées avant que la Cour n’examine un AFL sont les suivantes : (i) l’obtention par les demandeurs de conseils juridiques indépendants avant de conclure l’AFL; (ii) la divulgation rapide de l’AFL et de toute entente de mandat juridique pertinente à la Cour; (iii) une demande rapide d’approbation de l’AFL; (iv) la présentation d’un avis raisonnable aux autres parties visées par la requête demandant l’approbation de l’AFL; (v) la remise d’une copie de l’AFL aux autres parties, sous réserve de caviardages appropriés; (vi) la présentation à la Cour d’éléments de preuve sur les circonstances générales se rapportant à l’AFL. Chacune de ces exigences a été respectée dans la présente affaire, et c’était aussi la position des amis de la cour. De plus, les défenderesses ont eu l’occasion de présenter des observations au sujet de l’AFL et ont refusé de le faire. Par conséquent, ce facteur a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

Les arguments des demandeurs voulant plus particulièrement que les défenderesses disposent de ressources considérables qui ne pouvaient vraisemblablement pas être égalées par des représentants demandeurs individuels, et que, sans accès à un financement public, les représentants demandeurs proposés doivent compter sur des bailleurs de fonds privés, ont été retenus. Compte tenu des observations présentées, le financement par un tiers était nécessaire pour faciliter l’accès véritable des demandeurs à la Cour afin qu’ils puissent demander réparation pour le préjudice anticoncurrentiel qu’ils ont prétendu avoir subi en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. Cela a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

Champerty is a form of maintenance. More specifically, it is an egregious form of maintenance in which there is the added element that the maintainer shares in the profits of the litigation. The assessment of whether an LFA contemplates an unreasonable, unfair or disproportionate recovery for the funder is at the heart of the next factor. Accordingly, this step in the analysis was confined to two considerations. The first was whether there was any evidence of any actual improper motive, as opposed to one that may be deemed to be improper based on the quantum of the return contemplated by the LFA. There was no such evidence in this case. The second consideration was whether fees set forth in the LFA exceeded the outer limit of what might *possibly* be considered reasonable, fair or proportionate. Once again, there was no evidence to suggest that may be so and there was no reason to be concerned in this regard. Therefore, this factor weighed in favour of approving the LFA.

The determination of what is fair and reasonable is highly contextual. The plaintiffs' submissions regarding the reasonableness of the LFA to Class Members, having regard to the risks they identified, the uncapped 10 percent return generally received by the *Class Proceedings Act* in Ontario proceedings, and the LFAs that were approved in other cases were accepted. Therefore, the considerations and precedents identified by the plaintiffs weighed in favour of a finding that the LFA, including the Funding Fee, was fair and reasonable to current and prospective Class Members. The reasons identified by the plaintiffs were echoed by the *amici*. This finding was based on the high risk Therium was incurring; the high level of uncertainty that Therium would be facing regarding the timing and extent of any recovery; the returns to litigation funders (or litigation funders and class counsel combined) that were approved by the courts in Canada, and; the uncapped 10 percent levy to which Ontario's Class Proceedings Funds was entitled in proceedings that it funds in Ontario. Thus, this factor weighed in favour of approving the LFA.

The LFA will greatly assist the plaintiffs to advance their claim against the defendants. To the extent that they are successful, either by obtaining a favourable judgment or award, or by reaching a settlement that reflects a sound claim, other firms will likely be deterred from engaging in conduct similar to the Allegedly Anti-competitive Agreements. In that scenario, the LFA would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing. Accordingly, this factor weighed in favour of approving the LFA.

La champartie est une forme de soutien abusif. Plus exactement, elle est une forme flagrante de soutien abusif à laquelle s'ajoute l'élément de la réception d'une partie des profits du litige par le défenseur abusif. L'examen de la question de savoir si un AFL envisage un recouvrement déraisonnable, injuste ou disproportionné pour le bailleur de fonds est au cœur du prochain facteur. Par conséquent, cette étape de l'analyse a été limitée à deux considérations. La première a consisté à déterminer s'il y avait une preuve d'un motif inapproprié réel, par opposition à un motif qui peut être jugé inapproprié en fonction du montant du rendement envisagé par l'AFL. Une telle preuve n'a pas été offerte dans la présente affaire. La deuxième considération a consisté à savoir si les frais établis dans l'AFL ont dépassé la limite supérieure de ce qui *pourrait* être considéré comme raisonnable, juste ou proportionnel. Encore une fois, il n'y avait aucune preuve que c'était le cas, et il n'y avait aucune raison de s'inquiéter à cet égard. Ce facteur a donc milité en faveur de l'approbation de l'AFL.

La détermination de ce qui est juste et raisonnable est très contextuelle. Les observations des demandeurs au sujet du caractère raisonnable de l'AFL pour les membres du recours collectif, compte tenu des risques qu'ils ont cernés, du rendement non plafonné de 10 pour 100 généralement reçu au titre de la *Loi sur les recours collectifs* dans les instances en Ontario, et des AFL qui ont été approuvés dans d'autres décisions, ont été retenues. Par conséquent, les considérations et les précédents soulevés par les demandeurs ont milité en faveur d'une conclusion selon laquelle l'AFL, y compris les frais de financement, était juste et raisonnable pour les membres actuels et futurs du recours collectif. Les motifs soulevés par les demandeurs ont été repris par les amis de la cour. Cette conclusion était fondée sur le risque élevé pour Therium, le niveau élevé d'incertitude pour Therium en ce qui concerne le moment et l'étendue de tout recouvrement, les rendements pour les bailleurs de fonds de litiges (ou les bailleurs de fonds et les avocats du recours collectif combinés) qui ont été approuvés par les tribunaux au Canada, et le prélèvement non plafonné de 10 pour 100 auquel avait droit le Fonds d'aide aux recours collectif dans les instances qu'il finance en Ontario. Par conséquent, ce facteur a milité en faveur de l'approbation de l'AFL.

L'AFL aidera grandement les demandeurs à faire avancer leur réclamation contre les défenderesses. Dans la mesure où ils ont gain de cause, soit en obtenant un jugement ou une adjudication favorable, soit en parvenant à un règlement qui reflète une réclamation valable, d'autres entreprises seront probablement dissuadées de se livrer à une conduite semblable aux accords prétendument anticoncurrentiels. Dans ce scénario, l'AFL contribuerait de façon significative à prévenir les actes répréhensibles. Par conséquent, ce facteur a milité en faveur de l'approbation de l'AFL.



An LFA must “not interfere with the lawyer-client relationship, the lawyer’s duties of loyalty and confidentiality or the lawyer’s professional judgment and carriage of the litigation on behalf of the representative plaintiff or class members.” The plaintiffs’ submission that the LFA in this proceeding would ensure that there would be no such interference was accepted. Moreover, Therium could only suspend or terminate the LFA with the Court’s prior approval. Therefore, the factor of whether the LFA would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing weighed in favour of approving the LFA.

An LFA must ensure that the third party funder will be bound by the deemed undertaking rule and will be bound not to disclose confidential or privileged information. These considerations were sufficiently addressed in the LFA. The LFA thus protected relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information, and this factor weighed in favour of approving the LFA.

The LFA also protected legitimate interests of the defendants and weighed in favour of approving it. Given that the defendants chose not to make any submissions to the Court in connection with this motion, the LFA appeared to protect any legitimate interest that the defendants might have in relation to the funding of this action. This was particularly so in light of the fact that Therium agreed to be bound by the deemed undertaking of confidentiality.

It was possible to approve the LFA at this stage without knowing whether the Superior Court of Quebec would ultimately do the same for the portion of the LFA that pertained to the funding of the Quebec Proceeding. The uncertainty relating to when and how the LFA may be treated by the Quebec Superior Court was not a reason for refraining from approving the LFA at this time. Moreover, it was readily apparent that, by coordinating the two actions in parallel and retaining only one team of economic experts, the costs required to advance them could be reduced, with consequent benefits to the class members in both proceedings.

In conclusion, it was in the best interests of justice to approve the LFA. Among other things, the LFA was necessary to facilitate access to justice by the Class Members, it was fair and reasonable to current and prospective Class Members, it would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing, and it would protect the interests of the defendants. As well, the plaintiffs’ request to protect the confidentiality of various terms in the LFA was granted.

Un AFL ne doit pas [TRADUCTION] « nuire à la relation avocat-client, aux obligations de loyauté et de confidentialité de l’avocat ou au jugement professionnel de l’avocat et à la conduite du litige au nom du représentant demandeur ou des membres du recours collectif. La prétention des demandeurs selon laquelle l’AFL dans la présente instance garantit qu’il n’y aura pas d’ingérence de ce genre a été retenue. De plus, Therium ne pouvait suspendre ou résilier l’AFL qu’avec l’approbation préalable de la Cour. Par conséquent, le facteur qui consiste à savoir si l’AFL contribuerait de façon significative à prévenir les actes répréhensibles a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

Un AFL doit garantir que le tiers bailleur de fonds sera lié par la règle de l’engagement réputé et sera tenu de ne pas divulguer de renseignements confidentiels ou privilégiés. L’AFL a suffisamment tenu compte de ces considérations. L’AFL protégeait donc les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties, et ce facteur a milité en faveur de l’approbation de l’AFL.

En outre, l’AFL protégeait les intérêts légitimes des défenderesses, ce qui a milité en faveur de son approbation. Compte tenu du fait que les défenderesses ont choisi de ne pas présenter d’observations à la Cour relativement à la présente requête, l’AFL semblait protéger tout intérêt légitime que les défenderesses pourraient avoir relativement au financement de la présente instance. Cela était particulièrement vrai à la lumière du fait que Therium a accepté d’être lié par un engagement de confidentialité réputé.

Il était possible de procéder à l’approbation de l’AFL à cette étape, sans savoir si la Cour supérieure du Québec en ferait de même pour la partie de l’AFL qui concernait le financement de l’instance au Québec. L’incertitude quant au moment et à la façon dont l’AFL pourrait être traitée par la Cour supérieure du Québec n’était pas une raison pour s’abstenir d’approuver l’AFL à ce moment-ci. En outre, il était évident qu’en coordonnant les deux instances en parallèle et en ne retenant qu’une seule équipe d’experts économiques, les coûts nécessaires pour les faire avancer pouvaient être réduits, ce qui entraînerait des avantages pour les membres du recours collectif dans les deux instances.

En conclusion, il était dans l’intérêt de la justice d’approuver l’AFL. Entre autres choses, l’AFL était nécessaire pour faciliter l’accès à la justice pour les membres du recours collectif, il était juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuerait de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégerait les intérêts des défenderesses. En outre, il a été fait droit à la demande des demandeurs de préserver la confidentialité de diverses modalités de l’AFL.

With respect to the confidentiality issue, the plaintiffs supported their request by stating that Therium does not want its competitors to see how it prices cases and how it protects against downside risk. In addition, they maintained that disclosure of the sensitive information in the LFA, including the caps established therein, would not serve an access to justice purpose. The plaintiffs' request to maintain the confidentiality of the redacted terms relating to (i) the maximum amount of funding that Therium would provide under the LFA, including the maximum amount to be provided in tranches, (ii) certain circumstances under which it could apply to suspend or terminate the LFA, and (iii) the Project Plan included in an LFA Appendix was granted. However, the plaintiffs' request to maintain the confidentiality of fee caps was not granted.

Finally, a comment was made about the motion's troublesome aspect of presenting the Court with a "take it or leave it" proposition. It was not prudent to expect that the Court would approve a proposed LFA without requiring certain modifications. This was especially so when the LFA contemplates the possibility of class members receiving nothing, or a relatively small share of claim proceeds, in scenarios that could reasonably be expected to raise legitimate questions among class members and the public at large. To the extent that such scenarios could have the potential to undermine public confidence in the Court and in the administration of justice, they may well need to be revisited and addressed.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Act respecting the Fonds d'aide aux actions collectives*, CQLR, c. F-3.2.0.1.1, s. 37.1.  
*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, ss. 31, 33.1(9).  
*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 36, 45, 46.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 53(2), 334.21(1), 334.39, 334.4.  
*Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 59.3.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); *Jensen v. Samsung*, T-809-18, Gascon J., order dated February 7, 2019 (F.C.); *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL Group*, 2019

En ce qui concerne la question de la confidentialité, les demandeurs ont affirmé à l'appui de leur demande que Therium ne voulait pas que ses concurrents voient comment elle établit le prix des causes et comment elle se protège contre le risque de perte. De plus, ils ont maintenu que la divulgation de renseignements de nature délicate dans l'AFL, y compris les plafonds qui y sont établis, ne servirait pas un objectif d'accès à la justice. La demande des demandeurs de préserver la confidentialité des modalités caviardées concernant (i) le montant maximal de financement que Therium fournirait aux termes de l'AFL, y compris le montant maximal à fournir en tranches, (ii) certaines circonstances dans lesquelles elle pourrait demander la suspension ou la résiliation de l'AFL, et (iii) le plan de projet inclus dans une annexe de l'AFL, a été accueillie. Toutefois, la demande des demandeurs visant à préserver la confidentialité des plafonds appliqués aux frais a été rejetée.

Enfin, des remarques ont été formulées au sujet d'un aspect problématique de la requête, à savoir que la Cour s'est vu présenter une proposition « à prendre ou à laisser ». Il n'était pas prudent de s'attendre à ce que la Cour approuve un AFL proposé sans exiger certaines modifications. C'était d'autant plus vrai lorsque l'AFL envisage la possibilité que les membres du recours collectif ne reçoivent rien, ou une part relativement faible du produit de la réclamation, dans des scénarios qui pourraient raisonnablement soulever des questions légitimes parmi les membres du recours collectif et le grand public. Dans la mesure où de tels scénarios pourraient avoir le potentiel de miner la confiance du public envers la Cour et l'administration de la justice, ils pourraient bien devoir être réexaminés et faire l'objet de mesures.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 31, 33.1(9).  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 36, 45, 46.  
*Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8, art. 59.3.  
*Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ, ch. F-3.2.0.1.1, art. 37.1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 53(2), 334.21(1), 334.39, 334.4.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); *Jensen c. Samsung*, T-809-18, le juge Gascon, ordonnance en date du 7 février 2019 (C.F.); *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL*



ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII); *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII); *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Dugal v. Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364.

## REFERRED TO:

*Frame v. Riddle*, 2018 FCA 204, 430 D.L.R. (4th) 138; *Ottawa v. McLean*, 2019 FCA 309; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228; *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 FCA 204; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Seedling Life Science Ventures LLC v. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 826; *Apotex Inc. v. Allergan, Inc.*, 2016 FCA 155, 399 D.L.R. (4th) 549; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII); *Price Comparison Website: use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority Cases (Case 50505, 19 November 2020) (U.K.); *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII); *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 45, [2013] 4 F.C.R. 234; *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150.

MOTION by the plaintiffs seeking approval of the litigation funding agreement as well as an order to protect the confidentiality of certain terms in that document. Motion granted.

## APPEARANCES

*James Orr* and *Annie Tayyab* for plaintiff.  
*Jay Strosberg* and *David R. Wingfield* for plaintiff.

*Tom Curry* and *Jonathan Chen* as *amicus curiae*.

## SOLICITORS OF RECORD

*Orr Taylor LLP*, Toronto, for plaintiff.  
*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Toronto, for plaintiff.

*Group*, 2019 ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII); *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII); *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dugal v. Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Frame c. Riddle*, 2018 CAF 204; *Ottawa c. McLean*, 2019 CAF 309; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228; *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 CAF 204; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Seedling Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.*, 2017 CF 826; *Apotex Inc. c. Allergan, Inc.*, 2016 CAF 155; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII); *Price Comparison Website : use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority Cases (dossier n° 50505, 19 novembre 2020) (R.-U.); *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII); *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 45, [2013] 4 R.C.F. 234; *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150.

REQUÊTE dans laquelle les demandeurs ont demandé l'approbation de l'accord de financement de litige ainsi qu'une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document. Requête accueillie.

## ONT COMPARU :

*James Orr* et *Annie Tayyab* pour la demanderesse.  
*Jay Strosberg* et *David R. Wingfield* pour le demandeur.

*Tom Curry* et *Jonathan Chen* en tant qu'amis de la cour.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Orr Taylor LLP*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Strosberg Sasso Sutts LLP*, Toronto, pour le demandeur.

*Tom Curry and Jonathan Chen as amicus curiae.*

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

CRAMPTON C.J.:

### I. Introduction

[1] The plaintiffs in this class action proceeding claim \$12 billion in damages on behalf of three classes of consumers (Class Members). In support of their claim, they have alleged breaches of the criminal prohibitions on price-fixing agreements set forth in sections 45 and 46 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. They assert that this is the largest known class action ever filed in Canada for breaches of that legislation.

[2] To fund their action, the plaintiffs entered into a litigation funding agreement (LFA) that provides for an amount of funding they suggest is unprecedented in Canadian litigation. Among other things, the plaintiffs consider such funding necessary to enable them to retain an expert who can understand the issues in this proceeding and who will be capable of dealing with the “vast quantities of data that are anticipated to be produced and analyzed in this case.”

[3] In this motion, the plaintiffs seek the Court’s approval of the LFA as well as an order to protect the confidentiality of certain terms in that document. The defendants have not made any representations in respect of the motion.

[4] Pursuant to the LFA, the return to which the funder, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), would be entitled is quite large—the greater of five times the committed funds (the Multiplier) and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000 (the Funding Fee). This would be in addition to a reimbursement of the committed funds.

*Tom Curry et Jonathan Chen en tant qu’amis de la cour.*

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

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

### I. Introduction

[1] Les demandeurs dans le présent recours collectif réclament des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars au nom de trois groupes de consommateurs (les membres du recours collectif). À l’appui de leur réclamation, ils ont allégué des infractions aux interdictions en matière criminelle relatives aux accords de fixation des prix qui sont énoncées aux articles 45 et 46 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Ils affirment qu’il s’agit du plus important recours collectif jamais intenté au Canada pour des infractions à cette loi.

[2] Pour financer leur action, les demandeurs ont conclu un accord de financement de litige (AFL) qui prévoit un montant de financement qui, selon eux, est sans précédent dans les litiges au Canada. Entre autres choses, les demandeurs considèrent qu’un tel financement est nécessaire pour leur permettre de retenir les services d’un expert qui peut comprendre les questions en litige dans la présente instance et qui sera en mesure de traiter les [TRADUCTION] « grandes quantités de données qui devraient être produites et analysées dans la présente affaire ».

[3] Dans la présente requête, les demandeurs demandent l’approbation par la Cour de l’AFL ainsi qu’une ordonnance visant à protéger la confidentialité de certaines modalités de ce document. Les défenderesses n’ont fait aucune observation au sujet de la requête.

[4] Conformément à l’AFL, le montant auquel le bailleur de fonds, Therium Litigation Finance Atlas AP IC (Therium), aurait droit est assez important, soit cinq fois les fonds engagés (le multiplicateur) ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le montant le plus élevé, sous réserve d’un plafond de 100 000 000 \$US (les frais de financement). Ce montant s’ajouterait au remboursement des fonds engagés.

[5] For the reasons that follow, I have concluded that it would be in the best interests of justice to approve the LFA. Among other things, the LFA is necessary to facilitate access to justice by the Class Members, it is fair and reasonable to current and prospective Class Members, it will make a meaningful contribution to deterring wrongdoing, and it will protect the interests of the defendants.

[6] In addition, I will grant the plaintiffs' request to protect the confidentiality of various terms in the LFA, except for the terms identified in paragraph 4 above.

## II. Background

[7] In their fresh as amended statement of claim, the plaintiffs allege that the defendants (collectively Amazon) entered into two separate anti-competitive agreements (the Allegedly Anti-competitive Agreements) to fix retail e-commerce prices. Those "agreements" consist of two provisions in Amazon's agreements with third parties who sell on its online platform (Third Party Sellers).

[8] The first such provision requires Third Party Sellers to refrain from selling products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price they charge on Amazon's platform. This is referred to as an "MFN" provision, because it resembles a most-favoured-nation clause.

[9] The second allegedly anti-competitive provision is a so-called "fair pricing" clause, which imposes costly penalties on Third Party Sellers if they sell products to consumers on any other e-commerce website for a price that is lower than the price charged on Amazon's platform.

[10] Among other things, the plaintiffs allege that the Allegedly Anti-competitive Agreements permit Amazon to shelter its online business from price competition. More specifically, they assert that by limiting price competition in relation to products sold by Third Party Sellers on other e-commerce websites, Amazon can ensure that the prices of products sold by Third Party Sellers on its platform and

[5] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu qu'il serait dans l'intérêt supérieur de la justice d'approuver l'AFL. Entre autres choses, l'AFL est nécessaire pour faciliter l'accès à la justice pour les membres du recours collectif, il est juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs, il contribuera de façon importante à la dissuasion des actes répréhensibles, et il protégera les intérêts des défenderesses.

[6] De plus, je ferai droit à la demande des demandeurs afin de protéger la confidentialité de diverses modalités de l'AFL, sauf les modalités mentionnées au paragraphe 4 ci-dessus.

## II. Le contexte

[7] Dans leur déclaration modifiée, les demandeurs allèguent que les défenderesses (collectivement, Amazon) ont conclu deux accords anticoncurrentiels distincts (les accords prétendument anticoncurrentiels) pour fixer des prix de commerce électronique de détail. Ces « accords » comprennent deux stipulations des accords d'Amazon avec des tiers qui vendent sur sa plateforme en ligne (les vendeurs tiers).

[8] La première stipulation exige que les vendeurs tiers s'abstiennent de vendre des produits aux consommateurs sur tout autre site de commerce électronique à un prix inférieur à celui qu'ils exigent sur la plateforme d'Amazon. C'est ce qu'on appelle la stipulation « NPF », parce qu'elle ressemble à la clause de la nation la plus favorisée.

[9] La deuxième stipulation prétendument anticoncurrentielle est une clause dite de « juste prix », qui impose des pénalités coûteuses aux vendeurs tiers qui vendent des produits aux consommateurs sur tout autre site Web de commerce électronique à un prix inférieur au prix demandé sur la plateforme d'Amazon.

[10] Entre autres choses, les demandeurs allèguent que les accords prétendument anticoncurrentiels permettent à Amazon de mettre ses activités en ligne à l'abri de la concurrence des prix. Plus précisément, ils affirment qu'en limitant la concurrence en matière de prix par rapport aux produits vendus par des vendeurs tiers sur d'autres sites de commerce électronique, Amazon peut

on competing e-commerce websites never drop below a particular level. The plaintiffs maintain that this ensures that Amazon can set anti-competitive fees and creates a floor price under which the products in question cannot be offered for sale on any e-commerce website. The plaintiffs state that this has inflated the prices of products sold on Amazon's platform as well as on other e-commerce websites used by Third Party Sellers. They estimate this inflationary impact on prices paid by Canadian consumers to be "upwards of \$12 billion."

[11] This proceeding is one of three of which the Court is aware that have been initiated in Canada against Amazon in relation to the Alleged Anti-competitive Agreements. The other two were filed before the Ontario Superior Court of Justice (OSCJ) (*Sweet v. Amazon.com, Inc*, File No. CV-20-00640850-00CP (the Ontario Proceeding), and the Quebec Superior Court (*Wells v. Amazon.com, Inc*, File No. 500-06-001055-207 (the Quebec Proceeding)), respectively.

[12] Counsel to the plaintiffs have agreed with their counterparts in the Quebec Proceeding to pursue their respective actions as a national consortium (National Consortium).

[13] Earlier this year, the plaintiffs attempted to persuade the three courts to hear a joint motion to stay the Ontario Proceeding and the Quebec Proceeding in favour of this proceeding. Given that the plaintiffs in the Ontario Proceeding opposed that motion, it was unsuccessful. In brief, following a short teleconference among the judges seized of the three proceedings, namely Justice Edward Morgan in Ontario, Justice Sylvain Lussier in Quebec and the undersigned, the plaintiffs in the National Consortium were informed that a joint hearing should only be considered if all parties in all three proceedings consent to such a hearing. They were also informed that in the absence of such consent, any motion in any of the three actions should be brought in the relevant jurisdiction, to be considered in the usual course.

s'assurer que les prix des produits vendus par des vendeurs tiers sur sa plateforme et sur les sites Web de commerce électronique des concurrents ne tombent jamais en deçà d'un certain niveau. Les demandeurs maintiennent que ceci permet à Amazon de fixer des frais anticoncurrentiels et de créer un prix plancher en deçà duquel les produits en question ne peuvent pas être mis en vente sur tout site Web de commerce électronique. Les demandeurs affirment que cela a gonflé les prix des produits vendus sur la plateforme d'Amazon ainsi que sur d'autres sites de commerce électronique utilisés par des vendeurs tiers. Ils estiment que cette incidence inflationniste sur les prix payés par les consommateurs canadiens s'élève [TRADUCTION] « jusqu'à 12 milliards de dollars ».

[11] La présente instance est l'une des trois causes dont la Cour a connaissance et qui ont été intentées au Canada contre Amazon relativement aux accords prétendument anticoncurrentiels. Les deux autres ont été déposées devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (la CSJO) (*Sweet v. Amazon.com, Inc*, dossier n° CV-20-00640850-00CP (l'instance en Ontario)) et la Cour supérieure du Québec (*Wells c. Amazon.com, Inc*, dossier n° 500-06-001055-207 (l'instance au Québec)), respectivement.

[12] Les avocats des demandeurs ont convenu avec leurs homologues dans l'instance au Québec de poursuivre leurs actions respectives en tant que consortium national (le consortium national).

[13] Plus tôt cette année, les demandeurs ont tenté de persuader les trois tribunaux d'entendre une requête conjointe en suspension de l'instance en Ontario et de l'instance au Québec en faveur de la présente instance. Étant donné que les demandeurs dans l'instance en Ontario se sont opposés à cette requête, celle-ci a été rejetée. Bref, à la suite d'une courte téléconférence entre les juges saisis des trois instances, soit le juge Edward Morgan en Ontario, le juge Sylvain Lussier au Québec et le soussigné, les demandeurs du consortium national ont été informés qu'une audience conjointe ne devait être envisagée que si toutes les parties aux trois instances y consentaient. Ils ont également été informés qu'en l'absence d'un tel consentement, toute requête dans l'une ou l'autre des trois actions devait être présentée dans la juridiction concernée, pour qu'elle soit examinée dans le cours normal des affaires.

III. The Parties, Therium and the Amicus CuriaeA. *The Representative Plaintiffs and the Classes They Represent*

[14] The plaintiffs assert that three classes of consumers have suffered damages as a result of the Allegedly Anti-competitive Agreements. The representative plaintiff Stephanie Difederico seeks to represent a class of consumers characterized as the “Amazon E-Commerce Class”, which is defined as follows:

All persons or entities in Canada who, from 1 June 2010 to the present (the “Class Period”), purchased products on Amazon.ca or Amazon.com. Excluded from the Amazon E-Commerce Class are the defendants and their parent companies, subsidiaries, and affiliates.

[15] The representative plaintiff Jameson Edmond Casey seeks to represent two additional classes of consumers, namely, the “Other E-Commerce Class” and the “Umbrella Class”.

[16] The “Other E-Commerce Class” is defined as follows:

All persons or entities in Canada who, from 1 June 2010 to the present (the “Class Period”), purchased Amazon Products on any website other than Amazon.ca or Amazon.com. Excluded from the Other E-Commerce Class are the defendants and their parent companies, subsidiaries, and affiliates.

[17] The “Umbrella Class” is characterized in the following terms:

All persons or entities in Canada who, from 1 June 2010 to the present (the “Class Period”), purchased products from any website other than Amazon.ca or Amazon.com which products are not Amazon Products. Excluded from the Umbrella Class are the defendants and their parent companies, subsidiaries, and affiliates.

III. Les parties, Therium et l’ami de la courA. *Les représentants demandeurs et les groupes qu’ils représentent*

[14] Les demandeurs affirment que trois groupes de consommateurs ont subi des préjudices en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. La représentante demanderesse Stephanie Difederico cherche à représenter un groupe de consommateurs appelé le [TRADUCTION] « groupe Commerce électronique d’Amazon », qui est défini ainsi :

[TRADUCTION] Toutes les personnes ou entités au Canada qui, du 1<sup>er</sup> juin 2010 à aujourd’hui (la période visée par le recours collectif), ont acheté des produits sur Amazon.ca ou Amazon.com. Le groupe « Commerce électronique d’Amazon » exclut les défenderesses ainsi que leurs sociétés mères, leurs filiales et leurs sociétés affiliées.

[15] Le représentant demandeur Jameson Edmond Casey cherche à représenter deux autres groupes de consommateurs, à savoir le [TRADUCTION] « groupe Autre commerce électronique » et le [TRADUCTION] « groupe général ».

[16] Le [TRADUCTION] « groupe Autre commerce électronique » est défini ainsi :

[TRADUCTION] Toutes les personnes ou entités au Canada qui, du 1<sup>er</sup> juin 2010 à aujourd’hui (la période visée par le recours collectif), ont acheté des produits Amazon sur tout site Web autre qu’Amazon.ca ou Amazon.com. Le groupe « Autre commerce électronique d’Amazon » exclut les défenderesses ainsi que leurs sociétés mères, leurs filiales et leurs sociétés affiliées.

[17] Le [TRADUCTION] « groupe général » est défini ainsi :

[TRADUCTION] Toutes les personnes ou entités au Canada qui, du 1<sup>er</sup> juin 2010 à aujourd’hui (la période visée par le recours collectif), ont acheté des produits de tout site Web autre qu’Amazon.ca ou Amazon.com qui ne sont pas des produits Amazon. Le groupe général exclut les défenderesses ainsi que leurs sociétés mères, leurs filiales et leurs sociétés affiliées.

### B. *Amazon*

[18] The plaintiffs allege that Amazon is the world's largest online retailer, accounting for almost 50 percent of e-commerce retail purchases in Canada. Approximately 40–66 percent of the sales on its websites are of products in respect of which Amazon is the seller of record. The remaining sales are made by Third Party Sellers, who pay certain fees to Amazon to be able to market and sell their products on its platform. The plaintiffs assert that Amazon and Third Party Sellers are competitors because Amazon sells products as the seller of record that Third Party Sellers also sell, either on Amazon's platform, on their own e-commerce websites, or on other e-commerce websites, including other retail e-commerce platforms.

[19] The plaintiffs add that Amazon and Third Party Sellers are also potential competitors in respect of other products, in relation to which they do not currently compete. These products include products that are included within the same product categories (for example "Home and Kitchen"), in which Amazon and Third Parties already participate.

### C. *Therium*

[20] Therium is a well-known and well-financed litigation funding provider based in the United Kingdom.

### D. *Amicus Curiae*

[21] Given the nature of certain issues raised by the LFA, the Court appointed Mr. Tom Curry as *amicus curiae*. Mr. Curry is a partner in Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto. Among other things, the order appointing him *amicus curiae* states as follows:

The Amicus shall provide written and oral submissions that are in his opinion objective, appropriate, and helpful to the Court in determining whether the Litigation Funding Agreement: is fair and reasonable to the class; does not overcompensate the funder; and protects the interests of the Defendants. Such submissions shall include,

### B. *Amazon*

[18] Les demandeurs allèguent qu'Amazon est le plus grand détaillant en ligne au monde, représentant près de 50 pour 100 des achats de détail en ligne au Canada. Environ 40 à 66 pour 100 des ventes sur ses sites Web sont des produits pour lesquels Amazon est le vendeur inscrit. Le reste des ventes sont réalisées par des vendeurs tiers, qui paient certains frais à Amazon pour pouvoir commercialiser et vendre leurs produits sur sa plateforme. Les demandeurs affirment qu'Amazon et les vendeurs tiers sont des concurrents, parce qu'Amazon vend, en tant que vendeur inscrit, des produits que des vendeurs tiers vendent également, soit sur la plateforme d'Amazon, soit sur leurs propres sites de commerce électronique, soit sur d'autres sites de commerce électronique, y compris d'autres plateformes de commerce électronique de détail.

[19] Les demandeurs ajoutent qu'Amazon et les vendeurs tiers sont également des concurrents potentiels pour d'autres produits, par rapport auxquels ils ne sont pas actuellement en concurrence. Ces produits comprennent des produits qui sont inclus dans les mêmes catégories de produits (par exemple, « Maison et cuisine »), auxquelles Amazon et des tiers participent déjà.

### C. *Therium*

[20] Therium est un fournisseur de financement de litiges, une société bien connue et bien financée qui est établie au Royaume-Uni.

### D. *L'ami de la cour*

[21] Compte tenu de la nature de certaines questions soulevées par l'AFL, la Cour a nommé M<sup>e</sup> Tom Curry à titre d'ami de la cour. M<sup>e</sup> Curry est associé au sein du cabinet Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, à Toronto. Entre autres, l'ordonnance le nommant comme ami de la cour prévoit ceci :

[TRADUCTION] L'ami de la cour doit fournir des observations écrites et orales qui, à son avis, sont objectives, appropriées et utiles à la Cour pour déterminer si l'entente de financement du litige est juste et raisonnable pour le groupe; ne constitue pas une compensation excessive pour le bailleur de fonds; et protège les intérêts



but shall not be limited to, representations as to whether the funding amounts and funding fees proposed in the Litigation Funding Agreement are fair and reasonable.

[22] Mr. Curry was joined at the hearing of this motion by his partner, Jonathan Chen (together, the *amici*).

#### IV. The LFA

[23] The LFA was executed in late December 2020 by Therium, the representative plaintiffs in this proceeding, their legal counsel, Audrey Wells (the representative plaintiff in the Quebec Proceeding), and her legal counsel. Before entering into the LFA, the representative plaintiffs sought and received independent legal advice from Mr. Jonathan Foreman, who specializes in class actions and mass tort litigation.

[24] In broad terms, the LFA provides that Therium will fund the following:

- i. Disbursements in tranches up to a maximum of USD\$ [\*\*\*];
- ii. Any adverse cost awards in tranches up to USD\$ [\*\*\*]; and
- iii. Security for costs, if required.

[25] In exchange for its funding commitment and in the event of a recovery of any proceeds, Therium will be (i) reimbursed for all payments advanced for disbursements, adverse costs and security for costs, (ii) paid the Funding Fee, subject to a cap of US\$100 000 000, which equates to approximately 1 percent of the total damages claimed in this proceeding (after conversion to Canadian currency), and (iii) paid a separate fee for any tranches of adverse cost award amount that it has advanced, up to a specified limit.

[26] Pursuant to Article 13.1 of the version of the LFA that was filed prior to the hearing of this motion, any

des défenderesses. Ces observations doivent comprendre, sans toutefois s'y limiter, des observations sur la question de savoir si les montants de financement et les frais de financement proposés dans l'entente de financement du litige sont justes et raisonnables.

[22] M<sup>e</sup> Curry était accompagné à l'audience de la présente requête par son associé, Jonathan Chen (ensemble, les amis de la cour).

#### IV. L'AFL

[23] L'AFL a été signé à la fin de décembre 2020 par Therium, les représentants demandeurs dans la présente instance, leurs avocats, Audrey Wells (la représentante demanderesse dans l'instance au Québec) et ses avocats. Avant de conclure l'AFL, les représentants demandeurs ont sollicité et obtenu des conseils juridiques indépendants de M<sup>e</sup> Jonathan Foreman, qui se spécialise dans les recours collectifs et les litiges délictuels de masse.

[24] En termes généraux, l'AFL prévoit que Therium financera ce qui suit :

- i. Les débours, par tranches allant jusqu'à [\*\*\*] \$US;
- ii. Toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse, par tranches allant jusqu'à [\*\*\*] \$US;
- iii. La caution pour les dépens, au besoin.

[25] En échange de son engagement de financement et en cas de recouvrement de tout produit, Therium recevra : (i) le remboursement de tous les paiements anticipés pour les débours, les dépens en faveur de la partie adverse et la caution pour les dépens, (ii) le paiement des frais de financement, sous réserve d'un plafond de 100 000 000 \$US, ce qui équivaut à environ 1 pour cent du total des dommages-intérêts réclamés dans le cadre de la présente instance (après conversion en monnaie canadienne), et (iii) le paiement de frais distincts pour toute tranche du montant pour l'adjudication de dépens en faveur de la partie adverse que Therium a avancé, jusqu'à concurrence d'une limite précise.

[26] Conformément à l'article 13.1 de la version de l'AFL déposée avant l'audition de la présente requête, tout



proceeds from any judgment, award order, settlement or compromise in this proceeding (the Claim Proceeds) were required to be distributed in the following order of priority:

- i. To reimburse Therium for any and all of the funds advanced (see paragraph 24 above);
- ii. To reimburse legal counsel for any and all disbursements that they have funded in the proceeding;
- iii. To pay legal counsel their contingency fee, up to a cap of 25% of the claim – this corresponds to the 25% contingency fee to which the representative plaintiffs agreed in paragraph 6 of their respective Contingency Fee Retainer Agreements with class counsel;
- iv. To pay Therium the Funding Fee and any fee to which it may be entitled for having advanced funds in connection with any adverse cost award that may have been made; and
- v. To distribute the residual proceeds to Class Members.

[27] As further discussed below, Article 13.1 of the LFA was amended after I raised a concern during the hearing regarding the possibility that Class Members would not participate in any settlement, judgment or award in certain scenarios.

## V. Issues

[28] This motion raises two principal issues for the Court's determination: (i) whether to approve the LFA, and (ii) whether to maintain the confidentiality of all of the terms and figures that have been redacted from the Redacted Version of the LFA.

## VI. Assessment

### A. *Initial Observations*

[29] The Court has a supervisory role in class proceedings that requires it to be mindful of the best interests of

produit d'un jugement, d'une ordonnance d'adjudication, d'un règlement ou d'un compromis dans le cadre de la présente instance (le produit de la réclamation) devait être distribué dans l'ordre de priorité suivant :

- i. Rembourser à Therium une partie ou la totalité des fonds avancés (voir le paragraphe 24 ci-dessus);
- ii. Rembourser aux avocats tous les débours qu'ils ont financés dans le cadre de l'instance;
- iii. Payer les honoraires conditionnels des avocats, jusqu'à concurrence de 25 pour cent de la réclamation – cela correspond aux honoraires conditionnels de 25 pour cent que les représentants demandeurs ont accepté au paragraphe 6 de leurs ententes respectives d'honoraires conditionnels avec les avocats du recours collectif;
- iv. Payer à Therium les frais de financement et tous les frais auxquels elle peut avoir droit pour avoir avancé des fonds relativement à toute adjudication de dépens en faveur de la partie adverse qui pourrait avoir été accordée;
- v. Distribuer le produit résiduel aux membres du recours collectif.

[27] Comme il en sera question ci-dessous, l'article 13.1 de l'AFL a été modifié après que j'ai soulevé une préoccupation au cours de l'audience au sujet de la possibilité que les membres du recours collectif ne participent pas à un règlement, à un jugement ou à une adjudication dans certains scénarios.

## V. Les questions en litige

[28] La présente requête soulève deux principales questions que la Cour doit trancher : (i) si l'AFL doit être approuvé, et (ii) s'il faut préserver la confidentialité de toutes les modalités et de tous les chiffres qui ont été caviardés de la version caviardée de l'AFL.

## VI. Appréciation

### A. *Les observations initiales*

[29] Dans les recours collectifs, la Cour a un rôle de supervision qui l'oblige à tenir compte de l'intérêt supérieur

class members as a whole: *Frame v. Riddle*, 2018 FCA 204, 430 D.L.R. (4th) 138, at paragraph 24; *Ottawa v. McLean*, 2019 FCA 309, at paragraph 13. This includes the best interests of prospective class members, whose interests may not be entirely aligned with those of the representative plaintiffs, class counsel, or third parties who are prepared to fund all or part of the proceeding: see, e.g., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.) (*Houle 2*), at paragraphs 22 and 41. Accordingly, as with legal fees to be paid from the proceeds recovered in a class proceeding (see rule 334.4, *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [the Rules]), LFAs entered into in relation to proceedings before the Court must be approved by the Court. This is so even where they have been executed by the representative plaintiffs after having received the advice of independent legal counsel. I note that other courts have reached a similar conclusion: see e.g., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321 (*Houle 1*), at paragraphs 63–70, affd *Houle 2*, above, at paragraphs 68–70.

[30] In my view, such prior approval and the Court's powers in this regard are necessary for several reasons. These include ensuring that the Court is able to (i) fulfill its supervisory role in class proceedings falling within its jurisdiction, (ii) manage and control such proceedings, and (iii) protect the administration of justice from abuse: *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at paragraphs 19–20; *Lee v. Canada (Correctional Service)*, 2017 FCA 228, at paragraph 12; *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 FCA 204, at paragraph 36; *Houle 2*, above, at paragraphs 6 and 38; *Dugal v. Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364 (*Dugal*), at paragraph 16; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192 (*Stanway*), at paragraph 37; *Seedling Life Science Ventures LLC v. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 826, at paragraph 15; subsection 53(2) [of the Rules].

[31] For greater certainty, this Court has the jurisdiction to consider this motion notwithstanding that an LFA might be said to concern matters of contract law, which ordinarily fall within the jurisdiction of the provincial courts: *Apotex*

de l'ensemble des membres du recours collectif : *Frame c. Riddle*, 2018 CAF 204, au paragraphe 24; *Ottawa c. McLean*, 2019 CAF 309, au paragraphe 13. Cela comprend l'intérêt supérieur des membres éventuels du recours collectif, dont les intérêts peuvent ne pas correspondre entièrement à ceux des représentants demandeurs, des avocats du recours collectif ou des tiers qui sont prêts à financer la totalité ou une partie de l'instance : voir, p. ex., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2018 ONSC 6352 (CanLII), 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.) (*Houle 2*), aux paragraphes 22, 41. Par conséquent, comme pour les honoraires d'avocat à payer à partir des sommes recouvrées dans un recours collectif (voir la règle 334.4 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles)), les AFL conclus relativement à des instances devant la Cour doivent être approuvés par la Cour. C'est le cas même lorsqu'ils ont été signés par les représentants demandeurs après avoir reçu l'avis d'un avocat indépendant. Je remarque que d'autres tribunaux en sont arrivés à une conclusion semblable : voir, p. ex., *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129 (CanLII), 9 C.P.C. (8th) 321 (*Houle 1*), aux paragraphes 63–70, conf. par *Houle 2*, précitée, aux paragraphes 68–70.

[30] À mon avis, une telle approbation préalable et les pouvoirs de la Cour à cet égard sont nécessaires pour plusieurs raisons. Il s'agit notamment de veiller à ce que la Cour soit en mesure (i) de jouer son rôle de supervision dans les recours collectifs qui relèvent de sa compétence, (ii) de gérer et de contrôler de telles instances, et (iii) de protéger l'administration de la justice contre les abus : *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, aux paragraphes 19–20; *Lee c. Canada (Service correctionnel)*, 2017 CAF 228, au paragraphe 12; *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Ltd.*, 2019 CAF 204, au paragraphe 36; *Houle 2*, précitée, aux paragraphes 6, 38; *Dugal v. Manulife Financial Corporation*, 2011 ONSC 1785 (CanLII), 105 O.R. (3d) 364 (*Dugal*), au paragraphe 16; *Stanway v. Wyeth Canada Inc.*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192 (*Stanway*), au paragraphe 37; *Seedling Life Science Ventures LLC c. Pfizer Canada Inc.*, 2017 CF 826, au paragraphe 15; paragraphe 53(2) des Règles.

[31] Il est entendu que la Cour a compétence pour examiner la présente requête, même si l'on pourrait dire qu'un AFL porte sur des questions en matière de droit des contrats, lequel relève habituellement de la compétence des

*Inc. v. Allergan, Inc.*, 2016 FCA 155, 399 D.L.R. (4th) 549, at paragraph 13; *Jensen v. Samsung*, (Court File T-809-18, Gascon J., February 7, 2019 (F.C.)) (*Jensen*).

[32] LFAs are a relatively recent phenomenon in Canada: *Houle 2*, above, at paragraph 3. Although they are increasingly common in the OSCJ, I am only aware of one other case in which an LFA has been considered in the context of a class proceeding in this Court, namely, *Jensen*, above. There, the Court dealt with the motion in writing and issued a short order approving the agreement, following a series of preceding recitals. Among other things, those recitals described affirmative findings made by the Court in respect of several assessment factors that have been considered in this context by other courts, and that will be addressed below: see, for example, *Houle 1*, above, at paragraphs 63–70; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII) (*Marriott*), at paragraph 9(i)–(v). Some of these factors were included in recent amendments to Ontario’s *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, subsection 33.1(9) (CPA Ontario).

#### B. *The test for approval of an LFA*

##### (1) The general test

[33] In *Jensen*, the Court did not articulate an overarching test applicable to the assessment of LFAs. However, it observed that approving an LFA in the context of a class action proceeding “is not merely a matter of ensuring that the Agreement is not contrary to public policy as champertous, but also a matter of ensuring the protection of the interests of class members against unreasonable agreements, as well as protecting courts against potential abuses specific to [a] class proceeding”: *Jensen*, above, at page 6.

[34] To a large degree, this draws upon the general test that has been articulated by the OSCJ, which has stated that an LFA “should not be champertous or illegal and it must be a fair and reasonable agreement that facilitates access to justice while protecting the interests of the

tribunaux provinciaux : *Apotex Inc. c. Allergan, Inc.*, 2016 CAF 155, au paragraphe 13; *Jensen c. Samsung* (dossier de la Cour T-809-18, le juge Gascon, 7 février 2019 (C.F.)) (*Jensen*).

[32] Les AFL sont un phénomène relativement récent au Canada : *Houle 2*, précitée, au paragraphe 3. Bien qu’ils soient de plus en plus courants au sein de la CSJO, je ne suis au courant que d’une autre affaire dans laquelle un AFL a été examiné dans le contexte d’un recours collectif devant notre Cour, à savoir, l’affaire *Jensen*, précitée. Dans cette affaire, la Cour a jugé la requête par écrit et a rendu une brève ordonnance approuvant l’accord, suivant une série d’attendus préalables. Entre autres choses, ces attendus décrivent les conclusions affirmatives de la Cour à l’égard de plusieurs facteurs d’appréciation qui ont été pris en compte dans ce contexte par d’autres tribunaux et qui seront abordés ci-dessous : voir, par exemple, *Houle 1*, précitée, aux paragraphes 63–70; *Marriott v. General Motors of Canada Company*, 2018 ONSC 2535 (CanLII) (*Marriott*), au paragraphe 9(i)–(v). Certains de ces facteurs ont été inclus dans les récentes modifications apportées à la loi ontarienne intitulée *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, paragraphe 33.1(9) (la LRC de l’Ontario).

#### B. *Le critère d’approbation d’un AFL*

##### 1) Le critère général

[33] Dans la décision *Jensen*, la Cour n’a pas formulé de critère global applicable à l’appréciation des AFL. Toutefois, elle a fait observer qu’un AFL dans le contexte d’un recours collectif nécessite une approbation [TRANSLATION] « non seulement pour s’assurer qu’il n’y a pas champartie et donc qu’il n’est pas contraire à l’intérêt public, mais également pour protéger les membres du groupe contre les accords déraisonnables, ainsi que les tribunaux contre les abus propres aux recours collectifs » : *Jensen*, précitée, à la page 6.

[34] Dans une large mesure, cela établit le critère général qui a été énoncé par la CSJO, selon lequel un AFL [TRANSLATION] « ne doit pas être une champartie ou un accord illégal et doit être un accord juste et raisonnable qui facilite l’accès à la justice tout en protégeant les intérêts des

defendants”: *Houle 1*, above, at paragraph 71; *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL Group*, 2019 ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199 (*TDL*), at paragraph 5; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII) (*Drynan*), at paragraph 18; *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII) (*Flying E*), at paragraph 27. While the passage from *Jensen* quoted immediately above does not make reference to the interests of the defendants, that was a factor identified in an earlier recital of the Court’s order.

[35] In my view, the considerations identified in *Jensen* and in the general test that has been embraced in Ontario can be subsumed into a simpler and more straightforward test of whether it is in the interests of justice to approve the LFA.

[36] In considering whether that test is met, it is appropriate to consider the following factors:

- i. Have the basic procedural and evidentiary requirements for the Court’s consideration of the LFA been satisfied?
- ii. Is third party funding necessary to facilitate meaningful access to justice?
- iii. Is the LFA champertous?
- iv. Is the LFA fair and reasonable to current and prospective class members as a group?
- v. Will the LFA make a meaningful contribution to deterring wrongdoing?
- vi. Does the LFA interfere with the solicitor-client relationship, counsel’s duty to the class members, or the carriage of the proceeding?
- vii. Does the LFA protect relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information?
- viii. Does the LFA protect the legitimate interests of the defendants?

*Jensen*, above; *Houle 1*, above, at paragraphs 73–88; *Flying E*, above, at paragraphs 28–34; *TDL*, above, at paragraph 6; *Drynan*, above, at paragraph 17; *Dugal*, above, at

défendeurs » : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 71; *JB & M Walker Ltd / 1523428 Ontario Inc. v. TDL Group*, 2019 ONSC 999 (CanLII), 48 C.P.C. (8th) 199 (*TDL*), au paragraphe 5 ; *Drynan v. Bausch Health Companies Inc.*, 2020 ONSC 4379 (CanLII) (*Drynan*), au paragraphe 18; *Flying E Ranche Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2020 ONSC 8076 (CanLII) (*Flying E*), au paragraphe 27. Bien que le passage de la décision *Jensen* cité immédiatement ci-dessus ne fasse pas référence aux intérêts des défendeurs, il s’agit d’un facteur mentionné dans un attendu préalable de l’ordonnance de la Cour.

[35] À mon avis, les considérations énoncées dans la décision *Jensen* et dans le critère général adopté en Ontario peuvent être assimilées à un critère plus simple et plus direct pour déterminer s’il est dans l’intérêt de la justice d’approuver l’AFL.

[36] Pour déterminer si ce critère est respecté, il convient de tenir compte des facteurs suivants :

- i. Les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l’examen de l’AFL par la Cour ont-elles été satisfaites?
- ii. Le financement par des tiers est-il nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice?
- iii. L’AFL est-il une champartie?
- iv. L’AFL est-il juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe?
- v. L’AFL contribuera-t-il de façon significative à la prévention des actes répréhensibles?
- vi. L’AFL nuit-il à la relation avocat-client, à l’obligation de l’avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l’instance?
- vii. L’AFL protège-t-il les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties?
- viii. L’AFL protège-t-il les intérêts légitimes des défenderesses?

*Jensen*, précitée; *Houle 1*, précitée, aux paragraphes 73–88; *Flying E*, précitée, aux paragraphes 28–34; *TDL*, précitée, au paragraphe 6; *Drynan*, précitée, au paragraphe 17;

paragraph 33; *Stanway*, above, at paragraph 15; *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418 (*Loblaw*), at paragraph 12.

[37] A negative response to any of the questions listed above can be fatal to an LFA. I will address each of them below. I will then address an issue that arises on the particular facts of this case with respect to the Quebec Proceeding.

- (2) Have the basic procedural and evidentiary requirements for the Court's consideration of the LFA been satisfied?

[38] The basic procedural and evidentiary requirements that should be met before the Court's consideration of an LFA consist of: (i) the plaintiffs obtaining independent legal advice prior to entering into the LFA; (ii) prompt disclosure of the LFA and any relevant legal retainer agreement to the Court; (iii) a prompt request for approval of the LFA; (iv) the provision of reasonable notice to the other parties of the motion requesting approval of the LFA; (v) the provision of a copy of the LFA to the other parties, subject to appropriate redactions; and (vi) the provision to the Court of evidence of the relevant background circumstances pertaining to the LFA: *Houle 1*, above, at paragraph 74.

[39] I am satisfied that each of these requirements have been met. I will simply add for the record that this was also the position of the *amici*. Moreover, Amazon was provided with an opportunity to make submissions regarding the LFA and declined to do so.

[40] Accordingly, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (3) Is third party funding necessary to facilitate meaningful access to justice?

[41] The plaintiffs submit that several factors make this action uniquely difficult to prosecute effectively without funding. In this regard, they note that as one of the world's largest companies, Amazon has significant resources that cannot plausibly be matched by individual representative plaintiffs. In addition, they assert that Amazon can

*Dugal*, précitée, au paragraphe 33; *Stanway*, précitée, au paragraphe 15; *David v. Loblaw*, 2018 ONSC 6469 (CanLII), 43 C.P.C. (8th) 418 (*Loblaw*), au paragraphe 12.

[37] Une réponse négative à l'une ou l'autre des questions susmentionnées peut être fatale pour un AFL. J'aborderai chacune d'elles ci-dessous. Je traiterai ensuite d'une question qui se pose au sujet des faits particuliers de la présente affaire relativement à l'instance au Québec.

- 2) Les exigences de base en matière de procédure et de preuve pour l'examen de l'AFL par la Cour ont-elles été satisfaites?

[38] Les exigences de base en matière de procédure et de preuve qui doivent être respectées avant que la Cour n'examine un AFL sont les suivantes : (i) l'obtention par les demandeurs de conseils juridiques indépendants avant de conclure l'AFL; (ii) la divulgation rapide de l'AFL et de toute entente de mandat juridique pertinente à la Cour; (iii) une demande rapide d'approbation de l'AFL; (iv) la présentation d'un avis raisonnable aux autres parties visées par la requête demandant l'approbation de l'AFL; (v) la remise d'une copie de l'AFL aux autres parties, sous réserve de caviardages appropriés; (vi) la présentation à la Cour d'éléments de preuve sur les circonstances générales se rapportant à l'AFL : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 74.

[39] Je suis convaincu que chacune de ces exigences a été respectée. J'ajouterai simplement pour mémoire que c'était aussi la position des amis de la cour. De plus, Amazon a eu l'occasion de présenter des observations au sujet de l'AFL et a refusé de le faire.

[40] Par conséquent, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

- 3) Le financement par des tiers est-il nécessaire pour faciliter un accès véritable à la justice?

[41] Les demandeurs soutiennent que plusieurs facteurs font en sorte qu'il est particulièrement difficile d'intenter des poursuites efficaces sans financement. À cet égard, ils font remarquer qu'Amazon, l'une des plus grandes entreprises au monde, dispose de ressources considérables qui ne peuvent vraisemblablement pas être égalées par des

be expected to defend this action vigorously because the Allegedly Anti-competitive Agreements were instrumental in its accumulation of wealth. The plaintiffs maintain that an extraordinary level of expert participation will be required, given the complexity and scale of the data that will inevitably need to be obtained and analyzed to assess anti-competitive effects and damages. Without the funding necessary to retain an expert such as Dr. Farrell, who will be backed by a team at the economic consulting firm Bates White LLP, the plaintiffs state that this proceeding would not pose a credible threat, and their ability to obtain an adequate recovery for the proposed classes would be impaired.

[42] The representative plaintiffs have each stated in sworn affidavits that they would not have been willing to assume their respective roles in this proceeding if they were required to pay the expenses required to move it forward. They explained that they do not have the means to do so. They were also advised by their independent counsel, Mr. Foreman, that this action could not be prosecuted without Therium's financial support.

[43] The *amici* agree and add that "Amazon has significant resources that cannot plausibly be matched by individual representative plaintiffs." The *amici* note that "without access to any public funding, the proposed representative plaintiffs must rely on private litigation funders." Funding apparently would not be available from Ontario's Class Proceedings Fund (CPF) because the CPF only funds proceedings commenced under the *Class Proceedings Act, 1992: Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, section 59.3. Funding apparently would not be available in Quebec, because more than 50 percent of the class members are not Quebec residents: *Act respecting the Fonds d'aide aux actions collectives*, CQLR, c. F-3.2.0.1.1, section 37.1. The Court is not aware of any public funding available for class proceedings initiated in this Court.

représentants demandeurs individuels. En outre, ils affirment qu'on peut s'attendre à ce qu'Amazon se défende vigoureusement à l'encontre de la présente action, parce que les accords prétendument anticoncurrentiels ont joué un rôle déterminant dans son accumulation de richesse. Les demandeurs maintiennent qu'une participation extraordinaire de la part d'experts sera requise, compte tenu de la complexité et de l'ampleur des données qui devront inévitablement être obtenues et analysées pour évaluer les effets anticoncurrentiels et les préjudices. Sans le financement nécessaire pour retenir les services d'un expert comme M. Farrell, qui sera appuyé par une équipe de la société d'experts-conseils en économie Bates White LLP, les demandeurs affirment que la présente instance ne constituerait pas une menace crédible, et que leur capacité d'obtenir un recouvrement adéquat pour les groupes proposés serait compromise.

[42] Les représentants demandeurs ont tous deux déclaré dans des affidavits sous serment qu'ils n'auraient pas été disposés à assumer leurs rôles respectifs dans la présente instance s'ils avaient été tenus de payer les dépenses nécessaires pour la faire avancer. Ils ont expliqué qu'ils n'avaient pas les moyens de le faire. Ils ont également été informés par leur avocat indépendant, M<sup>e</sup> Foreman, que la présente action ne pourrait pas être poursuivie sans le soutien financier de Therium.

[43] Les amis de la cour sont d'accord et ajoutent ceci : [TRADUCTION] « Amazon dispose de ressources importantes qui ne peuvent être égalées de façon plausible par les représentants demandeurs ». Les amis de la cour font remarquer que [TRADUCTION] « sans accès à un financement public, les représentants demandeurs proposés doivent compter sur des bailleurs de fonds privés ». Il semble qu'il ne serait pas possible d'obtenir un financement du Fonds d'aide aux recours collectifs (le FARC) de l'Ontario, parce que celui-ci ne finance que les instances introduites en vertu de la LRC de l'Ontario : *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, ch. L.8, article 59.3. Il semble qu'un financement ne pourrait pas être obtenu au Québec, parce que plus de 50 pour 100 des membres du recours collectif ne sont pas des résidents du Québec : *Loi sur le fonds d'aide aux actions collectives*, RLRQ, ch. F-3.2.0.1.1, article 37.1. La Cour n'est au courant d'aucun financement public qui est offert pour les recours collectifs intentés devant elle.



[44] Given the need for private funding, the *amici* maintain that the necessity factor is at the heart of this motion. In the *amici*'s view, Amazon is a type of Goliath that will spare no resources to protect what lies at the heart of its business model. In this context, the LFA would "level the playing field" and provide the plaintiffs with the opportunity to advance their claim. This is essentially because significant expert assistance will be required to establish the anti-competitive effects of the Alleged Anti-competitive Agreements, including through significant data extraction, analysis and "but-for world modelling".

[45] I accept the foregoing submissions. Indeed, I am also inclined to agree with the *amici* that if third party funding is not necessary in a particular proceeding, it should not be approved.

[46] The plaintiffs further maintain that the LFA represents the best arrangement they are likely to be able to obtain, because they spent three months "hotly" negotiating it and it is unlikely that they would be able to find another funder. In this regard, they explained that another potential funder declined to provide funding after spending a significant period of time in discussion with the plaintiffs, and some other internationally-recognized litigation funders declined their approach. Having regard to this experience, the *amici* agree that the plaintiffs are unlikely to be able to find another funder who is likely to assume the risk associated with the proceeding on better terms than what are reflected in the LFA.

[47] Having regard to all of the foregoing, I am satisfied that third party funding is necessary to facilitate meaningful access to the Court by the plaintiffs so that they can seek redress for the anti-competitive harm they claim to have suffered due to the Alleged Anti-competitive Agreements. This weighs in favour of approving the LFA.

[44] Compte tenu du besoin de financement privé, les amis de la cour maintiennent que le facteur de nécessité est au cœur de la présente requête. De l'avis des amis de la cour, Amazon est un type de Goliath qui n'épargnera aucune ressource pour protéger ce qui est au cœur de son modèle d'affaires. Dans ce contexte, l'AFL [TRADUCTION] « uniformiserait les règles du jeu » et donnerait aux demandeurs la possibilité de faire valoir leur réclamation. Cela s'explique essentiellement par le fait qu'il faudra beaucoup d'aide d'experts pour établir les effets anticoncurrentiels des accords prétendument anticoncurrentiels, notamment par l'extraction et l'analyse de données importantes et la [TRADUCTION] « modélisation mondiale excluant ces accords ».

[45] J'accepte les observations qui précèdent. En fait, je suis aussi enclin à être d'accord avec les amis de la cour pour dire que, si le financement par un tiers n'est pas nécessaire dans une instance donnée, il ne devrait pas être approuvé.

[46] Les demandeurs maintiennent en outre que l'AFL représente le meilleur accord qu'ils sont susceptibles d'obtenir, parce qu'ils ont passé trois mois à le négocier [TRADUCTION] « chaudement » et qu'il est peu probable qu'ils puissent trouver un autre bailleur de fonds. À cet égard, ils ont expliqué qu'un autre bailleur de fonds potentiel a refusé de fournir du financement après avoir passé beaucoup de temps à discuter avec les demandeurs, et que d'autres bailleurs de fonds pour les litiges reconnus à l'échelle internationale ont refusé leur approche. Compte tenu de cette expérience, les amis de la cour conviennent qu'il est peu probable que les demandeurs soient en mesure de trouver un autre bailleur de fonds susceptible d'assumer le risque associé à l'instance selon de meilleures conditions que celles incluses dans l'AFL.

[47] Compte tenu de tout ce qui précède, je suis convaincu que le financement par un tiers est nécessaire pour faciliter l'accès véritable des demandeurs à la Cour afin qu'ils puissent demander réparation pour le préjudice anticoncurrentiel qu'ils prétendent avoir subi en raison des accords prétendument anticoncurrentiels. Cela milite en faveur de l'approbation de l'AFL.



## (4) Is the LFA champertous?

[48] Champerty is a form of maintenance. In *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.) (*McIntyre*), at paragraph 26, these concepts were defined as follows:

Although the type of conduct that might constitute champerty and maintenance has evolved over time, the essential thrust of the two concepts has remained the same for at least two centuries. Maintenance is directed against those who, for an improper motive, often described as wanton or officious intermeddling, become involved with disputes (litigation) of others in which the maintainer has no interest whatsoever and where the assistance he or she renders to one or the other parties is without justification or excuse. Champerty is an egregious form of maintenance in which there is the added element that the maintainer shares in the profits of the litigation.

[49] At paragraph 32 of its decision, the Court in *McIntyre* further observed that “[t]he fundamental aim of the law of champerty and maintenance has always been to protect the administration of justice from abuse.” This includes “protecting vulnerable litigants from abuse”: *McIntyre*, above, at paragraph 47.

[50] The Court added that while contingency fee arrangements between lawyers and their clients were once deemed to be champertous *per se*, such an approach is no longer necessary or desirable. Accordingly, “[n]either the contingent nature of a fee agreement, nor the fact that the lawyer’s fees may be paid from the recovery in an action, without more, ought to constitute an improper motive or officious intermeddling for purposes of the law of champerty”: *McIntyre*, above, at paragraph 72. Instead, the courts should focus upon whether a contingency fee agreement “so over-compensates a lawyer such that it is unreasonable or unfair to the client ... i.e., tak[es] advantage of the client”: *McIntyre*, above, at paragraph 76. In other words, the courts should ensure that a contingency fee arrangement does not provide for a recovery that is disproportionate: *Houle 1*, above, at paragraph 84. Such agreements are deemed to have an improper purpose: *McIntyre*, above, at paragraph 76.

## 4) L’AFL est-il une champartie?

[48] La champartie est une forme de soutien abusif. Au paragraphe 26 de la décision *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257, 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A.) (*McIntyre*), ces concepts ont été définis ainsi :

[TRADUCTION] Bien que le type de conduite qui puisse constituer de la champartie et du soutien abusif ait évolué au fil du temps, l’orientation essentielle des deux concepts est demeurée la même pendant au moins deux siècles. Le soutien abusif est dirigé contre ceux qui, pour un motif inapproprié, souvent décrit comme une ingérence injustifiée ou non officielle, sont mêlés à des différends (litiges) d’autres parties dans lesquels le défenseur abusif n’a aucun intérêt et dans lesquels l’aide qu’il apporte à l’une ou l’autre des parties est sans justification ni excuse. La champartie est une forme flagrante de soutien abusif à laquelle s’ajoute l’élément de la réception d’une partie des profits du litige par le défenseur abusif.

[49] Au paragraphe 32 de son jugement dans l’affaire *McIntyre*, la Cour d’appel de l’Ontario a ajouté que [TRADUCTION] « [l]e but fondamental du droit relatif à la champartie et au soutien abusif a toujours été de protéger l’administration de la justice contre les abus », ce qui inclut la [TRADUCTION] « protection des plaideurs vulnérables contre les abus » : *McIntyre*, précité, au paragraphe 47.

[50] La Cour d’appel [de l’Ontario] a ajouté que, bien que les ententes sur les honoraires conditionnels entre les avocats et leurs clients aient déjà été considérées comme étant une forme de champartie en soi, une telle approche n’est plus nécessaire ni souhaitable. Par conséquent, [TRADUCTION] « ni le caractère conditionnel d’une convention d’honoraires, ni le fait que les honoraires de l’avocat peuvent être payés à partir du recouvrement dans une action, sans plus, ne devraient constituer un motif inapproprié ou une ingérence non officielle pour l’application du droit relatif à la champartie » : *McIntyre*, précité, au paragraphe 72. Les tribunaux devraient plutôt se concentrer sur la question de savoir si une entente sur les honoraires conditionnels [TRADUCTION] « rémunère un avocat de façon tellement excessive qu’elle est déraisonnable ou injuste pour le client [...], c’est-à-dire qu’elle abuse du client » : *McIntyre*, précité, au paragraphe 76. Autrement dit, les tribunaux doivent veiller à ce que les ententes sur les

[51] In conducting this assessment, the courts should keep in mind that counsel should be rewarded for assuming the risks and costs associated with the litigation: *McIntyre*, above, at paragraph 76.

[52] In my view, the courts should take a similar approach in considering whether an LFA providing for the payment of a contingency fee to the funder is champertous.

[53] The assessment of whether an LFA contemplates an unreasonable, unfair or disproportionate recovery for the funder is at the heart of the next factor addressed below.

[54] Accordingly, I will confine the present step in the analysis to two considerations. The first is whether there is any evidence of any actual improper motive, as opposed to one that may be deemed to be improper based on the quantum of the return contemplated by the LFA. There is no such evidence in this case. Indeed, the *amici* maintained that there is no reason to believe that Therium is acting opportunistically or in bad faith.

[55] The second consideration that is relevant to assess at this step in the analysis is whether fees set forth in the LFA exceed the outer limit of what might *possibly* be considered reasonable, fair or proportionate. Once again, there is no evidence to suggest that may be so and I have no reason to be concerned in this regard. To the contrary, in response to questioning on this point, the *amici* assured the Court that “disproportionality is not an issue in this case”: transcript, at page 41. Put differently, “there is no reason to believe that this is ... the litigation funding equivalent of a loan shark” agreement: transcript, at page 43. Among other things, this is because the LFA provides for what appears to be one of the largest advances of funding ever in a Canadian case and involves

honoraires conditionnels ne prévoient pas un recouvrement disproportionné : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 84. Ces ententes sont réputées avoir un but inapproprié : *McIntyre*, précité, au paragraphe 76.

[51] Dans le cadre de cette appréciation, les tribunaux doivent garder à l’esprit le fait que les avocats devraient être récompensés pour avoir assumé les risques et les coûts associés au litige : *McIntyre*, précité, au paragraphe 76.

[52] À mon avis, les tribunaux devraient adopter une approche semblable lorsqu’il s’agit de déterminer si un AFL prévoyant le paiement de frais conditionnels au bailleur de fonds est une champartie.

[53] L’examen de la question de savoir si un AFL envisage un recouvrement déraisonnable, injuste ou disproportionné pour le bailleur de fonds est au cœur du prochain facteur abordé ci-dessous.

[54] Par conséquent, je limiterai la présente étape de l’analyse à deux considérations. La première consiste à déterminer s’il y a une preuve d’un motif inapproprié réel, par opposition à un motif qui peut être jugé inapproprié en fonction du montant du rendement envisagé par l’AFL. Une telle preuve n’a pas été offerte dans la présente affaire. En effet, les amis de la cour ont maintenu qu’il n’y avait aucune raison de croire que Therium agissait de façon opportuniste ou de mauvaise foi.

[55] La deuxième considération qu’il convient d’apprécier à cette étape-ci de l’analyse consiste à savoir si les frais établis dans l’AFL dépassent la limite supérieure de ce qui *pourrait* être considéré comme raisonnable, juste ou proportionnel. Encore une fois, il n’y a aucune preuve que c’est le cas, et je n’ai aucune raison de m’inquiéter à cet égard. Au contraire, en réponse à des questions sur ce point, les amis de la cour ont donné à la Cour l’assurance que [TRADUCTION] « la question de la disproportion ne se pos[ait] pas dans la présente affaire » : transcription, à la page 41. Autrement dit, [TRADUCTION] « il n’y a aucune raison de croire qu’il s’agit [...] d’un accord de financement d’un litige équivalant à un prêt usuraire » : transcription, à la page 43. Cela s’explique, entre autres, par le fait

one of the largest risks to a litigation funder<sup>1</sup>. In addition, the Funding Fee contemplated by the LFA is within the range of those that have been approved by Canadian courts for the vast majority of the possible scenarios between complete victory (\$12 billion award) and complete failure (zero return). Moreover, the Funding Fee is subject to a cap of 10 percent as well as the further cap of US\$100 000 000 that will ensure that Therium's return is below the 10 percent levy generally imposed by the CPF, for over 90 percent of the possible scenarios mentioned immediately above. This will be further discussed below. For the present purposes it suffices to observe that these caps preclude the LFA from being champertous: *Houle 1*, above, at paragraph 83; *Flying E*, above, at paragraph 34.

[56] Based on the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (5) Is the LFA fair and reasonable to current and prospective class members as a group?

[57] The determination of what is fair and reasonable is highly contextual: *Houle 1*, above, at paragraph 81.

[58] The plaintiffs make two principal arguments in support of their submission that the LFA is fair and reasonable to the Class Members, and will not overcompensate Therium. First, they assert that the level of the Funding Fee reflects the very high risk that will be incurred by Therium and the long period of time that it may have to wait before being reimbursed the funds it advances and receiving any return on its investment. Second, they state that the Funding Fee will be reasonable having regard to other LFAs that have been approved by the courts, as well as to the return received by the CPF when it funds litigation proceedings.

<sup>1</sup> Plaintiffs' counsel state that the LFA "contains the most sizeable funding commitment in Canadian litigation known to counsel."

que l'AFL prévoit ce qui semble être l'une des plus importantes avances de fonds jamais consenties dans une affaire canadienne et comporte l'un des plus grands risques pour un bailleur de fonds<sup>1</sup>. De plus, les frais de financement envisagés par l'AFL se situent dans la fourchette de ceux qui ont été approuvés par les tribunaux canadiens pour la grande majorité des scénarios possibles entre une victoire totale (adjudication de 12 milliards de dollars) et un échec complet (rendement nul). En outre, les frais de financement sont assujettis à un plafond de 10 pour 100 ainsi qu'à un autre plafond de 100 000 000 \$US, ce qui fera en sorte que le rendement de Therium sera inférieur au prélèvement de 10 pour 100 généralement imposé par le FARC, pour plus de 90 pour 100 des scénarios possibles susmentionnés. Je traiterai de cette question plus loin. Pour les besoins actuels, il suffit de noter que ces plafonds font en sorte que l'AFL n'est pas une champartie : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 83; *Flying E*, précitée, au paragraphe 34.

[56] Compte tenu de ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

- 5) L'AFL est-il juste et raisonnable pour les membres actuels et éventuels du groupe?

[57] La détermination de ce qui est juste et raisonnable est très contextuelle : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 81.

[58] Les demandeurs présentent deux arguments principaux à l'appui de leur observation selon laquelle l'AFL est juste et raisonnable pour les membres du recours collectif et ne compensera pas Therium de façon excessive. Premièrement, ils affirment que le niveau des frais de financement reflète le risque très élevé accepté par Therium et la longue période pendant laquelle elle pourrait devoir attendre avant de se faire rembourser les fonds qu'elle avance et de recevoir tout rendement sur son investissement. Deuxièmement, ils affirment que les frais de financement seront raisonnables, eu égard aux autres AFL qui ont été approuvés par les tribunaux, ainsi que du remboursement reçu par le FARC lorsqu'il finance des instances judiciaires.

<sup>1</sup> Les avocats des demandeurs affirment que l'AFL [TRADUCTION] « contient l'engagement de financement le plus important dans les litiges canadiens connus des avocats ».

[59] As regards the high level of risk being incurred by Therium, the plaintiffs reiterate that the level of funding to be advanced under the LFA is “unprecedented”. In addition, pursuant to paragraph 17.4 of the LFA, Therium will be required to seek the approval of the Court before it can suspend or terminate the LFA. Moreover, the complexity of the economic analysis that underlies this action is reflected in a recent U.K. decision, which exceeded 400 pages, with another 300 pages in annexes: *Price comparison website: use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority cases (Case 50505, 19 November 2020). As a result, the risk of failure is elevated and can occur at multiple stages, including the certification stage, trial and appeal, for reasons related to the legal theory as well as the damages methodology. In each of those scenarios, Therium may not receive any return on its investment, or even a return of the funding it will advance. In short, at this point in time, the level of return that Therium will receive is highly uncertain, and Therium will have to wait for an indefinite period before receiving any fee or even a reimbursement of the funds that it has advanced.

[60] The plaintiffs underscore that this uncertainty is increased because no court has issued a decision finding that the Allegedly Anti-competitive Agreements are in fact anti-competitive. Indeed, the Competition Bureau has not taken a position on this issue. Accordingly, in contrast to many private actions pursued under section 36 of the *Competition Act*, the plaintiffs will not be able to avail themselves of the findings of any court, the fruits of the Competition Bureau’s investigation, or any admissions made by the defendant, e.g., as in *Loblaw*, above. More broadly, there is very little history of Canadian courts making the types of determinations at trial that will need to be made in this proceeding.

[61] Regarding the reasonableness of the LFA in comparison with other litigation funding agreements, the plaintiffs begin by noting that the terms of the LFA are more favourable to the Class Members than the terms applicable when a proceeding is funded by the CPF. This is because

[59] En ce qui concerne le niveau de risque élevé pour Therium, les demandeurs réitèrent que le niveau de financement devant être avancé aux termes de l’AFL est [TRADUCTION] « sans précédent ». De plus, conformément au paragraphe 17.4 de l’AFL, Therium devra obtenir l’approbation de la Cour avant de pouvoir suspendre ou résilier l’AFL. En outre, la complexité de l’analyse économique qui sous-tend la présente instance se reflète dans une décision récente du Royaume-Uni, qui compte plus de 400 pages et 300 pages supplémentaires en annexes : *Price comparison website: use of most favoured nation clauses*, Competition and Markets Authority cases (dossier n° 50505, 19 novembre 2020). Par conséquent, le risque de défaillance est élevé et peut survenir à de multiples étapes, y compris l’étape de l’autorisation, le procès et l’appel, pour des raisons liées à la théorie juridique ainsi qu’à la méthodologie des dommages-intérêts. Dans chacun de ces scénarios, Therium pourrait ne recevoir aucun rendement sur son investissement, ou même un remboursement du financement qu’elle versera. Bref, à ce stade-ci, le niveau de rendement que Therium recevra est très incertain, et Therium devra attendre une période indéfinie avant de recevoir des frais ou même un remboursement des fonds qu’elle a avancés.

[60] Les demandeurs soulignent que cette incertitude est accrue du fait qu’aucun tribunal n’a rendu de décision selon laquelle les accords prétendument anticoncurrentiels sont effectivement anticoncurrentiels. En effet, le Bureau de la concurrence n’a pas pris position sur cette question. Par conséquent, contrairement à de nombreuses poursuites privées intentées au titre de l’article 36 de la *Loi sur la concurrence*, les demandeurs ne pourront pas se prévaloir des conclusions d’un tribunal, des résultats d’une enquête du Bureau de la concurrence ou des aveux du défendeur, p. ex., comme dans l’affaire *Loblaw*, précitée. De façon plus générale, il y a très peu d’affaires dans lesquelles des tribunaux canadiens ont déjà rendu des décisions de première instance du même type que celles qui devront être rendues en l’espèce.

[61] En ce qui concerne le caractère raisonnable de l’AFL par rapport à d’autres accords de financement de litiges, les demandeurs commencent par souligner que les modalités de l’AFL sont plus favorables aux membres du recours collectif que les modalités applicables lorsqu’une

Therium's Funding Fees are subject to limits that will prevent them from exceeding the 10 percent levy generally obtained by the CPF, in over 90 percent of the possible scenarios between complete victory (\$12 billion recovery) and complete failure (zero recovery)<sup>2</sup>. This is so despite the fact that the LFA provides for an amount of funding that far exceeds what could possibly be available from the CPF.

[62] The limits in question consist of a cap of US\$100 000 000 and a second cap that would limit Therium's recovery to a maximum of 10 percent of any claim proceeds. Based on the average daily Bank of Canada exchange rate (1.2574) for the month of March 2021, the US\$100 000 000 cap would apply to any settlement or award above approximately C\$1 257 400 000<sup>3</sup>. This latter amount represents approximately 10.5 percent of the total amount claimed in this proceeding. Accordingly, the US\$100 000 000 cap would apply to 89.5 percent of possible outcomes in this proceeding, between complete success (recovery of C\$12 billion) and complete failure (zero recovery). Moreover, as any potential settlement or award increases above C\$1 257 400 000 and approaches C\$12 billion, the US\$100 000 000 amount as a proportion of total recovery would decrease from 10 percent to approximately 1 percent.

[63] In addition to the foregoing, the plaintiffs state that the LFA provides for a level of recovery that is below or similar to that which has been approved in recent cases. In this regard, they note that in *Jensen*, above, this Court approved a level of recovery that was uncapped and could reach as much as 15 percent of any proceeds recovered by the class. They further note that in *Loblaw*, above, the OSCJ approved a funding agreement that is "comparable"

instance est financée par le FARC. Cela s'explique par le fait que les frais de financement de Therium sont assujettis à des limites qui les empêcheront de dépasser la redevance de 10 pour 100 généralement obtenue par le FARC, dans plus de 90 pour 100 des scénarios possibles entre une victoire complète (recouvrement de 12 milliards de dollars) et un échec complet (recouvrement nul)<sup>2</sup>. Il en est ainsi malgré le fait que l'AFL prévoit un montant de financement qui dépasse de loin ce qui pourrait être obtenu auprès du FARC.

[62] Les limites en question sont un plafond de 100 000 000 \$US et un deuxième plafond qui limiterait le recouvrement de Therium à un maximum de 10 pour 100 du produit de toute réclamation. Selon le taux de change quotidien moyen de la Banque du Canada (1,2574) pour le mois de mars 2021, le plafond de 100 000 000 \$US s'appliquerait à tout règlement ou toute indemnité de plus de 1 257 400 000 \$CAN environ<sup>3</sup>. Ce dernier montant représente environ 10,5 pour 100 du montant total réclamé dans la présente instance. Par conséquent, le plafond de 100 000 000 \$US s'appliquerait à 89,5 pour 100 des résultats possibles dans le cadre de la présente instance, entre le succès complet (recouvrement de 12 milliards de dollars canadiens) et l'échec complet (recouvrement nul). De plus, à mesure que le montant potentiel du règlement ou de l'indemnité augmente au-delà de 1 257 400 000 \$CAN et s'approche de 12 milliards de dollars canadiens, le montant de 100 000 000 \$US diminuerait par rapport au recouvrement total pour passer de 10 pour 100 à environ 1 pour 100.

[63] En plus de ce qui précède, les demandeurs affirment que l'AFL prévoit un niveau de recouvrement inférieur ou similaire à celui qui a été approuvé dans des affaires récentes. À cet égard, ils font remarquer que, dans la décision *Jensen*, précitée, la Cour a approuvé un niveau de recouvrement non plafonné qui pouvait atteindre jusqu'à 15 pour 100 de tout produit recouvré par le groupe. Ils soulignent en outre que, dans la décision *Loblaw*, précitée,

<sup>2</sup> See footnote 5 below.

<sup>3</sup> Using the exchange rate above, US\$100 000 000 converts to C\$125 740 000. This represents 10 percent of C\$1 257 400 000. Above this amount, the US\$100 000 000 cap would prevail over the 10 percent cap.

<sup>2</sup> Voir la note en bas de page 5 ci-dessous.

<sup>3</sup> En utilisant le taux de change ci-dessus, la somme de 100 000 000 \$US équivaut à 125 740 000 \$CAN. Cela représente 10 pour 100 de 1 257 400 000 \$CAN. Au-delà de ce montant, le plafond de 100 000 000 \$US l'emporterait sur le plafond de 10 pour 100.



to the LFA in this proceeding, because it provided the funder with a return of 10 percent of any recovered proceeds, subject to a cap that varied depending on the timing of any settlement or judgment: *Loblaw*, above, at paragraphs 9–10. According to the plaintiffs, the LFA in *Loblaw* contemplated a greater multiplier than in this proceeding (six times the amount advanced, versus five in this proceeding), and the return to the funder was slightly more than the return to Therium would be under the LFA, when expressed as a percentage of the amount of funding advanced. (This may be in part because, according to the plaintiffs, the total damages claimed in *Loblaw* are approximately \$2 billion less than the \$12 billion claimed in this proceeding.<sup>4</sup>)

[64] I accept the plaintiffs’ submissions regarding the reasonableness of the LFA to Class Members, having regard to the risks they have identified, the uncapped 10 percent return generally received by the CPA in Ontario proceedings, and the LFAs that were approved in *Jensen* and *Loblaw*. Stated differently, I conclude that the considerations and precedents identified by the plaintiffs weigh in favour of a finding that the LFA, including the Funding Fee, is fair and reasonable to current and prospective Class Members.

[65] I will add for the record that the *amici* share this view. In this regard, the *amici* observe that although the LFA features the largest, or at least one of the largest, potential returns to a funder that has come before the courts in Canada, this is not unreasonable in light of the fact that Therium is facing “the largest risk” that a funder has undertaken: transcript, at page 47. Regarding jurisprudential precedents, the *amici* add that the combined return to Therium and plaintiffs’ counsel would come within what has been characterized as the “presumptive range of validity” (up to 30–35 percent of the claim proceeds) whenever either the US\$100 000 000 cap or the 10 percent cap set forth in the

<sup>4</sup> Counsel to the plaintiffs apparently are also involved in the proceeding in both *Loblaw* and *Jensen*.

la CSJO a approuvé un accord de financement [TRADUCTION] « comparable » à celui de l’AFL dans la présente instance, parce qu’il permettait au bailleur de fonds d’obtenir 10 pour cent de tout produit recouvré, sous réserve d’un plafond qui variait selon le moment de tout règlement ou jugement : *Loblaw*, précitée, aux paragraphes 9–10. Selon les demandeurs, l’AFL dans la décision *Loblaw* envisageait un multiplicateur plus important que dans la présente instance (six fois le montant avancé, comparativement à cinq fois dans la présente instance), et le rendement pour le bailleur de fonds était légèrement supérieur au rendement pour Therium aux termes de l’AFL, lorsqu’il est exprimé en pourcentage du montant du financement avancé. (Cela peut s’expliquer en partie par le fait que, selon les demandeurs, le total des dommages-intérêts réclamés dans l’affaire *Loblaw* est d’environ 2 milliards de dollars de moins que les 12 milliards de dollars réclamés dans la présente instance<sup>4</sup>.)

[64] J’accepte les observations des demandeurs au sujet du caractère raisonnable de l’AFL pour les membres du recours collectif, compte tenu des risques qu’ils ont cernés, du rendement non plafonné de 10 pour 100 généralement reçu au titre de la LRC dans les instances en Ontario, et des AFL qui ont été approuvés dans les décisions *Jensen* et *Loblaw*. Autrement dit, je conclus que les considérations et les précédents soulevés par les demandeurs militent en faveur d’une conclusion selon laquelle l’AFL, y compris les frais de financement, est juste et raisonnable pour les membres actuels et futurs du recours collectif.

[65] Je tiens à préciser que les amis de la cour partagent ce point de vue. À cet égard, les amis de la cour font remarquer que, bien que l’AFL offre les rendements potentiels les plus importants, ou au moins l’un des plus importants, à un bailleur de fonds qui a comparu devant les tribunaux au Canada, cela n’est pas déraisonnable, compte tenu du fait que Therium fait face au [TRADUCTION] « plus grand risque » qu’un bailleur de fonds ait déjà pris : transcription, à la page 47. En ce qui concerne les précédents jurisprudentiels, les amis de la cour ajoutent que les montants combinés revenant à Therium et aux avocats des demandeurs correspondraient à ce qui a été décrit

<sup>4</sup> Il semble que les avocats des demandeurs participent également à l’instance dans les affaires *Loblaw* et *Jensen*.



LFA applies—which would occur in over 90 percent of the possible outcomes in this case:<sup>5</sup> *TDL*, above, at paragraph 25; *Drynan*, above, at paragraphs 91, 98 and 111; *Houle 1*, above, at paragraph 33. See also *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII), at paragraphs 7–11.

[66] I will also note for the record that the representative plaintiffs have both stated, in their sworn affidavits, that they believe the LFA is fair and reasonable to themselves and to the class of people they propose to represent. Although this is relevant, it is “by no means determinative”: *Dugal*, above, at paragraph 17.

[67] Notwithstanding the foregoing, during the hearing of this motion I expressed concerns regarding the level of the Funding Fee in scenarios in which the recovery would be at the very low end of the spectrum between full recovery and zero. I noted a particular concern about the scenario in which the recovery is less than approximately \$150 million, which equates to 1.25 percent of the total damages claimed by the plaintiffs.

[68] In that scenario, the Funding Fee could reach as high as approximately [\*\*\*], after conversion into Canadian currency.<sup>6</sup> This is because the LFA would entitle Therium to a Funding Fee of the greater of five times the amount funded and 10 percent of the claim proceeds

<sup>5</sup> The 10 percent cap will kick in no later than the point at which 10 percent of the claim proceeds exceeds five times such committed funding ([\*\*\*]). Applying the 1.2574 rate of exchange mentioned above, the latter figure equates to roughly [\*\*\*]. It follows that 10 percent of the claim proceeds would exceed this amount when the total value of the claim proceeds exceeds [\*\*\*]. The latter figure represents approximately [\*\*\*] of the total amount claimed in this proceeding (C\$12 billion).

<sup>6</sup> This would represent five times the amount of the full amount of funding contemplated by the LFA, converted at 1.2574 (the average daily Bank of Canada exchange rate for the month of March 2021).

comme la [TRADUCTION] « fourchette de validité présumée » (jusqu’à 30 pour 100 à 35 pour 100 du produit de la réclamation) selon que le plafond de 100 000 000 \$US ou le plafond de 10 pour 100 prévu dans l’AFL s’applique — ce qui se produirait dans plus de 90 pour 100 des résultats possibles en l’espèce<sup>5</sup> : *TDL*, précitée, au paragraphe 25; *Drynan*, précitée, aux paragraphes 91, 98, 111; *Houle 1*, précitée, au paragraphe 33. Voir aussi *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2013 ONSC 7686 (CanLII), aux paragraphes 7–11.

[66] Je tiens également à souligner que les représentants demandeurs ont tous deux déclaré, dans leurs affidavits sous serment, qu’ils croyaient que l’AFL était juste et raisonnable pour eux-mêmes et pour le groupe de personnes qu’ils se proposaient de représenter. Bien que cela soit pertinent, ce n’est [TRADUCTION] « en aucun cas déterminant » : *Dugal*, précitée, au paragraphe 17.

[67] Nonobstant ce qui précède, au cours de l’audition de la présente requête, j’ai exprimé des préoccupations au sujet du montant des frais de financement dans les scénarios où le recouvrement se situerait à l’extrémité inférieure du spectre entre un recouvrement complet et un recouvrement nul. J’ai noté une préoccupation particulière au sujet du scénario dans lequel le recouvrement serait inférieur à environ 150 millions de dollars, ce qui équivaldrait à 1,25 pour 100 du total des dommages-intérêts réclamés par les demandeurs.

[68] Dans ce scénario, les frais de financement pourraient atteindre environ [\*\*\*], après conversion en devise canadienne<sup>6</sup>. Cela s’explique par le fait que l’AFL accorderait à Therium des frais de financement équivalant au plus élevé des deux montants suivants : cinq fois le

<sup>5</sup> Le plafond de 10 pour 100 entrera en vigueur au plus tard au moment où une proportion de 10 pour 100 du produit de la réclamation dépassera cinq fois le financement engagé ([\*\*\*]). En appliquant le taux de change de 1,2574 mentionné ci-dessus, ce dernier chiffre équivaut à environ [\*\*\*]. Il s’ensuit qu’une proportion de 10 pour 100 du produit de la réclamation dépasserait ce montant si la valeur totale du produit de la réclamation dépassait [\*\*\*]. Ce dernier chiffre représente environ [\*\*\*] du montant total demandé dans le cadre de la présente instance (12 milliards de dollars canadiens).

<sup>6</sup> Cela représenterait cinq fois le montant total du financement envisagé par l’AFL, converti selon un taux de 1,2574 (le taux de change quotidien moyen de la Banque du Canada pour le mois de mars 2021).

(subject to the aforementioned US\$100 000 000 cap). When that [\*\*\*] million is combined with the reimbursement of the full amount of funding provided for in the agreement (approximately [\*\*\*], after currency conversion), plus the 25 percent contingency fee established in the Contingency Fee Retainer Agreements that the representative plaintiffs and their legal counsel have executed (approximately \$37.5 million), the total amount recovered by Therium and [\*\*\*] plaintiffs' counsel would be [\*\*\*] million, of the total \$150 million recovery. This would represent [\*\*\*] of the claim proceeds, leaving only a trivial amount for the Class Members, assuming there were no disbursements funded by counsel, over and above those funded by Therium.

[69] In response to my concerns, counsel to the plaintiffs maintained that a settlement or damages award in the range of \$150 million is “highly unlikely.” In any event, they asserted that such a settlement or award would reflect a view that their claim is not strong. In such a scenario, the Class Members would not be any worse off than if the LFA were not approved, because they would not be entitled to significant compensation. The objective of any settlement would instead be to obtain reimbursement for the costs incurred in bringing the proceeding, and to avoid further outlays.

[70] The plaintiffs' assessment of the prospects for a settlement or a damages award in the range of \$150 million is largely supported by the *amici*, who observed that there is no reason to believe that an outcome in the range of \$150 million will likely occur. They characterized such an outcome as being not reasonably likely: transcript, at pages 56–58. In response to further exchanges on this issue, they observed that the plaintiffs' claim does not have “the look and feel of something that is going to be settled for an improvident amount”: transcript, at pages 63–64. If such an outcome were to present itself, the *amici* endorsed the plaintiffs' position that the Class Members would not have lost anything to which they were entitled, because the merits of the case would have evolved in a manner unfavourable to them. The *amici* added that, by virtue of

montant financé et 10 pour 100 du produit de la réclamation (sous réserve du plafond de 100 000 000 \$US susmentionné). Lorsque cette somme de [\*\*\*] millions est combinée au remboursement du montant total du financement prévu dans l'accord (environ [\*\*\*], après conversion des devises), plus les honoraires conditionnels de 25 pour 100 établis dans les ententes de mandat avec honoraires conditionnels que les représentants demandeurs et leurs avocats ont signées (environ 37,5 millions de dollars), le montant total recouvré par Therium et les avocats des demandeurs serait de [\*\*\*] millions sur le recouvrement total de 150 millions de dollars. Cela représenterait [\*\*\*] du produit de la réclamation, ce qui ne laisse qu'un montant négligeable pour les membres du recours collectif, en supposant qu'il n'y ait pas de débours financés par les avocats, en plus de ceux financés par Therium.

[69] En réponse à mes préoccupations, les avocats des demandeurs ont maintenu qu'un règlement ou une indemnité de l'ordre de 150 millions de dollars était [TRADUCTION] « très improbable ». Quoi qu'il en soit, ils ont affirmé qu'un tel règlement ou une telle adjudication refléterait une opinion selon laquelle leur réclamation n'est pas solide. Dans un tel scénario, les membres du recours collectif ne seraient pas dans une situation pire que si l'AFL n'était pas approuvé, parce qu'ils n'auraient pas droit à une indemnisation importante. L'objectif de tout règlement serait plutôt d'obtenir le remboursement des coûts engagés pour tenter la procédure et d'éviter d'autres débours.

[70] L'appréciation par les demandeurs des perspectives de règlement ou d'adjudication de dommages-intérêts de l'ordre de 150 millions de dollars est largement appuyée par les amis de la cour, qui ont observé qu'il n'y avait aucune raison de croire qu'un résultat de l'ordre de 150 millions de dollars était susceptible de se produire. Selon eux, un tel résultat n'est pas raisonnablement probable : transcription, aux pages 56–58. En réponse à d'autres échanges sur cette question, ils ont fait observer que la réclamation des demandeurs n'avait pas [TRADUCTION] « l'apparence d'une cause qui ferait l'objet d'un règlement pour une somme négligeable » : transcription, aux pages 63–64. Si un tel résultat devait se présenter, les amis de la cour ont appuyé la position des demandeurs selon laquelle les membres du recours collectif n'auraient perdu aucune

its supervision of any settlement, the Court would be in a position to accept or reject the settlement. At that point in time, one option available to the Court would be to adjust the compensation to the plaintiffs' counsel, to make more funds available to the Class Members.

[71] The *amici* also noted that “class members are typically the last to collect” in class action cases: transcript, at page 69. As a result, where there is a settlement at the low end of the spectrum, relative to what was claimed, they may not receive much of the settlement, if anything at all.

[72] Despite the plaintiffs' and the *amici*'s assessments of the low prospects for Class Members to wind up with very little, I encouraged the plaintiffs to discuss my concerns with Therium and try to alleviate them. The following week, the plaintiffs wrote to inform me that the parties to the LFA had agreed to a proposed amendment to the LFA (the Amendment).

[73] The Amendment contains an important change to paragraph 13.1 of the LFA. In brief, it would provide Class Members with an entitlement to US\$15 million in claim proceeds, immediately after the reimbursement of any funds advanced by Therium and disbursements funded by class counsel. Based on the above-mentioned exchange rate of 1.2574, US\$15 million would equate to approximately C\$19 million. For greater certainty, this entitlement would have priority over class counsel's contingency fee and Therium's Funding Fee. After the *amici* wrote to convey their view that the Amendment alleviates any concern that Therium would be overcompensated in the “low settlement/damages award” scenario that I identified during the hearing of this motion, I communicated this same view to the plaintiffs and the Amendment was executed.

chose à laquelle ils avaient droit, parce que le bien-fondé de l'affaire aurait évolué d'une manière qui leur est défavorable. Les amis de la cour ont ajouté que, en raison de sa supervision de tout règlement, la Cour serait en mesure d'accepter ou de rejeter le règlement. À ce moment-là, la Cour aurait la possibilité de rajuster la rémunération versée aux avocats des demandeurs afin de mettre plus de fonds à la disposition des membres du recours collectif.

[71] Les amis de la cour ont également souligné que [TRADUCTION] « les membres du recours collectif sont habituellement les derniers à percevoir des sommes » dans les cas de recours collectifs : transcription, à la page 69. Par conséquent, s'il y a un règlement à l'extrémité inférieure du spectre, par rapport au montant qui a été réclamé, il se peut qu'ils ne reçoivent qu'une petite partie du règlement, voire rien du tout.

[72] Malgré les appréciations des demandeurs et des amis de la cour selon lesquelles les membres du recours collectif ont très peu de chances d'obtenir un très faible montant, j'ai encouragé les demandeurs à discuter de mes préoccupations avec Therium et à essayer de les atténuer. La semaine suivante, les demandeurs m'ont écrit pour m'informer que les parties à l'AFL avaient accepté une modification proposée à l'AFL (la modification).

[73] La modification contient un changement important au paragraphe 13.1 de l'AFL. En bref, les membres du recours collectif auraient droit à 15 millions de dollars américains sur le produit de la réclamation, immédiatement après le remboursement des fonds avancés par Therium et les débours financés par les avocats du recours collectif. Compte tenu du taux de change de 1,2574, la somme de 15 millions de dollars américains équivaldrait à environ 19 millions de dollars canadiens. Il est entendu que ce droit aurait priorité sur les honoraires conditionnels des avocats du groupe et les frais de financement de Therium. Après que les amis de la cour ont écrit pour exprimer leur point de vue selon lequel la modification atténuait toute préoccupation selon laquelle Therium recevrait une indemnisation excessive dans le scénario [TRADUCTION] « d'un règlement/de dommages-intérêts d'un faible montant » que j'ai relevé pendant l'audience de la présente requête, j'ai communiqué ce même point de vue aux demandeurs, et la modification a été signée.

[74] In summary, for the various reasons identified by the plaintiffs and echoed by the *amici*, I find that the LFA, as amended, is fair and reasonable to current and prospective Class Members as a group. I have reached this finding based on (i) the high risk being incurred by Therium, (ii) the high level of uncertainty that Therium will face regarding the timing and extent of any recovery (including for the amounts it advances under the LFA), (iii) the returns to litigation funders (or litigation funders and class counsel combined) that have been approved by the courts in Canada, and (iv) the uncapped 10 percent levy to which the CPF is entitled in proceedings that it funds in Ontario.

[75] Moreover, the cap of US\$100 000 000 will ensure that the Funding Fee will not exceed 10 percent of the claim proceeds for any settlement above approximately C\$1.27 billion, which represents 89.5 percent of the possible outcome scenarios between complete success (C\$12 billion) and complete failure. The second cap of 10 percent, which will be triggered when 10 percent of the claim proceeds becomes greater than the Multiplier cap, will ensure that the Funding Fee does not exceed the 10 percent threshold in an additional range of the possible outcomes. Finally, the Amendment will ensure that the Class Members participate in any settlement or damages award that may arise in respect of the remaining, apparently unlikely, range of outcomes—assuming that it exceeds the amount of funds advanced by Therium and disbursements paid by class counsel.

[76] I will simply add in passing that any Class Member who is unhappy with the LFA will be entitled to opt out of the proceeding within the time and in the manner specified in any order certifying the proceeding as a class action: subsection 334.21(1) [of the Rules].

[77] Having regard to all of the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

[74] En résumé, pour les divers motifs soulevés par les demandeurs et repris par les amis de la cour, je conclus que l'AFL, dans sa version modifiée, est juste et raisonnable pour les membres du recours collectif actuels et futurs en tant que groupe. Je suis arrivé à cette conclusion en me fondant sur (i) le risque élevé pour Therium, (ii) le niveau élevé d'incertitude pour Therium en ce qui concerne le moment et l'étendue de tout recouvrement (y compris les montants qu'elle avance aux termes de l'AFL), (iii) les rendements pour les bailleurs de fonds de litiges (ou les bailleurs de fonds et les avocats du recours collectif combinés) qui ont été approuvés par les tribunaux au Canada, et (iv) le prélèvement non plafonné de 10 pour 100 auquel a droit le FARC dans les instances qu'il finance en Ontario.

[75] De plus, le plafond de 100 000 000 \$US fera en sorte que les frais de financement ne dépasseront pas 10 pour 100 du produit de la réclamation pour tout règlement supérieur à environ 1,27 milliard de dollars canadiens, ce qui représente 89,5 pour 100 des scénarios possibles entre le succès complet (12 milliards de dollars canadiens) et l'échec complet. Le deuxième plafond de 10 pour 100, qui sera déclenché si la somme correspondant à 10 pour 100 du produit de la réclamation est supérieure au plafond du multiplicateur, fera en sorte que les frais de financement ne dépasseront pas le seuil de 10 pour 100 dans une fourchette supplémentaire des résultats possibles. Enfin, la modification fera en sorte que les membres du recours collectif participeront à tout règlement ou à toute indemnité qui pourrait être accordée dans le cas des autres issues possibles et soi-disant improbables, en supposant que le montant accordé dépasse le montant des fonds avancés par Therium et les débours payés par les avocats du recours collectif.

[76] J'ajouterai simplement en passant que tout membre du recours collectif mécontent de l'AFL aura le droit de se retirer de l'instance dans le délai et de la manière précisés dans toute ordonnance autorisant l'instance comme recours collectif : paragraphe 334.21(1) des Règles.

[77] Compte tenu de tout ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

(6) Will the LFA make a meaningful contribution to deterring wrongdoing?

[78] The plaintiffs maintain that if they are successful in this action, in which they are seeking \$12 billion in damages, other firms will be deterred from engaging in behaviour that is similar to the Alleged Anti-competitive Agreements in the future. The *amici* agree.

[79] I agree that the LFA will greatly assist the plaintiffs to advance their claim against Amazon. To the extent that they are successful, either by obtaining a favourable judgment or award, or by reaching a settlement that reflects a sound claim, other firms will likely be deterred from engaging in conduct similar to the Allegedly Anti-competitive Agreements. In that scenario, the LFA would make a meaningful contribution to deterring wrongdoing.

[80] Accordingly, this factor weighs in favour of approving the LFA.

(7) Does the LFA interfere with the solicitor-client relationship, counsel's duty to the class members, or the carriage of the proceeding?

[81] An LFA must “not interfere with the lawyer-client relationship, the lawyer’s duties of loyalty and confidentiality, or the lawyer’s professional judgment and carriage of the litigation on behalf of the representative plaintiff or class members”: *Houle 1*, above, at paragraph 88.

[82] The plaintiffs maintain that the LFA in this proceeding ensures that there will be no such interference. I agree.

[83] Paragraph 10.1 of the LFA confirms that class counsel “must at all times comply with their professional duties to act independently and in the best interests of the Representative Plaintiffs and the members of the Total Class and in accordance with their other professional duties.”

6) L’AFL contribuera-t-il de façon significative à la prévention des actes répréhensibles?

[78] Les demandeurs maintiennent que, s’ils obtiennent gain de cause dans la présente instance, dans laquelle ils demandent des dommages-intérêts de 12 milliards de dollars, d’autres entreprises seront dissuadées de se livrer à des comportements semblables aux accords prétendument anticoncurrentiels à l’avenir. Les amis de la cour sont d’accord.

[79] Je conviens que l’AFL aidera grandement les demandeurs à faire avancer leur réclamation contre Amazon. Dans la mesure où ils ont gain de cause, soit en obtenant un jugement ou une adjudication favorable, soit en parvenant à un règlement qui reflète une réclamation valable, d’autres entreprises seront probablement dissuadées de se livrer à une conduite semblable aux accords prétendument anticoncurrentiels. Dans ce scénario, l’AFL contribuerait de façon significative à prévenir les actes répréhensibles.

[80] Par conséquent, ce facteur milite en faveur de l’approbation de l’AFL.

7) L’AFL nuit-il à la relation avocat-client, à l’obligation de l’avocat envers les membres du recours collectif ou à la conduite de l’instance?

[81] Un AFL ne doit pas [TRADUCTION] « nuire à la relation avocat-client, aux obligations de loyauté et de confidentialité de l’avocat ou au jugement professionnel de l’avocat et à la conduite du litige au nom du représentant demandeur ou des membres du recours collectif » : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 88.

[82] Les demandeurs maintiennent que l’AFL dans la présente instance garantit qu’il n’y aura pas d’ingérence de ce genre. Je partage cet avis.

[83] Le paragraphe 10.1 de l’AFL confirme que les avocats du recours collectif [TRADUCTION] « doivent en tout temps se conformer à leur obligation professionnelle d’agir de façon indépendante ainsi que dans l’intérêt supérieur des représentants demandeurs et des membres de l’ensemble du groupe, et conformément à leurs autres obligations professionnelles ».

[84] Moreover, paragraph 10.2 of the LFA stipulates that “the Representative Plaintiffs will have the sole and exclusive right to direct the conduct of the Claim and the Proceedings, including the sole and exclusive right to settle the proceedings.” That paragraph adds that nothing in the LFA “entitles Therium to interfere in the conduct of the Claim and/or the Proceedings.”

[85] Although paragraph 11.1 imposes certain obligations on class counsel towards Therium, those obligations are explicitly subject to paragraphs 10.1, 10.2 and 16 (discussed immediately below) of the LFA.

[86] In addition, paragraph 10.6 of the LFA confirms that “nothing in this Agreement shall permit Therium to override any advice given by the Solicitors to the Representative Plaintiffs.”

[87] Finally, as previously mentioned, Therium can only suspend or terminate the LFA with the prior approval of the Court: LFA, paragraphs 17.4 and 17.5.3.

[88] Having regard to the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (8) Does the LFA protect relevant legal privileges and the confidentiality of the parties’ information?

[89] An LFA must ensure that the third party funder will be bound by the deemed undertaking rule, and will be bound not to disclose confidential or privileged information: *Houle 1*, above, at paragraph 65.

[90] Once again, the plaintiffs maintain that the LFA sufficiently addresses these considerations. I agree.

[91] Pursuant to paragraph 15.2, Therium has agreed that any privileged information and documents disclosed to it at any time have been or will be disclosed on the additional basis that Therium has, or will have, a common interest in the pursuit and success of this action. That

[84] De plus, le paragraphe 10.2 de l’AFL stipule que [TRADUCTION] « les représentants demandeurs auront le droit exclusif de diriger le déroulement de la réclamation et des procédures, y compris le droit exclusif de régler les procédures ». Ce paragraphe ajoute que rien dans l’AFL [TRADUCTION] « n’autorise Therium à s’ingérer dans le déroulement de la réclamation ou de la procédure ».

[85] Bien que le paragraphe 11.1 impose certaines obligations aux avocats du recours collectif à l’égard de Therium, ces obligations sont explicitement assujetties aux paragraphes 10.1, 10.2 et 16 (dont il est question ci-après) de l’AFL.

[86] De plus, le paragraphe 10.6 de l’AFL confirme que [TRADUCTION] « rien dans le présent accord ne permet à Therium de passer outre aux conseils donnés par les avocats aux représentants demandeurs ».

[87] Enfin, comme il a été mentionné précédemment, Therium ne peut suspendre ou résilier l’AFL qu’avec l’approbation préalable de la Cour : AFL, aux paragraphes 17.4 et 17.5.3.

[88] Compte tenu de ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l’approbation de l’AFL.

- 8) L’AFL protège-t-il les privilèges juridiques pertinents et la confidentialité des renseignements des parties?

[89] Un AFL doit garantir que le tiers bailleur de fonds sera lié par la règle de l’engagement réputé et sera tenu de ne pas divulguer de renseignements confidentiels ou privilégiés : *Houle 1*, précitée, au paragraphe 65.

[90] Encore une fois, les demandeurs soutiennent que l’AFL tient suffisamment compte de ces considérations. Je suis d’accord.

[91] Aux termes du paragraphe 15.2, Therium a convenu que tout renseignement ou document privilégié qui lui était communiqué à tout moment était ou serait divulgué en tenant compte du fait que Therium avait, ou aurait, un intérêt commun dans la poursuite et le succès de la présente



same provision adds that Therium “will at all times take all reasonable steps to maintain that privilege.”

[92] Furthermore, pursuant to paragraph 16.1, the parties to the LFA have acknowledged that “Therium will be subject to an implied undertaking of confidentiality imposed upon the parties to the Proceedings with respect to any documents or information about the Claim and the Proceedings and the parties to the Proceedings that Therium may receive as a result of its rights under this Agreement.” Paragraph 16.2 further stipulates, without prejudice to paragraphs 15 and 16.1, that the parties to the LFA “agree to keep confidential and, where appropriate, maintain any privilege in all documents and information” that they exchange, subject to certain reasonable and ordinary exceptions.

[93] In view of the foregoing, this factor weighs in favour of approving the LFA.

- (9) Does the LFA protect legitimate interests of the defendants?

[94] The plaintiffs assert that Amazon does not have any good faith interest in the LFA. This position is based on the fact that class proceedings in this Court are conducted on a “no costs” basis, absent very limited circumstances: section 334.39 [of the Rules]; *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 45, [2013] 4 F.C.R. 234, at paragraph 45; CPA Ontario, section 31. In any event, the plaintiffs note that the LFA requires Therium to indemnify the representative plaintiffs in respect of any adverse cost order that might be made against them, up to a stipulated maximum: LFA, paragraphs 8.1–8.3. Beyond that limit, Therium has agreed to fund legal expense insurance sufficient to meet any additional risk that the representative plaintiffs or class counsel may identify. Therium is also entitled to obtain such insurance against any similar risk that it might identify.

[95] In addition, at the request of the representative plaintiffs or class counsel, and for the benefit of each defendant,

instance. Cette même stipulation ajoute que Therium [TRADUCTION] « prendra en tout temps toutes les mesures raisonnables pour maintenir ce privilège ».

[92] En outre, selon le paragraphe 16.1, les parties à l’AFL ont reconnu que [TRADUCTION] : « Therium sera[it] assujettie à un engagement implicite de confidentialité imposé aux parties à l’instance à l’égard de tout document ou renseignement au sujet de la réclamation, de l’instance et des parties à l’instance que Therium [pourrait] recevoir en raison de ses droits au titre du présent accord ». Le paragraphe 16.2 stipule d’ailleurs, sans préjudice aux paragraphes 15 et 16.1, que les parties à l’AFL [TRADUCTION] « conviennent de préserver la confidentialité et, s’il y a lieu, de maintenir tout privilège relatif à tous les documents et renseignements » qu’elles échangent, sous réserve de certaines exceptions raisonnables et ordinaires.

[93] Compte tenu de ce qui précède, ce facteur milite en faveur de l’approbation de l’AFL.

- 9) L’AFL protège-t-il les intérêts légitimes des défenderesses?

[94] Les demandeurs soutiennent qu’Amazon n’a aucun intérêt de bonne foi dans l’AFL. Cette position est fondée sur le fait que les recours collectifs devant la Cour sont menés sans adjudication de dépens, à moins qu’il y ait des circonstances très limitées : article 334.39 des Règles; *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 45, [2013] 4 R.C.F. 234, au paragraphe 45; LRC de l’Ontario, article 31. Quoi qu’il en soit, les demandeurs font remarquer que l’AFL exige que Therium indemnise les représentants demandeurs à l’égard de toute ordonnance d’adjudication de dépens défavorable qui pourrait être rendue contre eux, jusqu’à un maximum stipulé : AFL, aux paragraphes 8.1 à 8.3. Au-delà de cette limite, Therium a accepté de financer une assurance-frais juridiques suffisante pour couvrir tout risque supplémentaire que les représentants demandeurs ou les avocats du recours collectif pourraient repérer. Therium a également le droit d’obtenir une telle assurance contre tout risque similaire qu’elle pourrait repérer.

[95] De plus, à la demande des représentants demandeurs ou des avocats du recours collectif, et au profit de

Therium is required to sign an undertaking to comply with any adverse costs award, up to the above-mentioned limit: LFA, paragraph 8.5; LFA, Appendix 2, paragraph 2.1.1. That undertaking also requires Therium to attorn to the jurisdiction of the court in relation to any adverse cost order the Court may make, up to that limit: LFA, Appendix 2, paragraph 2.1.2.

[96] Having regard to the foregoing, and to the fact that Amazon chose not to make any submissions to the Court in connection with this motion, I consider that the LFA appears to protect any legitimate interest that Amazon may have in relation to the funding of this action: *TDL*, above, at paragraph 20. This is particularly so in light of the fact that Therium has agreed to be bound by the deemed undertaking of confidentiality, as discussed above.

[97] Accordingly, this factor weighs in favour of approving the LFA.

### C. *The Quebec issue*

[98] The LFA encompasses funding for both the present proceeding and the Quebec Proceeding. With that in mind, the *amici* raised two questions. The first question is whether this Court can approve an LFA that affects the interests of class members and the conduct of a class action in a different jurisdiction. The second question is whether a separate approval of the LFA must be provided by the Quebec Superior Court. The *amici* submitted that neither of those questions should play a role in this Court's approval of the LFA. They were only being identified because they might arise later in this proceeding.

[99] The plaintiffs reply that the present proceeding is a national class action. This is confirmed by the definitions of the three asserted classes, which are reproduced at paragraphs 14–17 above. Accordingly, I agree with the plaintiffs and the *amici* that this Court *can* proceed to approve the LFA at this stage, without knowing whether the Superior Court of Quebec will ultimately do the same for

chaque défenderesse, Therium est tenu de signer un engagement de se conformer à toute adjudication de dépens défavorable, jusqu'à concurrence de la limite susmentionnée : AFL, au paragraphe 8.5; AFL, annexe 2, au paragraphe 2.1.1. Cet engagement oblige également Therium à reconnaître la compétence du tribunal à l'égard de toute ordonnance de dépens défavorable que la Cour peut rendre, jusqu'à concurrence de cette limite : AFL, annexe 2, au paragraphe 2.1.2.

[96] Compte tenu de ce qui précède et du fait qu'Amazon a choisi de ne pas présenter d'observations à la Cour relativement à la présente requête, je considère que l'AFL semble protéger tout intérêt légitime qu'Amazon pourrait avoir relativement au financement de la présente instance : *TDL*, précitée, au paragraphe 20. Cela est particulièrement vrai à la lumière du fait que Therium a accepté d'être lié par un engagement de confidentialité réputé, comme il en a été question ci-dessus.

[97] Par conséquent, ce facteur milite en faveur de l'approbation de l'AFL.

### C. *La question du Québec*

[98] L'AFL comprend le financement de la présente instance et de l'instance au Québec. Dans cette optique, les amis de la cour ont soulevé deux questions. La première question est de savoir si la Cour peut approuver un AFL qui touche les intérêts des membres du recours collectif et la conduite d'un recours collectif dans une juridiction différente. La deuxième question est celle de savoir si une approbation distincte de l'AFL doit être fournie par la Cour supérieure du Québec. Les amis de la cour ont soutenu qu'aucune de ces questions ne devrait jouer un rôle dans l'approbation de l'AFL par la Cour. Elles ont été signalées seulement parce qu'elles pourraient être soulevées plus tard au cours de la présente instance.

[99] Les demandeurs répliquent que la présente instance est un recours collectif national. Cela est confirmé par les définitions des trois groupes proposés, qui sont reproduites aux paragraphes 14 à 17 ci-dessus. Par conséquent, je conviens avec les demandeurs et les amis de la cour que la Cour *peut* procéder à l'approbation de l'AFL à cette étape, sans savoir si la Cour supérieure du Québec

the portion of the LFA that pertains to the funding of the Quebec Proceeding.

[100] The question that remains is whether it would be *prudent* for this Court to approve the LFA without knowing whether it will also be approved by the Superior Court of Quebec. If the latter Court ultimately does not approve the LFA, this could well expose Class Members who are not part of the Quebec Proceeding to a real risk of having to subsidize that proceeding.

[101] Unfortunately, the Quebec Superior Court may not deal with this issue for a considerable period of time. According to the plaintiffs' counsel, the practice in Quebec is to defer the approval of LFAs until the settlement or final judgment stage of the proceedings. However, they maintain that the possibility of the Quebec Superior Court not approving the payment of the proportion of the expenses that will be required to advance the Quebec Proceeding is not "a practical reality": transcript, at page 32. The *amici* agreed that this "is not a realistic concern": transcript, at page 67. Plaintiffs' counsel added that they are not aware of any precedents where a court in Quebec refused to agree to approve a contribution to the costs required to bring separate proceedings in that province and in one or more other jurisdictions in Canada.

[102] As a further practical matter, plaintiffs' counsel and the *amici* both noted that this Court will maintain an ability to refuse to approve any settlement if it perceives that the Class Members in this proceeding are not being treated fairly.

[103] An additional practical consideration that is relevant for the present purposes pertains to the plaintiffs' intentions to endeavour to stay the Quebec Proceeding in favour of the action in this Court. If they are unsuccessful in doing so, plaintiffs' counsel stated that they intend to remove from the claim in this Court any claim for damages suffered by persons who are within the purview of the Quebec Proceeding.

en fera de même pour la partie de l'AFL qui concerne le financement de l'instance au Québec.

[100] Il reste à savoir s'il serait *prudent* que la Cour approuve l'AFL sans savoir s'il sera aussi approuvé par la Cour supérieure du Québec. Si la Cour supérieure n'approuve pas l'AFL, les membres du recours collectif qui ne participent pas à l'instance au Québec pourraient bien être exposés à un risque réel d'avoir à subventionner la présente instance.

[101] Malheureusement, la Cour supérieure du Québec ne se penchera peut-être pas sur cette question avant longtemps. Selon les avocats des demandeurs, la pratique au Québec consiste à reporter l'approbation des AFL jusqu'à l'étape du règlement ou du jugement final de la procédure. Toutefois, ils maintiennent que la possibilité que la Cour supérieure du Québec n'approuve pas le paiement de la proportion des dépenses qui sera nécessaire pour faire avancer l'instance au Québec n'est pas [TRADUCTION] « une réalité pratique » : transcription, à la page 32. Les amis de la cour ont convenu que ce [TRADUCTION] « n'[était] pas une préoccupation réaliste » : transcription, à la page 67. Les avocats des demandeurs ont ajouté qu'ils n'étaient pas au courant de précédents dans lesquels un tribunal du Québec avait refusé d'approuver une contribution aux coûts engagés pour tenter des procédures distinctes dans cette province et dans un ou plusieurs autres territoires de compétence au Canada.

[102] Sur le plan pratique, tant les avocats des demandeurs que les amis de la cour ont fait remarquer que la Cour conserverait la capacité de refuser d'approuver tout règlement si elle avait l'impression que les membres du recours collectif dans la présente instance n'étaient pas traités équitablement.

[103] Un autre facteur pratique qui est pertinent pour les besoins de la présente instance concerne l'intention des demandeurs de tenter de suspendre l'instance au Québec en faveur de l'action intentée devant la Cour. S'ils ne réussissent pas à le faire, les avocats des demandeurs ont déclaré qu'ils avaient l'intention de retirer de la demande présentée à la Cour toute réclamation pour les préjudices subis par les personnes visées par l'instance au Québec.

[104] Having regard to all of the foregoing, I do not consider that the uncertainty relating to when and how the LFA may be treated by the Quebec Superior Court is a reason for refraining from approving the LFA at this time.

[105] I will pause to observe that I am sympathetic to class counsel's position that it is prudent to coordinate the funding of present proceeding and the Quebec Proceeding, so as to avoid "duplication of effort, costs, and most importantly, different economic or factual evidence that could undermine the action in each jurisdiction." It is readily apparent that, by coordinating the two actions in parallel and retaining only one team of economic experts, the costs required to advance them can be reduced, with consequent benefits to the class members in both proceedings.

*D. Conclusion regarding the approval of the LFA*

[106] Given the findings I have reached in relation to each of the factors addressed above, I will approve the LFA.

[107] For the record, I considered the possibility of providing a preliminary approval, subject to revisiting the LFA at the time any settlement that may be reached or any final judgment on the merits of this action may be made. However, after considering the representations made by class counsel and the *amici* on this point, I decided against doing so. In brief, class counsel submitted that "capital likes certainty" and "nobody is going to advance money" to fund litigation absent a degree of certainty regarding the return on their investment. The *amici* observed that this would not likely be a workable option for this proceeding. I am inclined to agree, particularly given that the cap of US\$100 000 000 provides certainty to the Court regarding the maximum recovery to which Therium will be entitled. The other caps (the greater of five times the funding advanced and 10 percent of the claim proceeds), provide further certainty to the Court regarding Therium's eventual recovery, and the fact that it will be in the range that has been approved in other cases.

[104] Compte tenu de tout ce qui précède, je ne considère pas que l'incertitude quant au moment et à la façon dont l'AFL peut être traitée par la Cour supérieure du Québec soit une raison pour s'abstenir d'approuver l'AFL à ce moment-ci.

[105] Je m'arrête un instant pour noter que je comprends la position des avocats du recours collectif selon laquelle il est prudent de coordonner le financement de la présente instance et celui de l'instance au Québec, afin d'éviter [TRADUCTION] « le dédoublement des efforts, des coûts et, surtout, des preuves économiques ou factuelles différentes qui pourraient nuire à l'action dans chaque juridiction ». Il est évident qu'en coordonnant les deux instances en parallèle et en ne retenant qu'une seule équipe d'experts économiques, les coûts nécessaires pour les faire avancer peuvent être réduits, ce qui entraîne des avantages pour les membres du recours collectif dans les deux instances.

*D. Conclusion concernant l'approbation de l'AFL*

[106] Compte tenu des conclusions que j'ai tirées relativement à chacun des facteurs susmentionnés, j'approuverai l'AFL.

[107] Il est à noter que j'ai envisagé la possibilité de fournir une approbation préliminaire, sous réserve d'un réexamen de l'AFL au moment de tout règlement qui pourrait être conclu ou de tout jugement définitif sur le bien-fondé de la présente instance. Toutefois, après avoir examiné les observations faites par les avocats du recours collectif et les amis de la cour sur ce point, j'ai décidé de ne pas le faire. En bref, les avocats du recours collectif ont soutenu que [TRADUCTION] « le capital aime la certitude » et que [TRADUCTION] « personne ne va avancer d'argent » pour financer un litige en l'absence d'un certain degré de certitude concernant le rendement de son investissement. Les amis de la cour ont observé que ce ne serait probablement pas une option pratique pour la présente instance. Je suis enclin à être d'accord, d'autant plus que le plafond de 100 000 000 \$US donne une certitude à la Cour quant au recouvrement maximal auquel Therium aura droit. Les autres plafonds (cinq fois le montant avancé ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le plus élevé de ces montants) donnent une plus grande certitude à la Cour quant au recouvrement éventuel de Therium et au fait qu'il

[108] I will observe in passing that, according to class counsel, the only precedents where approval of litigation funding was postponed to the end of the proceeding involved LFAs that also included the funding of legal fees, which typically are approved at the end of class proceedings: *Houle 1*, above, at paragraphs 28 and 87, affd *Houle 2*, at paragraphs 7 and 44; *Flying E*, above, at paragraphs 24 and 35; *Drynan*, above, at paragraphs 14–15 and 81–89; *TDL*, above, at paragraphs 4, 25 and 26. The amici did not suggest otherwise.

## VII. Confidentiality issue

[109] In their notice of motion and request for relief, the plaintiffs requested an order permitting them “to serve and file the Motion Record with the terms relating to the maximum amount of litigation funding that Therium will provide under the [LFA] redacted, and to file with the Court an unredacted copy of the [LFA] under seal.” The plaintiffs now wish to maintain the redactions in the version of the LFA that is publicly available.

[110] In support of this request, the plaintiffs state that Therium does not want its competitors to see how it prices cases and how it protects against downside risk. In addition, they maintain that disclosure of the sensitive information in the LFA, including the caps established therein, would not serve an access to justice purpose.

[111] I readily accept that information pertaining to the maximum amount of funding provided under the LFA is competitively sensitive. This includes the maximum amounts of the tranches in which funding will be advanced. In addition to being competitively sensitive, this information is sensitive in the sense that its disclosure to Amazon could well affect how Amazon conducts itself in this proceeding. I also accept that the other, very limited, terms of the LFA that have been redacted are commercially sensitive and ought not to be disclosed to the defendants.

sera de l’ordre des sommes qui ont été approuvées dans d’autres causes.

[108] Je note en passant que, selon les avocats du recours collectif, les seuls précédents dans lesquels l’approbation du financement du litige a été reportée à la fin de la procédure concernaient des AFL qui comprenaient également le financement des frais juridiques, qui sont habituellement approuvés à la fin du recours collectif : *Houle 1*, précitée, aux paragraphes 28, 87, conf. par *Houle 2*, précitée, aux paragraphes 7, 44; *Flying E*, précitée, aux paragraphes 24, 35; *Drynan*, précitée, aux paragraphes 14, 15, 81–89; *TDL*, précitée, aux paragraphes 4, 25, 26. Les amis de la cour n’ont pas laissé entendre le contraire.

## VII. La question de la confidentialité

[109] Dans leur avis de requête et leur demande de réparation, les demandeurs ont sollicité une ordonnance leur permettant de [TRADUCTION] « signifier et déposer le dossier de requête en caviardant les modalités relatives au montant maximal de financement du litige que Therium fournira en vertu de [l’AFL], et déposer auprès de la Cour une copie non caviardée de [l’AFL] sous scellé ». Les demandeurs souhaitent maintenant conserver les caviardages dans la version de l’AFL qui est accessible au public.

[110] À l’appui de cette demande, les demandeurs affirment que Therium ne veut pas que ses concurrents voient comment elle établit le prix des causes et comment elle se protège contre le risque de perte. De plus, ils maintiennent que la divulgation de renseignements de nature délicate dans l’AFL, y compris les plafonds qui y sont établis, ne servirait pas un objectif d’accès à la justice.

[111] J’accepte volontiers le fait que les renseignements relatifs au montant maximal de financement fourni dans le cadre de l’AFL sont de nature délicate sur le plan de la concurrence. Cela comprend les montants maximaux des tranches dans lesquelles le financement sera avancé. En plus d’être de nature délicate sur le plan de la concurrence, ces renseignements sont de nature délicate en ce sens que leur divulgation à Amazon pourrait avoir une incidence sur la façon dont Amazon se conduit dans le cadre de la présente instance. Je reconnais également que les autres conditions très limitées de l’AFL qui ont été

[112] However, I reject the plaintiffs' position that the information regarding the fee caps in the LFA ought to be kept confidential. For greater certainty, those caps will entitle Therium to the greater of the Multiplier (five times the committed funds) and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000. In my view, the Class Members have a strong interest in knowing those caps. To the extent that members of the media or the general public have any interest in this motion, it would be difficult for them to fully appreciate the issues that have been raised without knowing those caps.

[113] Moreover, I accept the *amici*'s advice that I ought to be guided by the approach that has been taken in other cases, where information regarding caps and "multipliers" has not been kept confidential: see e.g., *Jensen*, above, at Exhibit "A", paragraph 5.1; *Kinross [Bayens v. Kinross Gold Corporation]*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150], at paragraph 15; *Loblaw*, above, at paragraphs 9–10; *Drynan*, above, at paragraphs 14 and 109; *Flying E*, above, at paragraph 25; *Houle 2*, above, at paragraph 17; *TDL*, above, at paragraph 24; *Schenk*, above, at paragraph 15; *Stanway*, above, at paragraph 8.

[114] Accordingly, I will grant the plaintiffs' request to maintain the confidentiality of the redacted terms relating to (i) the maximum amount of funding that Therium will provide under the LFA, including the maximum amount to be provided in tranches, (ii) certain circumstances under which it can apply to suspend or terminate the LFA, and (iii) the Project Plan included in Appendix 1 to the LFA. However, I will not grant the plaintiffs' request to maintain the confidentiality of the above-mentioned caps.

### VIII. Conclusion

[115] For the reasons set forth above, I will approve the LFA and grant the plaintiffs' request to maintain the

caviardées sont délicates sur le plan commercial et ne devraient pas être divulguées aux défenderesses.

[112] Toutefois, je rejette la position des demandeurs selon laquelle les renseignements concernant les plafonds appliqués aux frais dans l'AFL devraient demeurer confidentiels. Il est entendu que ces plafonds permettront à Therium de recevoir un montant correspondant au multiplicateur (cinq fois les fonds engagés) ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le plus élevé de ces montants, sous réserve d'un plafond de 100 000 000 \$US. À mon avis, les membres du recours collectif ont tout intérêt à connaître ces plafonds. Dans la mesure où les membres des médias ou le grand public s'intéressent à la présente requête, il serait difficile pour eux de bien comprendre les questions qui ont été soulevées sans connaître ces plafonds.

[113] De plus, j'accepte l'avis des amis de la cour selon lequel je devrais être guidé par l'approche qui a été adoptée dans d'autres affaires dans lesquelles les renseignements concernant les plafonds et les « multiplicateurs » n'ont pas été gardés confidentiels : voir, p. ex., *Jensen*, précitée, à la pièce A, au paragraphe 5.1; *Kinross [Bayens v. Kinross Gold Corporation]*, 2013 ONSC 4974 (CanLII), 117 O.R. (3d) 150], au paragraphe 15; *Loblaw*, précitée, aux paragraphes 9–10; *Drynan*, précitée, aux paragraphes 14, 109; *Flying E*, précitée, au paragraphe 25; *Houle 2*, précitée, au paragraphe 17; *TDL*, précitée, au paragraphe 24; *Schenk*, précitée, au paragraphe 15; *Stanway*, précitée, au paragraphe 8.

[114] Par conséquent, je fais droit à la demande des demandeurs de préserver la confidentialité des modalités caviardées concernant (i) le montant maximal de financement que Therium fournira aux termes de l'AFL, y compris le montant maximal à fournir en tranches, (ii) certaines circonstances dans lesquelles elle peut demander la suspension ou la résiliation de l'AFL, et (iii) le plan de projet inclus à l'annexe 1 de l'AFL. Toutefois, je ne ferai pas droit à la demande des demandeurs visant à préserver la confidentialité des plafonds susmentionnés.

### VIII. Conclusion

[115] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'approuverai l'AFL et je ferai droit à la demande des demandeurs afin



confidentiality of the provisions that the plaintiffs have requested be redacted from the LFA, except for the amounts of the caps discussed immediately above.

[116] In closing, I consider it appropriate to address a troublesome aspect of this motion. In brief, the Court was essentially presented with a “take it or leave it” proposition. According to class counsel, any attempt by the Court to modify the terms of the proposed LFA would raise a very real prospect of Therium backing away from this proceeding, thereby depriving the Class Members of their only realistic chance of advancing their case. Counsel suggested that the likelihood of finding another funder was low and that their prospects for persuading Therium to revisit the LFA, after having spent approximately three months negotiating it, were dim. Class counsel further suggested that it could take months to renegotiate the LFA, that the plaintiffs “will be prejudiced if the funding is not approved and made available immediately,” and that the terms of the LFA are the “best” that could be obtained from Therium.

[117] It is unseemly to put the Court in this position. The Court is not a “rubber stamp.” It exercises oversight of class proceedings for a reason. Despite the duty of loyalty and the responsibilities that class counsel have to their clients, it cannot be assumed that they will always put the interests of class members first when such agreements or arrangements are negotiated. This is one important reason why the Court’s approval of LFAs and contingency fee arrangements is necessary.

[118] Having regard to the foregoing, it is not prudent to expect that the Court will approve a proposed LFA without requiring certain modifications. This is especially so when the LFA contemplates the possibility of class members receiving nothing, or a relatively small share of claim proceeds, in scenarios that could reasonably be expected to raise legitimate questions among class members and the public at large. To the extent that such scenarios could have the potential to undermine public confidence in the

de préserver la confidentialité des stipulations qu’ils ont demandé à caviarder de l’AFL, sauf pour les montants des plafonds susmentionnés.

[116] En terminant, j’estime qu’il convient d’aborder un aspect problématique de la présente requête. En bref, la Cour s’est vu essentiellement présenter une proposition « à prendre ou à laisser ». Selon les avocats du recours collectif, toute tentative de la Cour de modifier les conditions de l’AFL proposé soulèverait une possibilité très réelle que Therium se retire de la présente instance, privant ainsi les membres du recours collectif de leur seule chance réaliste de faire avancer leur cause. Les avocats ont laissé entendre que la probabilité de trouver un autre bailleur de fonds était faible et que leurs chances de persuader Therium de réexaminer l’AFL, après avoir passé environ trois mois à le négocier, étaient faibles. Les avocats du recours collectif ont en outre laissé entendre qu’une renégociation de l’AFL pourrait prendre des mois, que les demandeurs [TRADUCTION] « subir[aient] un préjudice si le financement n’[était] pas approuvé et rendu disponible immédiatement », et que les modalités de l’AFL étaient les [TRADUCTION] « meilleures » qui pourraient être obtenues de Therium.

[117] Il est inconvenant de placer la Cour dans cette position. La Cour n’est pas là pour « apposer un tampon ». Elle exerce une surveillance des recours collectifs pour une raison précise. Malgré l’obligation de loyauté et les responsabilités des avocats du recours collectif envers leurs clients, on ne peut pas supposer qu’ils feront toujours passer les intérêts des membres du recours collectif en premier lorsque de tels accords ou arrangements seront négociés. C’est l’une des raisons importantes pour lesquelles il est nécessaire que la Cour approuve les AFL et les ententes sur les honoraires conditionnels.

[118] Compte tenu de ce qui précède, il n’est pas prudent de s’attendre à ce que la Cour approuve un AFL proposé sans exiger certaines modifications. C’est d’autant plus vrai lorsque l’AFL envisage la possibilité que les membres du recours collectif ne reçoivent rien, ou une part relativement faible du produit de la réclamation, dans des scénarios qui pourraient raisonnablement soulever des questions légitimes parmi les membres du recours collectif et le grand public. Dans la mesure où de tels scénarios

Court and in the administration of justice, they may well need to be revisited and addressed.

[119] The better way in which to proceed would be for class counsel and litigation funders to be prepared for the possibility that modifications to a proposed LFA may need to be made to obtain the Court's approval. In other words, the parties to a proposed LFA should have a "plan B", in case the Court expresses concerns regarding one or more aspects of the LFA. They should also anticipate that the Court may well want to test assertions made by class counsel, by sending them back to discuss potential modifications with the litigation funder. It bears underscoring that this is particularly so where the proposed LFA contemplates the possibility described in the immediately preceding paragraph above. I pause to observe that the *amici* agreed that this is an entirely reasonable manner for the Court to proceed in such circumstances. Indeed, after I requested that class counsel discuss the concerns I raised with respect to the initial version of the LFA that was filed with the Court, class counsel wrote the following week to advise that the parties to the LFA had agreed to a proposed Amendment, which sufficiently addressed my concerns. (See discussion, at paragraphs 68–77.)

[120] An even better way in which to proceed would be to structure proposed LFAs in a manner that more fairly calibrates and balances the returns to the litigation funder, class counsel and class members along the continuum of possible outcomes. I recognize and accept that it may be entirely appropriate to ensure that a litigation funder and class counsel are reimbursed for their out-of-pocket expenses and that they receive at least some reasonable return on their investment, in priority to any distribution being made to class members. However, it is not immediately apparent why the level of funding fees and legal fees should be invariable beyond the point at which their out-of-pocket expenses are reimbursed. A fairer approach, and one that would be better aligned with the interests of justice, would be to structure a proposed LFA in a manner

pourraient avoir le potentiel de miner la confiance du public envers la Cour et l'administration de la justice, ils pourraient bien devoir être réexaminés et faire l'objet de mesures.

[119] La meilleure façon de procéder serait que les avocats du recours collectif et les bailleurs de fonds du litige soient prêts à faire face à la possibilité qu'il faille apporter des modifications à un AFL proposé pour obtenir l'approbation de la Cour. Autrement dit, les parties à un AFL proposé devraient avoir un « plan B », au cas où la Cour exprimerait des préoccupations au sujet d'un ou de plusieurs aspects de l'AFL. Elles devraient également prévoir le fait que la Cour pourrait bien vouloir vérifier les assertions faites par les avocats du recours collectif en leur demandant de discuter de modifications possibles avec le bailleur de fonds du litige. Il convient de souligner que c'est particulièrement le cas lorsque l'AFL proposé envisage la possibilité décrite au paragraphe précédent. Je m'arrête ici pour noter que les amis de la cour ont convenu qu'il s'agissait d'une façon tout à fait raisonnable pour la Cour de procéder dans de telles circonstances. En effet, après avoir demandé que les avocats du recours collectif discutent des préoccupations que j'ai soulevées au sujet de la version initiale de l'AFL qui avait été déposée auprès de la Cour, les avocats du recours collectif ont écrit une lettre la semaine suivante pour indiquer que les parties à l'AFL avaient accepté une modification proposée, ce qui a suffisamment répondu à mes préoccupations. (Voir l'analyse, aux paragraphes 68 à 77.)

[120] Une façon encore meilleure de procéder serait de structurer les AFL proposés de façon à mieux calibrer et équilibrer le rendement pour le bailleur de fonds du litige, les avocats du recours collectif et les membres du recours collectif, selon le continuum des résultats possibles. Je reconnais et j'accepte le fait qu'il peut être tout à fait approprié de s'assurer que le bailleur de fonds d'un litige et l'avocat d'un recours collectif se font rembourser leurs dépenses et qu'ils reçoivent au moins un rendement raisonnable sur leur investissement, en priorité à toute distribution faite aux membres du recours collectif. Toutefois, la raison pour laquelle les frais de financement et les frais juridiques devraient être invariables, au-delà du moment où leurs dépenses sont remboursées, n'est pas immédiatement manifeste. Une approche plus juste, qui serait mieux

that provides for a sliding scale of returns, so that the class members can begin to share in the claim proceeds after the out-of-pocket expenses of the litigation funder and class counsel have been reimbursed.

ORDER in T-445-20

THIS COURT ORDERS that:

1. The litigation funding agreement (LFA)], dated December 29, 2020, between Therium Litigation Finance Atlas AP IC, Stephanie Difederico, Jameson Casey, Audrey Wells, Strosberg Sasso Sutts LLP, Orr Taylor LLP and IMK S.E.N.C.R.L./LLP, as amended on March 15, 2021, is approved.
2. The plaintiffs' request that certain redactions be made to the version of the LFA that will be made available to the public is granted, except for the redactions under the column entitled "Funding Fee", in the Schedule to the LFA. For greater certainty, the description of the fee caps (the greater of five times the committed funds for the various funding tranches and 10 percent of the claim proceeds, subject to a cap of US\$100 000 000) shall not be redacted.

alignée sur les intérêts de la justice, consisterait à structurer un AFL proposé de manière à prévoir une échelle mobile de rendements, de sorte que les membres du recours collectif puissent commencer à obtenir une part du produit de la réclamation après le remboursement des dépenses du bailleur de fonds du litige et des avocats du recours collectif.

ORDONNANCE dans le dossier T-445-20

LA COUR ORDONNE :

1. L'accord de financement de litige (l'AFL) du 29 décembre 2020 entre Therium Litigation Finance Atlas AP IC, Stephanie Difederico, Jameson Casey, Audrey Wells, Strosberg Sasso Sutts LLP, Orr Taylor LLP et IMK S.E.N.C.R.L./LLP, modifié le 15 mars 2021, est approuvé.
2. La demande des demandeurs pour que certains caviardages soient ajoutés à la version de l'AFL qui sera mise à la disposition du public est acceptée, sauf pour les caviardages dans la colonne intitulée [TRADUCTION] « Frais de financement » de l'annexe de l'AFL. Il est entendu que la description des plafonds s'appliquant aux frais (cinq fois les fonds engagés pour les diverses tranches de financement ou 10 pour 100 du produit de la réclamation, selon le plus élevé de ces montants, sous réserve d'un plafond de 100 000 000 \$US) ne sera pas caviardée.

2021 FCA 52 A-282-18	2021 CAF 52 A-282-18
<b>Apotex Inc. (Appellant)</b>	<b>Apotex Inc. (appelante)</b>
v.	c.
<b>Shire LLC and Shire Pharma Canada ULC (Respondents)</b>	<b>Shire LLC et Shire Pharma Canada ULC (intimées)</b>
A-283-18	A-283-18
<b>Apotex Inc. (Appellant)</b>	<b>Apotex Inc. (appelante)</b>
v.	c.
<b>Shire Pharma Canada ULC, Shire LLC and the Minister of Health (Respondents)</b>	<b>Shire Pharma Canada ULC, Shire LLC et le ministre de la Santé (intimés)</b>

**INDEXED AS: APOTEX INC. v. SHIRE LLC**

Federal Court of Appeal, Rennie, de Montigny and Gleason J.J.A.—By videoconference, December 15 and 16, 2020; Ottawa, March 11, 2021.

*Patents — Appeal from Federal Court decision concluding that asserted claims of Canadian Patent No. 2527646 ('646 patent) valid, prohibiting respondent Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) for Lisdexamfetamine (LDX) to appellant — LDX designed to treat attention deficit and hyperactivity disorder — Appellant filing abbreviated new drug submission, seeking NOC to manufacture, sell Apo-Lisdexamfetamine — Seeking declaration that '646 patent invalid or that Apo-Lisdexamfetamine non-infringing — Federal Court adopting test in Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. (Sanofi) — Appellant claiming Australian Patent No. 1965054168 ('168 patent) disclosing asserted claims of '646 patent — Federal Court concluding that: appellant not meeting its burden with respect to disclosure requirement; claims' inventive concept grasped without difficulty; differences between inventive concept, prior art not obvious to try — Finding claims of '646 patent specific, valid — Granting Shire's request for prohibition order — Appellant arguing, inter alia, that: Federal Court's approach inconsistent with changes to Patent Act following Sanofi; Federal Court erring in considering advantages of LDX in anticipation analysis; Federal Court departing from claim-by-claim approach mandated by Patent Act, s. 28.3 in analysis of inventive concept; Federal Court erring in stage 4 of Sanofi analysis —*

**RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. SHIRE LLC**

Cour d'appel fédérale, juges Rennie, de Montigny et Gleason, J.C.A.—Par vidéoconférence, 15 et 16 décembre 2020; Ottawa, 11 mars 2021.

*Brevets — Appel interjeté contre la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que les revendications du brevet canadien n° 2527646 (brevet '646) étaient valides, et qu'il fallait interdire au ministre de la Santé intimé de délivrer un avis de conformité (AC) à l'appelante pour la lisdexamfétamine (LDX) — La LDX vise à traiter le trouble déficitaire de l'attention avec hyperactivité — L'appelante a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle en vue d'obtenir un AC pour la fabrication et la vente de l'Apo-Lisdexamfétamine — Elle a demandé une déclaration portant que le brevet '646 était invalide ou que l'Apo-Lisdexamfétamine ne donnait lieu à aucune contre-façon — La Cour fédérale est partie du critère défini dans l'arrêt Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc. (Sanofi) — L'appelante a prétendu que le brevet australien 1965054168 (le brevet '168) divulguait les revendications invoquées du brevet '646 — La Cour fédérale a conclu que l'appelante n'avait pas satisfait au critère relatif à la divulgation; que l'idée originale des revendications pouvait facilement être comprise; que les différences entre l'idée originale et l'art antérieur n'allaient pas de soi — Elle a conclu que les revendications du brevet '646 étaient suffisamment précises et qu'elles étaient valides — Elle a accueilli la demande présentée par Shire en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction — L'appelante a fait valoir notamment que l'approche de la Cour fédérale était*

*Main issue whether Federal Court erring in adopting Sanofi test or in its application to the facts herein — Federal Court committing no reviewable error in legal framework nor in its application to facts as found — Validity analysis not changing depending on whether patent classified as selection patent or not — Core of appellant’s argument being that Federal Court erring by not conducting anticipation analysis by comparing ’168, ’646 patents — This amounting to assertion that genus patents necessarily anticipating chemical composition claims in species patents — “Necessarily infringe” test,<sup>1</sup> requirements of Patent Act, s. 28.2 applying to all patents — But anticipation still having role in context of genus disclosures — Federal Court finding specific asserted claims within ’646 patent not anticipated — Obviousness also assessed on claim-by-claim basis — Federal Court determining inventive concept based on reading of claims informed by specification — Patent Act, s. 28.3 not displacing longstanding case law indicating how obviousness determined — Sanofi not changing substantive law of obviousness by implication — Term “inventive concept” not materially different than previously used term “solution taught by the patent” — In sum, single inventive concept flowing through patent, but each claim’s specific inventive concept may be different — Federal Court not erring in having regard to properties, beneficial features of LDX — Inventive concept cannot be used as vehicle to construe or read inventive concept of claims more narrowly or broadly than their text will allow — Redundancy only permitted where purposive analysis showing that claims duplicated — Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. SNF Inc. not contradicting Sanofi — If identification about inventive concept not readily apparent, court should “simply work on the features of the claim” — With respect to last stage of obviousness inquiry, Federal Court making determinations of fact related directly to other two “obvious to try” factors, cementing Federal Court’s position, rather than detracting from it — Appeal dismissed.*

*incompatible avec les modifications apportées à la Loi sur les brevets à la suite de l’arrêt Sanofi; que la Cour fédérale a commis une erreur en tenant compte des avantages de la LDX dans son analyse de l’antériorité; que dans son analyse de l’idée originale, la Cour fédérale a dérogé à l’analyse de chaque revendication prescrite à l’art. 28.3 de la Loi sur les brevets; que la Cour fédérale a commis une erreur dans son analyse du quatrième volet du critère défini dans l’arrêt Sanofi — Il s’agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant le critère défini dans l’arrêt Sanofi ou dans la façon dont elle l’a appliqué aux faits de la présente affaire — La Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision en ce qui concerne le cadre juridique et dans l’application de ce cadre aux faits en l’espèce — L’analyse de la validité reste la même, que le brevet soit défini comme brevet de sélection ou non — L’essentiel de l’argumentation de l’appelante voulait que la Cour fédérale ait commis une erreur en ne procédant pas à l’analyse relative à l’antériorité qui appelle une comparaison des brevets ’168 et ’646 — Cette thèse se résumait ainsi : les brevets de genre antériorisent nécessairement les revendications portant sur la composition chimique visées par les brevets d’espèce — Le critère selon lequel il doit nécessairement y avoir contrefaçon<sup>1</sup> de même que les exigences prévues à l’art. 28.2 de la Loi sur les brevets s’appliquent à tous les brevets — Mais l’antériorité continue de jouer dans la divulgation de brevets de genre — La Cour fédérale a conclu que les revendications précises du brevet ’646 n’ont pas été antériorisées — L’analyse relative à l’évidence appelait elle aussi une évaluation de chaque revendication — La Cour fédérale a défini l’idée originale en se fondant sur une interprétation des revendications étayée par le mémoire descriptif — L’art. 28.3 de la Loi sur les brevets n’a pas supplanté la jurisprudence de longue date qui indique comment l’évidence doit être déterminée — L’arrêt Sanofi ne modifie pas implicitement les règles de droit en matière d’évidence — Le terme « idée originale » ne diffère pas sensiblement de l’expression qui était utilisée auparavant, à savoir la « solution enseignée par le brevet » — En résumé, une seule idée originale doit se dégager d’un brevet, mais chaque revendication peut présenter une idée originale différente — La Cour fédérale n’a commis aucune erreur en tenant compte des propriétés et des caractéristiques avantageuses de la LDX — L’idée originale ne saurait permettre une interprétation plus restrictive ou plus générale de l’idée originale des revendications que celle qui est autorisée par leur libellé — La redondance n’est acceptée que si une analyse téléologique montre qu’il y a réellement chevauchement entre les revendications — L’arrêt Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. SNF Inc. ne contredit pas l’arrêt Sanofi — Si la définition de l’idée originale n’est pas manifeste, la cour devrait « se concentrer simplement sur*

<sup>1</sup> See *Hospira*, at para. 66: “The prior art reference must disclose the claimed invention such that, if performed, it would necessarily result in infringement”.

<sup>1</sup> Voir *Hospira*, par. 66 : « L’antériorité doit divulguer l’invention revendiquée de sorte que, une fois réalisée, elle contreferait nécessairement le brevet ».

This was an appeal from a Federal Court decision concluding that the asserted claims of Canadian Patent No. 2527646 ('646 patent) were valid, and that the respondent Minister of Health should be prohibited from issuing a notice of compliance (NOC) for Lisdexamfetamine (LDX) to the appellant.

LDX is a chemical compound sold by the respondents Shire LLC and Shire Pharma Canada ULC (Shire). It is designed to treat attention deficit and hyperactivity disorder. The appellant filed an abbreviated new drug submission with Health Canada seeking a NOC to manufacture and sell Apo-Lisdexamfetamine and served Shire with a notice of allegation under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (Regulations). Shire sought to prohibit the Minister from granting the appellant the NOC until the expiry of the '646 patent. The appellant subsequently sought a declaration that the '646 patent was invalid, or, alternatively, that Apo-Lisdexamfetamine would not infringe any valid claim of the '646 patent. In addressing the anticipation requirement, the Federal Court adopted as the starting point the test articulated in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.* (*Sanofi*). On this issue, the appellant claimed Australian Patent No. 1965054168 ('168 patent) discloses the asserted claims of the '646 patent. The Federal Court disagreed and concluded that the appellant had not met its burden with respect to the disclosure requirement. On the issue of obviousness, the Federal Court concluded that the claims' inventive concept was grasped without difficulty. The Federal Court rejected the appellant's argument that, based on the guidance of *Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. SNF Inc.* (*Ciba*), claims construction was dispositive and the Court would err in searching for an inventive concept. On the issue of the differences between the prior art and the inventive concept, the Federal Court concluded that as of the relevant date, May 2003, there were numerous differences between the state of the art and the inventive concept. The Federal Court concluded that the overall difference between the inventive concept and the prior art was the compound LDX and its advantageous properties, that the differences were not obvious to try (the fourth *Sanofi* factor), largely as it was not more or less self-evident that LDX ought to work as an abuse resistant and sustained release formulation using only routine tests. The Federal Court found the claims of the '646 patent sufficiently specific, not overbroad and therefore valid, and granted Shire's request for a prohibition order pursuant to subsection 6(1) of the Regulations. The thrust of the appellant's argument here was that the tests for anticipation and obviousness are claim-by-claim analyses that focus on

*les caractéristiques de la revendication* » — *En ce qui concerne la dernière étape de l'analyse de l'évidence, la Cour fédérale a formulé des conclusions de fait qui intéressaient directement les deux autres facteurs du critère de l'essai allant de soi, lesquels viennent tous les deux consolider, et non atténuer, la thèse de la Cour fédérale* — *Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté contre la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que les revendications du brevet canadien n° 2527646 (brevet '646) étaient valides, et qu'il fallait interdire au ministre de la Santé intimé de délivrer un avis de conformité (AC) à l'appelante pour la lisdexamfétamine (LDX).

La LDX est un composé chimique vendu par les intimées Shire LLC et Shire Pharma Canada ULC (Shire). Elle vise à traiter le trouble déficitaire de l'attention avec hyperactivité. L'appelante a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle auprès de Santé Canada en vue d'obtenir un AC pour la fabrication et la vente du produit Apo-Lisdexamfétamine, et a signifié un avis d'allégation à Shire en application du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Shire a cherché à faire interdire au ministre de délivrer un AC à l'appelante avant l'expiration du brevet '646. L'appelante a par la suite demandé une déclaration portant que le brevet '646 était invalide ou, subsidiairement, que l'Apo-Lisdexamfétamine ne contrefaisait aucune revendication valide du brevet '646. Dans son examen de l'exigence en matière d'antériorité, la Cour fédérale est partie du critère défini dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.* (*Sanofi*). Sur ce point, l'appelante a prétendu que le brevet australien 1965054168 (le brevet '168) divulgue les revendications invoquées du brevet '646. La Cour fédérale a rejeté cette allégation et conclu que l'appelante n'avait pas satisfait au critère relatif à la divulgation. Pour son examen de la question de l'évidence, la Cour fédérale a conclu que l'idée originale des revendications pouvait facilement être comprise. Ainsi, la Cour fédérale a rejeté l'argument de l'appelante, fondé sur l'arrêt *Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. SNF Inc.* (*Ciba*), suivant lequel l'interprétation des revendications était le facteur déterminant et la recherche par la Cour d'une idée originale constituerait une erreur. En ce qui concerne la question des différences entre l'art antérieur et l'idée originale, la Cour fédérale a conclu qu'à la date pertinente, en mai 2003, il existait de nombreuses différences entre l'état de la technique et l'idée originale. La Cour fédérale a conclu que la différence globale entre l'idée originale et l'art antérieur résidait dans le composé LDX et ses propriétés avantageuses, que ces différences n'allaient pas de soi (quatrième volet du critère de l'arrêt *Sanofi*), essentiellement parce qu'il n'allait ni plus ni moins de soi, sur la base uniquement d'essais courants, que la LDX offrirait une formulation à libération soutenue résistante aux abus. La Cour fédérale a conclu que les revendications du brevet '646 étaient suffisamment précises, que leur portée n'était pas trop



the subject matter of the claims alone. It argued, *inter alia*, that the Federal Court's approach was inconsistent with the changes to the *Patent Act* following *Sanofi*, with the Supreme Court decision in *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, and with recent Federal Court of Appeal decisions in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research (Hospira)* and *Ciba*. Turning to anticipation, the appellant argued that only the claimed bare chemical formula itself should be compared to the genus disclosed in the prior art. It is only in a selection patent<sup>2</sup> that the advantageous qualities of a compound are also examined against the prior art. As the '646 patent was not categorised by the Federal Court as a selection patent, the appellant further argued it was an error to consider the advantages of LDX in the anticipation analysis. The appellant also challenged the Federal Court's analysis of the '646 patent's inventive concept, arguing that its departure from the claim-by-claim approach mandated by section 28.3 of the *Patent Act* was an egregious error in light of criticism, both judicial and academic, of the "inventive concept" as a circular, illogical, and redundant inquiry. The appellant also said that the Federal Court erred in stage 4 of the *Sanofi* analysis by considering whether the properties of LDX were predictable without experimentation in the obvious and "obvious to try" analyses.

The main issue was whether the Federal Court erred in adopting the *Sanofi* test or in its application to the facts herein.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court committed no reviewable error in the legal framework nor in its application to the facts as found. The Federal Court did not decide whether the '646 patent was a selection patent, and the arguments herein pivoted on the consequences of that. Although the failure of a court to characterize a patent one way or another may reflect a lack of understanding of the patent and its factual context, the failure to do so, in and

<sup>2</sup> A selection patent is a patent whose subject matter is a fraction of a larger known class, which was the subject matter of a previous disclosure.

large, et qu'elles étaient donc valides. Elle a accueilli la demande présentée par Shire, en application du paragraphe 6(1) du Règlement, en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction. En l'espèce, l'essentiel de la cause de l'appelante reposait sur le fait que les critères relatifs à l'antériorité et à l'évidence exigent des analyses de chaque revendication portant uniquement sur l'objet de la revendication. Elle a affirmé que l'approche de la Cour fédérale était incompatible avec les modifications apportées à la *Loi sur les brevets* à la suite de l'arrêt *Sanofi*, ainsi qu'avec l'arrêt de la Cour suprême *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, et de récentes décisions de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Corporation de soins de la santé Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research (Hospira)* et *Ciba*. Au sujet de l'antériorité, l'appelante a affirmé que seule la formule du composé chimique revendiqué devrait être comparée au genre divulgué dans l'art antérieur. Ce n'est que dans le cas d'un brevet de sélection<sup>2</sup> que les propriétés avantageuses d'un composé doivent aussi être examinées en regard de l'art antérieur. Puisque la Cour fédérale n'a pas classé le brevet '646 comme un brevet de sélection, l'appelante a fait valoir également qu'elle a commis une erreur en tenant compte des avantages de la LDX dans son analyse de l'antériorité. L'appelante a également contesté l'analyse par la Cour fédérale de l'idée originale du brevet '646, faisant valoir qu'en dérogeant à l'analyse de chaque revendication prescrite à l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*, la Cour a commis une erreur grave eu égard aux critiques formulées, tant par le milieu judiciaire qu'universitaire, au sujet de la notion d'« idée originale » qui appelle une analyse tautologique, illogique et redondante. L'appelante a affirmé également que la Cour fédérale a commis une erreur dans son analyse du quatrième volet du critère défini dans l'arrêt *Sanofi*, en cherchant à savoir si les propriétés de la LDX étaient prévisibles sans essais, lors des analyses de l'évidence et du critère de l'essai « allant de soi ».

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant le critère défini dans l'arrêt *Sanofi* ou dans la façon dont elle l'a appliqué aux faits de la présente affaire.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en ce qui concerne le cadre juridique et dans l'application de ce cadre aux faits en l'espèce. La Cour fédérale n'a pas tranché la question de savoir si le brevet '646 était un brevet de sélection, et les arguments formulés dans la présente affaire reposaient sur les conséquences découlant de ce fait. Bien que le fait pour une cour de ne pas caractériser un brevet soit

<sup>2</sup> Un brevet de sélection s'entend d'un brevet dont l'objet ne représente qu'une partie d'une catégorie connue, qui a fait l'objet d'une divulgation antérieure.

of itself, is not an error of law. The validity analysis does not change depending on whether the patent was formally classified as a selection patent or not.

Anticipation requires proof of both disclosure and enablement. A prior art reference discloses the claimed invention when, if performed, the prior art reference would necessarily result in the infringement of the patent claim. The prior inventor must be clearly shown to have planted his flag at the precise destination before the patentee. If the flag is planted, the claim has been disclosed. The core of the appellant's argument was that the Federal Court erred by failing to conduct the anticipation analysis by comparing the '168 patent to the subject matter defined by each of the individual claims asserted by the '646 patent. The appellant's argument, distilled, amounted to no more than an assertion that genus patents necessarily anticipate the chemical composition claims in species patents. To accede to this proposition would be, in these circumstances, a marked departure from established precedent, including the decision in *Hospira*. The “necessarily infringe” test<sup>3</sup> applies to all patents, as do the requirements of section 28.2 of the *Patent Act*. This is not to say that anticipation has no role in the context of genus disclosures—to the contrary, it is very much alive. Therefore, the ultimate answer to the question of whether the inventor “planted a flag” at the compound is driven by the specific evidence in each case. Here, the Federal Court identified differences that relate to the specific asserted claims within the '646 patent. In doing so, it found that those specific claims were not anticipated. The Federal Court undertook the exercise required of it by *Sanofi*.

As with anticipation, obviousness is assessed on a claim-by-claim basis. Each claim is evaluated against the four-part *Sanofi* test.<sup>4</sup> The present dispute was the end point of the obviousness inquiry—both how it is determined and whether the Federal Court erred in its application of the concept. The Federal Court did not determine the inventive concept based on some

susceptible de révéler une compréhension insuffisante du brevet et de son contexte factuel, il ne s'agit pas, en soi, d'une erreur de droit. L'analyse de la validité reste la même, que le brevet soit défini en bonne et due forme comme brevet de sélection ou non.

L'antériorité exige à la fois la divulgation et le caractère réalisable. Une mention antérieure divulgue l'invention revendiquée dès lors que les instructions qu'elle contient, si elles étaient suivies, mèneraient forcément à la contrefaçon de la revendication du brevet. Il faut prouver clairement que l'inventeur préalable a pris possession de la destination précise en y laissant sa marque avant le breveté. La revendication a été divulguée s'il y a une marque. L'essentiel de l'argumentation de l'appelante voulait que la Cour fédérale ait commis une erreur en ne procédant pas à l'analyse relative à l'antériorité qui appelle une comparaison du brevet '168 à l'objet de chacune des revendications invoquées du brevet '646. La thèse de l'appelante se résumait ainsi : les brevets de genre antériorisent nécessairement les revendications portant sur la composition chimique visées par les brevets d'espèce. Souscrire à cette thèse dans les circonstances dérogerait de façon marquée à des précédents jurisprudentiels établis, notamment à l'arrêt *Hospira*. Le critère selon lequel il doit nécessairement y avoir contrefaçon<sup>3</sup> s'applique à tous les brevets, de même que les exigences prévues à l'article 28.2 de la *Loi sur les brevets*. Il ne s'ensuit pas que l'antériorité ne joue pas dans la divulgation de brevets de genre. Au contraire, cette question est bien présente. La réponse finale à la question de savoir si l'inventeur a pris possession du composé en « y laissant sa marque » dépend donc des éléments de preuve propres à chaque affaire. En l'espèce, la Cour fédérale a relevé des différences qui se rapportent à des revendications précises du brevet '646. Elle a conclu que ces dernières n'ont pas été antériorisées. La Cour fédérale a fait l'exercice que commande l'arrêt *Sanofi*.

Comme l'analyse relative à l'antériorité, l'analyse relative à l'évidence appelle une évaluation de chaque revendication. Chaque revendication doit être évaluée à la lumière du critère en quatre volets défini dans l'arrêt *Sanofi*<sup>4</sup>. La question en litige concernait essentiellement l'aboutissement de l'analyse relative à l'évidence — à savoir comment déterminer l'évidence et si la

<sup>3</sup> *Hospira*, supra, note 1

<sup>4</sup> (1) Identifier (a) le notional “person skilled in the art” and (b) the relevant common general knowledge of that person; (2) Identifier the inventive concept of the claim in question or if that cannot readily be done, construe it; (3) Identifier what, if any, differences exist between the matter cited as forming part of the “state of the art” and the inventive concept of the claim or the claim as construed; (4) Viewed without any knowledge of the alleged invention as claimed, do those differences constitute steps which would have been obvious to the person skilled in the art or do they require any degree of invention?

<sup>3</sup> *Hospira*, précité, note 1.

<sup>4</sup> 1) a) Identifier la « personne versée dans l'art »; b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne; 2) Définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation; 3) Recenser les différences, s'il en est, entre ce qui ferait partie de « l'état de la technique » et l'idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation; 4) Abstraction faite de toute connaissance de l'invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité?

“generalized concept”; rather it was based on a reading of the claims informed by the specification. The effect of section 28.3 of the *Patent Act* is not to narrow the inventive concept to the essential elements of the claim itself. Section 28.3, in codifying the common law requirement that an invention not be obvious, did not displace the longstanding case law that indicates *how* obviousness is determined. The purpose of the inventive concept is to help determine what, if anything, makes the claim, as constructed, inventive. This is the very inquiry section 28.3 requires. *Sanofi* did not change the substantive law of obviousness by implication, and the term “inventive concept” is not materially different than the previously used term of “solution taught by the patent”. This is the lens that the Court should keep in mind when determining the inventive concept. This lens becomes particularly important if recourse to the specification is required. In sum, a single inventive concept must flow through a patent, but each claim’s specific inventive concept may be different. The Federal Court committed no error in having regard to the properties and beneficial features of LDX in determining the inventive concept of the claims in issue. The description was sufficient to allow the Federal Court to construe these properties as features of the compound as claimed in the independent claims, such that they should form part of the inventive concept. Although a certain degree of redundancy is often inherent at the inventive concept stage, an inventive concept cannot be used as a vehicle to construe or read the inventive concept of claims more narrowly or broadly than their text, or plain language, will allow. As such, redundancy is only permitted where a purposive analysis shows that claims are in effect duplicated. The Federal Court was aware of this limitation on the use of the inventive concept. None of the claims of the '646 patent contained wording that conflicted with the inventive concept as identified by the Federal Court, although it did render some of the later claims redundant. The inventive concept as determined by the Federal Court was not affected by any impermissible redundancy or duplication in its application. *Ciba* does not, however, contradict *Sanofi*. *Ciba* recognises that an inventive concept must be based on a claim, and not some vague paraphrase in the disclosure. Thus, if the identification about an inventive concept is not readily apparent, the court should “simply work on the features of the claim”. This ensures that obviousness is grounded in the claims themselves, a requirement discussed in both *Sanofi* and the *Patent Act*.

Finally, with respect to the last stage of the obviousness inquiry, the Federal Court made determinations of fact that

Cour fédérale a commis une erreur dans son application de cette notion. La Cour fédérale n’a pas défini l’idée originale à partir de quelque « idée générale », mais plutôt en se fondant sur une interprétation des revendications étayée par le mémoire descriptif. L’article 28.3 de la *Loi sur les brevets* n’a pas pour effet de réduire l’idée originale aux éléments essentiels de la revendication proprement dite. En énonçant l’exigence de common law selon laquelle une invention ne doit pas être évidente, l’article 28.3 n’a pas supplanté la jurisprudence de longue date qui nous indique *comment* l’évidence doit être déterminée. L’idée originale aide à déterminer ce qui confère un caractère inventif à la revendication telle qu’elle est interprétée. Il s’agit précisément de l’analyse que l’article 28.3 requiert. L’arrêt *Sanofi* ne modifie pas implicitement les règles de droit en matière d’évidence, et le terme « idée originale » ne diffère pas sensiblement de l’expression qui était utilisée auparavant, à savoir la « solution enseignée par le brevet ». C’est dans cette optique que la Cour doit définir l’idée originale. Cette optique devient particulièrement importante si l’on doit recourir au mémoire descriptif. En résumé, une seule idée originale doit se dégager d’un brevet, mais chaque revendication peut présenter une idée originale différente. La Cour fédérale n’a commis aucune erreur en tenant compte des propriétés et des caractéristiques avantageuses de la LDX pour déterminer l’idée originale des revendications en litige. Le mémoire descriptif était suffisant pour permettre à la Cour fédérale d’interpréter ces propriétés comme étant des caractéristiques du composé visé par les revendications indépendantes, de sorte qu’elles devraient faire partie de l’idée originale. Bien qu’un certain degré de redondance soit souvent inhérent à l’étape de la définition de l’idée originale, l’idée originale ne saurait permettre une interprétation plus restrictive ou plus générale de l’idée originale des revendications que celle qui est autorisée par leur libellé ou le sens ordinaire des mots qui le composent. À cet égard, la redondance n’est acceptée que si une analyse téléologique montre qu’il y a réellement chevauchement entre les revendications. La Cour fédérale était consciente de cette restriction quant au rôle de l’idée originale. Aucune revendication du brevet '646 ne contenait de termes contradictoires à l’idée originale définie par la Cour fédérale, bien que le libellé de certaines revendications ultérieures les ait rendues redondantes. L’idée originale déterminée par la Cour fédérale n’était pas minée par quelque redondance ou chevauchement interdit à son application. Or, l’arrêt *Ciba* ne contredit pas l’arrêt *Sanofi*. Le premier reconnaît que l’idée originale doit être fondée sur une revendication, et non sur quelque vague paraphrase dans la divulgation. Par conséquent, si la définition de l’idée originale n’est pas manifeste, la cour devrait « se concentrer simplement sur les caractéristiques de la revendication ». On veille ainsi à ce que l’évidence soit fondée sur les revendications proprement dites, ce qui est une exigence à la fois de l’arrêt *Sanofi* et de la *Loi sur les brevets*.

Enfin, en ce qui concerne la dernière étape de l’analyse de l’évidence, la Cour fédérale a formulé des conclusions de fait

related directly to the other two “obvious to try” factors, both of which cemented the Federal Court’s position, rather than detracted from it. In sum, on the issue of obviousness, the Federal Court applied the *Sanofi* test and identified the single inventive concept linking each claim of the '646 patent. It then considered the state of the art, the gap between the state of the art and the inventive concept, and finally considered whether the differences were obvious based on the enumerated and contextual factors of the “obvious to try” analysis.

qui intéressaient directement les deux autres facteurs du critère de l’essai allant de soi, lesquels viennent tous les deux consolider, et non atténuer, la thèse de la Cour fédérale. En résumé, en ce qui a trait à la question de l’évidence, la Cour fédérale a appliqué le critère défini dans l’arrêt *Sanofi* et a défini l’idée originale unique qui sous-tend chaque revendication du brevet '646. Elle a ensuite examiné l’art antérieur et les différences entre ce dernier et l’idée originale, puis a cherché à déterminer si ces différences étaient évidentes eu égard aux facteurs énumérés et contextuels de l’analyse du critère de l’essai allant de soi.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 28.2, 28.3, 43(2), 58, 60.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6(1).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 FCA 30; *Ranbaxy Laboratories Limited v. AstraZeneca AB*, [2013] FCA 368 (Aus.); *Unilever PLC. v. Chefaro Proprietaries Ltd.*, [1994] R.P.C. 567 (Eng. C.A.).

##### CONSIDERED:

*Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. SNF Inc.*, 2017 FCA 225, 152 C.P.R. (4th) 239; *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2017 SCC 36, [2017] 1 S.C.R. 943; *Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Teva Canada Limited*, 2017 FCA 76, [2018] 3 F.C.R. 380; *Tetra Tech EBA Inc. v. Georgetown Rail Equipment Company*, 2019 FCA 203, 166 C.P.R. (4th) 1; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2019 FCA 16, 163 C.P.R. (4th) 191; *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457; *Halford v. Seed Hawk Inc.*, 2004 FC 88, 31 C.P.R. (4th) 434, revd in part on other grounds, 2006 FCA 275, 54 C.P.R. (4th) 130; *Ratiopharm Inc. v. Canada (Health)*, 2007 FCA 83, 58 C.P.R. (4th) 97.

##### REFERRED TO:

*Hoffman-La Roche Limited v. Apotex Inc.*, 2013 FC 718, 436 F.T.R. 198; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 28.2, 28.3, 43(2), 58, 60.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 6(1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30; *Ranbaxy Laboratories Limited v. AstraZeneca AB*, [2013] FCA 368 (Aus.); *Unilever PLC. v. Chefaro Proprietaries Ltd.*, [1994] R.P.C. 567 (Eng. C.A.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. SNF Inc.*, 2017 CAF 225; *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CSC 36, [2017] 1 R.C.S. 943; *Bristol-Myers Squibb Canada c. Teva Canada Limitée*, 2017 CAF 76, [2018] 3 R.C.F. 380; *Tetra Tech EBA Inc. c. Georgetown Rail Equipment Company*, 2019 CAF 203; *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2019 CAF 16; *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457; *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2004 CF 88, infirmé en partie pour d’autres motifs par 2006 CAF 275; *Ratiopharm Inc. c. Canada (Santé)*, 2007 CAF 83.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Hoffman-La Roche Limited c. Apotex Inc.*, 2013 CF 718; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *Bell Helicopter*

308, 105 C.P.R. (4th) 371; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. v. Heide*, 2015 FCA 115, 130 C.P.R. (4th) 291; *Safe Gaming System v. Atlantic Lottery Corporation*, 2018 FC 542, 155 C.P.R. (4th) 1; *Seedlings Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada ULC*, 2020 FC 1; *Aux Sable Liquid Products LP v. JL Energy Transportation Inc.*, 2019 FC 581, [2020] 1 F.C.R. 547; *Valence Technology Inc. v. Phostech Lithium Inc.*, 2011 FC 174, 92 C.P.R. (4th) 123, affd 2011 FCA 237, 96 C.P.R. (4th) 207; *Millennium Pharmaceuticals Inc. v. Teva Canada Limited*, 2019 FCA 273, 174 C.P.R. (4th) 96, leave to appeal to S.C.C. refused May 7, 2020 (39007); *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Bauer Hockey Corp. v. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 FC 361, 83 C.P.R. (4th) 315, affd 2011 FCA 83, 92 C.P.R. (4th) 103; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2017 FC 774, 150 C.P.R. (4th) 1, affd 2019 FCA 16, 163 C.P.R. (4th) 191; *Apotex Inc. v. ADIR*, 2009 FCA 222, 75 C.P.R. (4th) 443; *Eli Lilly Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2016 FCA 119, [2017] 2 F.C.R. 280; *Teva Canada Limited v. Pfizer Canada Inc.*, 2019 FCA 15, 163 C.P.R. (4th) 265; *Pozzoli SPA v. BDMO SA*, [2007] EWCA Civ. 588 (BAILII), [2007] F.S.R. 37; *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 754, 157 C.P.R. (4th) 391, affd *sub nom. Millenium Pharmaceuticals Inc. v. Teva Canada Limited*, 2019 FCA 273, 174 C.P.R. (4th) 96, leave to appeal to S.C.C. refused May 7, 2020 (39007); *Regents of the University of California v. I-MED Pharma Inc.*, 2018 FC 164, affd 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367.

## AUTHORS CITED

Sealy-Harrington, Joshua. “The Inventive Concept in Patent Law: Not So Obvious” (2015), 27 *I.P.J.* 385.  
 Vaver, David. *Intellectual Property Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 637) concluding that the asserted claims of Canadian Patent No. 2527646 were valid, and that the respondent Minister of Health should be prohibited from issuing a notice of compliance for Lisdexamfetamine to the appellant. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Harry Radomski, Richard Naiberg and Jenene Roberts* for appellant.

*Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, 1981 CanLII 15; *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. c. Heide*, 2015 CAF 115; *Safe Gaming System c. Société des loteries de l'Atlantique*, 2018 CF 542; *Seedlings Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada ULC*, 2020 CF 1; *Aux Sable Liquid Products LP c. JL Energy Transportation Inc.*, 2019 CF 581, [2020] 1 R.C.F. 547; *Valence Technology Inc. c. Phostech Lithium Inc.*, 2011 CF 174, conf. par 2011 CAF 237; *Millennium Pharmaceuticals Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2019 CAF 273, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 mai 2020 (39007); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 CF 361, conf. par 2011 CAF 83; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CF 774, conf. par 2019 CAF 16; *Apotex Inc. c. ADIR*, 2009 CAF 222; *Eli Lilly Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2016 CAF 119, [2017] 2 R.C.F. 280; *Teva Canada Limitée c. Pfizer Canada Inc.*, 2019 CAF 15; *Pozzoli SPA v. BDMO SA*, [2007] EWCA Civ. 588 (BAILII), [2007] F.S.R. 37; *Teva Canada Limitée c. Janssen Inc.*, 2018 CF 754, conf. par *sub nom. Millenium Pharmaceuticals Inc. c. Teva Canada Limited*, 2019 CAF 273, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 mai 2020 (39007); *Regents of the University of California c. I-MED Pharma Inc.*, 2018 CF 164, conf. par 2019 CAF 179.

## DOCTRINE CITÉE

Sealy-Harrington, Joshua. « The Inventive Concept in Patent Law: Not So Obvious » (2015), 27 *I.P.J.* 385.  
 Vaver, David. *Intellectual Property Law*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2011.

APPEL interjeté contre la décision par laquelle la Cour fédérale (2018 CF 637) a conclu que les revendications du brevet canadien n° 2527646 étaient valides et qu'il fallait interdire au ministre de la Santé intimé de délivrer un avis de conformité à l'appelante pour la lisdexamfetamine. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Harry Radomski, Richard Naiberg et Jenene Roberts* pour l'appelante.



Jay Zakaïb, Adam Heckman and Alex Gloor for respondents Shire LLC and Shire Pharma Canada ULC.

No one appearing for respondent Minister of Health.

Jay Zakaïb, Adam Heckman et Alex Gloor pour les intimées Shire LLC et Shire Pharma Canada ULC.

Personne n'a comparu pour l'intimé le ministre de la Santé.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto, for appellant.  
*Gowlings WLG (Canada) LLP*, Ottawa, for respondents Shire LLC and Shire Pharma Canada ULC.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of Health.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto, pour l'appelante.  
*Gowlings WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour les intimées Shire LLC et Shire Pharma Canada ULC.

*La sous-procureure générale du Canada* pour l'intimé le ministre de la Santé.

*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. Overview

#### I. Aperçu

[1] Lisdexamfetamine, or L-lysine-d-amphetamine (LDX), is a chemical compound. It is sold as a prescription medication under the trade name Vyvanse by the respondents Shire LLC and Shire Pharma Canada ULC (Shire) and is designed to treat attention deficit and hyperactivity disorder (ADHD). The respondents hold the Canadian patent for LDX.

[1] La lisdexamfétamine, ou L-lysine-d-amphétamine (LDX), est un composé chimique. Il est vendu comme médicament sur ordonnance sous le nom commercial Vyvanse par les intimées Shire LLC et Shire Pharma Canada ULC, pour le traitement du trouble déficitaire de l'attention avec hyperactivité (TDAH). Les intimées sont les titulaires du brevet canadien visant la LDX.

[2] In February 2016 Apotex Inc. filed an abbreviated new drug submission with Health Canada seeking a notice of compliance (NOC) to manufacture and sell Apo-Lisdexamfetamine and served Shire with a notice of allegation under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PM(NOC) Regulations). In response, Shire sought an order from the Federal Court prohibiting the Minister from granting Apotex the NOC until the expiry of Canadian Patent No. 2527646 (CA '646) pursuant to subsection 6(1) of the PM(NOC) Regulations.

[2] En février 2016, Apotex Inc. a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle auprès de Santé Canada, en vue d'obtenir un avis de conformité (AC) pour la fabrication et la vente du produit Apo-Lisdexamfétamine, et a signifié un avis d'allégation à Shire en application du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Shire a ensuite demandé à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex avant l'expiration du brevet canadien n° 2527646 (le brevet canadien '646), conformément au paragraphe 6(1) du Règlement.

[3] Apotex subsequently commenced an action against Shire pursuant to section 60 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (*Patent Act*) seeking a declaration that CA '646 was invalid, or, alternatively, that Apo-Lisdexamfetamine

[3] Apotex a par la suite intenté une action contre Shire au titre de l'article 60 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi), en vue d'obtenir une déclaration portant que le brevet canadien '646 était invalide ou,



would not infringe any valid claim of CA '646. The prohibition and invalidity proceedings were consolidated prior to trial in the Federal Court.

[4] The claims of CA '646 fall into various subject matter categories: some are bare chemical formulae, others describe a reduced potential for abuse of LDX, others describe some of LDX's pharmacokinetic properties, others describe its use, others describe dosing amounts and frequencies. Shire asserted that some, but not all of the claims of CA '646 would be infringed by Apotex. Claims 1 to 5, 8, 10 to 12, 22, 24 to 30, 33 to 36, and 43, the claims in issue, are reproduced in Annex A to these reasons.

[5] In reasons reported at 2018 FC 637 (Decision), Fothergill J. concluded that the asserted claims of CA '646 were valid and that the Minister should be prohibited from issuing an NOC for LDX to Apotex.

[6] Apotex appeals both judgments. It contends that the Judge erred in not finding the asserted claims of CA '646 both obvious and anticipated.

[7] For the reasons that follow, I would dismiss the appeals with costs.

## II. Facts

[8] Amphetamine is an established treatment for ADHD, obesity and narcolepsy due to its stimulating effects on the central nervous system. In its bare form, amphetamine is an immediate release compound: it is absorbed immediately upon entering the body. This rapid assimilation requires patients to take doses more frequently throughout the day in order to maintain therapeutic blood plasma levels. In contrast, a sustained release compound slowly absorbs into the bloodstream. The slower release allows patients to take less frequent doses while still maintaining consistent, therapeutic blood plasma levels of the compound.

subsidiairement, que l'Apo-Lisdexamfétamine ne contrefaisait aucune revendication valide du brevet canadien '646. Les instances en interdiction et en invalidité ont été réunies avant l'instruction par la Cour fédérale.

[4] Les revendications du brevet canadien '646 se répartissent en diverses catégories : certaines portent simplement sur des formules chimiques tandis que d'autres décrivent un potentiel de réduction du risque d'abus de la LDX, des propriétés pharmacocinétiques de la LDX, les utilisations de la LDX et les doses et les fréquences posologiques. Shire fait valoir que certaines revendications du brevet canadien '646 sont contrefaites par Apotex. Les revendications en litige, à savoir les revendications 1 à 5, 8, 10 à 12, 22, 24 à 30, 33 à 36 et 43, sont reproduites à l'annexe A des présents motifs.

[5] Dans les motifs publiés sous la référence 2018 CF 637 (les motifs), le juge Fothergill conclut que les revendications invoquées du brevet canadien '646 sont valides et qu'il faut interdire au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex pour la LDX.

[6] Apotex interjette appel de ces deux jugements. Selon elle, le juge a refusé à tort de conclure que les revendications invoquées du brevet canadien '646 étaient évidentes et antérieures.

[7] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais les appels avec dépens.

## II. Faits

[8] L'amphétamine est un traitement reconnu du TDAH, de l'obésité et de la narcolepsie, en raison de ses effets stimulants sur le système nerveux central. Sous sa forme simple, l'amphétamine est un composé à libération immédiate, ce qui signifie qu'elle est absorbée dès son introduction dans l'organisme. En raison de cette assimilation rapide, le patient doit prendre des doses à plusieurs reprises durant la journée pour maintenir des concentrations plasmatiques thérapeutiques. À l'opposé, un composé à libération soutenue est absorbé lentement dans le sang. Cette libération ralentie permet de réduire la fréquence des doses et de maintenir une concentration plasmatique thérapeutique constante.

[9] LDX is a type of sustained release compound known as a “prodrug”—a molecule that is metabolically converted into its active form. It is formed when amphetamine attaches to the amino acid L-lysine via an amide bond. Upon entering the body, the amphetamine cleaves from the amino acid, liberating the active moiety of d-amphetamine.

[10] The immediate and sustained released formulations of amphetamine were susceptible to abuse. LDX reduced that abuse potential; the amphetamine is covalently modified in a manner that decreases its pharmacological activity compared to unmodified amphetamine whether taken at doses above those considered therapeutic or using methods other than those prescribed.

### III. Decision of the Federal Court

[11] In addressing the anticipation requirement pursuant to section 28.2 of the *Patent Act*, the Judge adopted as the starting point the test articulated in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 (*Sanofi*), at paragraph 25: “the prior patent must disclose subject matter which, if performed, would necessarily result in infringement of the patent” (Decision, at paragraph 99).

[12] On this issue, Apotex claimed Australian Patent No. 1965054168 (AU '168) discloses the asserted claims of CA '646. After reviewing the expert testimony and the two patents, the Judge disagreed, concluding Apotex had not met its burden with respect to the disclosure requirement.

[13] Turning to the issue of obviousness, the Judge followed the four-part test specified in *Sanofi* (at paragraph 67). Upon ascertaining the person skilled in the art (PSIA) and their common general knowledge, the Judge concluded that the claims’ inventive concept was grasped without difficulty. The Judge defined CA '646’s inventive concept as “a sustained release formulation of a therapeutically useful dose of amphetamine that is resistant to abuse” (Decision, at paragraph 122).

[9] La LDX est un type de composé à libération soutenue connu sous le nom de « promédicament » : une molécule qui est transformée en sa forme active par le métabolisme. La LDX se forme lorsque l’amphétamine se fixe à l’acide aminé L-lysine par une liaison amide. Une fois dans l’organisme, l’amphétamine se sépare de l’acide aminé, ce qui libère la fraction active, la d-amphétamine.

[10] Le risque d’abus est associé aux formulations d’amphétamine à libération immédiate et soutenue. La LDX réduit toutefois ce risque, car l’amphétamine est modifiée par covalence d’une manière qui réduit son activité pharmacologique par rapport à celle de l’amphétamine non modifiée, qu’elle soit administrée à des doses supérieures aux doses jugées thérapeutiques ou par des méthodes autres que celles prescrites.

### III. Décision de la Cour fédérale

[11] Dans son examen de l’exigence en matière d’antériorité prévue à l’article 28.2 de la Loi, le juge part du critère défini dans l’arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 (*Sanofi*), au paragraphe 25 : « le brevet antérieur divulgue ce qui, une fois réalisé, contreferait nécessairement le brevet » (motifs, au paragraphe 99).

[12] Sur ce point, Apotex prétend que le brevet australien n° 1965054168 (le brevet australien '168) divulgue les revendications invoquées du brevet canadien '646. À la lumière des témoignages d’experts et des deux brevets, le juge rejette cette allégation et conclut qu’Apotex n’a pas satisfait au critère relatif à la divulgation.

[13] Pour son examen de la question de l’évidence, le juge applique le critère à quatre volets énoncé dans l’arrêt *Sanofi* (au paragraphe 67). Ayant défini la personne versée dans l’art et les connaissances générales courantes de cette personne, le juge conclut que l’idée originale des revendications peut facilement être comprise. Le juge définit l’idée originale du brevet canadien '646 en ces termes « une formulation à libération soutenue d’une dose d’amphétamine thérapeutiquement utile et résistante aux abus » (motifs, au paragraphe 122).

[14] In reaching this decision, the Judge rejected Apotex's argument that, based on the guidance of *Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v. SNF Inc.*, 2017 FCA 225, 152 C.P.R. (4th) 239 (*Ciba*), claims construction was dispositive and the judge would err in searching for an inventive concept. In rejecting this proposition, the Judge commented that, as a matter of *stare decisis*, *Ciba* could not be understood as departing from *Sanofi*, and in any event, *Ciba* pertained to a process patent, while *Sanofi* concerned a patent for a bare chemical and was more applicable to the facts of the case before the Court.

[15] On the issue of the differences between the prior art and the inventive concept, the Judge concluded that as of the relevant date, May 2003, there were numerous differences between the state of the art and the inventive concept. He found those to include that in the state of the art no prodrug had yet been developed as a means of reducing the potential for abuse, that the development of LDX was expensive and time-consuming and that even minor changes to covalent bonds required potential prodrugs to undergo extensive testing in order to ascertain their properties.

[16] In light of these specific differences, the Judge concluded that the overall difference between the inventive concept and the prior art was the compound LDX and its advantageous properties, as none of the prior art indicated LDX would provide a sustained release treatment of amphetamine with a reduced potential for oral, intranasal, and intravenous abuse. He concluded that these differences were not obvious to try, the fourth *Sanofi* factor, largely as it was not more or less self-evident that LDX ought to work as an abuse resistant and sustained release formulation using only routine tests. Additionally, the Judge found that the received teaching taught away from the use of prodrugs, that the inventors of LDX conducted extensive work prior to the discovery of LDX, and including failed attempts to find a prodrug version of amphetamine.

[17] After concluding the asserted claims of CA '646 were neither anticipated nor obvious, the Judge also found them sufficiently specific, not overbroad and therefore

[14] Ainsi, le juge rejette l'argument d'Apotex, fondé sur l'arrêt *Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited c. SNF Inc.*, 2017 CAF 225 (*Ciba*), suivant lequel l'interprétation des revendications est le facteur déterminant et la recherche par le juge d'une idée originale constitue une erreur. À cet égard, selon lui, en raison du principe de la chose jugée, on ne saurait dire que l'arrêt *Ciba* déroge à l'arrêt *Sanofi* et, quoi qu'il en soit, le brevet en cause dans l'affaire *Ciba* concerne un procédé, tandis que celui dans l'affaire *Sanofi* porte simplement sur un composé chimique, ce qui le rapproche davantage des faits de l'espèce.

[15] En ce qui concerne la question des différences entre l'art antérieur et l'idée originale, le juge conclut qu'à la date pertinente, en mai 2003, il existe de nombreuses différences entre l'état de la technique et l'idée originale. Parmi celles-ci, le juge note que, selon l'état de la technique à l'époque, aucun promédicament n'a encore été mis au point pour réduire le risque d'abus, que la mise au point de la LDX est un processus coûteux et long et que des changements même mineurs dans les liaisons covalentes exigent la tenue d'essais exhaustifs ayant pour objet de confirmer les propriétés des promédicaments potentiels.

[16] Vu ces différences précises, le juge conclut que la différence globale entre l'idée originale et l'art antérieur réside dans le composé LDX et ses propriétés avantageuses, car rien dans l'art antérieur n'indiquait que la LDX offrirait un traitement à base d'amphétamine à libération soutenue qui réduirait le risque d'abus par voies orale, intranasale et intraveineuse. Il conclut également que ces différences ne vont pas de soi, ce qui répond au quatrième volet du critère de l'arrêt *Sanofi*, essentiellement parce qu'il ne va ni plus ni moins de soi, sur la base uniquement d'essais courants, que la LDX offrirait une formulation à libération soutenue résistante aux abus. Le juge estime en outre que les enseignements reçus ne révélaient guère l'usage de promédicaments, que les inventeurs de la LDX avaient mené de longs travaux avant de découvrir la LDX et qu'ils avaient subi des échecs dans leur quête d'une amphétamine sous forme de promédicament.

[17] Ayant conclu que les revendications en cause du brevet canadien '646 ne sont ni antériorisées, ni évidentes, le juge décide également qu'elles sont suffisamment

valid. As no exceptional circumstances existed that would warrant departing from the general guidance that the prohibition action follows the result of the impeachment action, the Judge granted Shire's request for a prohibition order pursuant to subsection 6(1) of the PM(NOC) Regulations.

#### IV. Arguments in Brief

[18] The thrust of Apotex's argument before us is that the tests for anticipation and obviousness are claim-by-claim analyses that focus on the subject matter of the claims alone. By examining the patent as a whole and working from the notion of "inventive concept" as opposed to the precise language of the claims, the Judge did not do what sections 28.2 and 28.3 of the *Patent Act* mandate—assessing validity on the basis of each individual claim. It argues that the Judge's approach was inconsistent with the changes to the *Patent Act* following *Sanofi*, with the Supreme Court decision in *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2017 SCC 36, [2017] 1 S.C.R. 943 (*AstraZeneca Canada Inc.*), at paragraph 31, and with recent decisions of this Court in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 FCA 30 (*Hospira*) and, as noted, *Ciba*.

[19] Turning to anticipation, Apotex argues only the claimed bare chemical formula itself should be compared to the genus disclosed in the prior art. It is only in a selection patent that the advantageous qualities of a compound are also examined against the prior art (*Hoffman-La Roche Limited v. Apotex Inc.*, 2013 FC 718, 436 F.T.R. 198, at paragraphs 177, 196 and 237–241). As CA '646 was not categorized by the Judge as a selection patent, it was an error to consider the advantages of LDX in the anticipation analysis, particularly as these properties were not essential elements of the asserted claims in question. Since LDX would fit into the "advantageous" category of compounds described in AU '168, it disclosed CA '646's claims 1-5, 8, 10–12, 22, 24–30, 33–36, and 43, as LDX is created when AU '168 is performed across the scope of its genus.

précises et que leur portée n'est pas trop large; elles sont donc valides. À défaut de circonstances exceptionnelles justifiant que l'on s'écarte de la règle générale selon laquelle l'action en interdiction suit l'issue de l'action en invalidation, le juge accueille la demande présentée par Shire, en application du paragraphe 6(1) du Règlement, en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction.

#### IV. Résumé des observations

[18] En l'espèce, l'essentiel de la cause d'Apotex repose sur le fait que les critères relatifs à l'antériorité et à l'évidence exigent des analyses de chaque revendication portant uniquement sur l'objet de la revendication. Apotex soutient que le juge, en examinant le brevet dans son ensemble sur le fondement de l'« idée originale », plutôt que du libellé exprès des revendications, n'a pas procédé à l'analyse prévue aux articles 28.2 et 28.3 de la Loi — à savoir évaluer la validité en regard de chaque revendication. Elle affirme que l'approche du juge est incompatible avec les modifications apportées à la Loi à la suite de l'arrêt *Sanofi*, ainsi qu'avec l'arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CSC 36, [2017] 1 R.C.S. 943 (*AstraZeneca Canada Inc.*), au paragraphe 31 et de récentes décisions de notre Cour dans les affaires *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30 (*Hospira*) et *Ciba*.

[19] Au sujet de l'antériorité, Apotex affirme que seule la formule du composé chimique revendiqué devrait être comparée au genre divulgué dans l'art antérieur. Ce n'est que dans le cas d'un brevet de sélection que les propriétés avantageuses d'un composé doivent aussi être examinées en regard de l'art antérieur (*Hoffman-La Roche Limited c. Apotex Inc.*, 2013 CF 718, aux paragraphes 177, 196 et 237 à 241). Puisque le juge n'a pas classé le brevet canadien '646 comme un brevet de sélection, il a commis une erreur en tenant compte des avantages de la LDX dans son analyse de l'antériorité, notamment parce que ces propriétés ne faisaient pas partie des éléments essentiels des revendications invoquées. Comme la LDX ferait partie de la catégorie des composés « avantageux », décrite dans le brevet australien '168, celui-ci divulgue les revendications 1 à 5, 8, 10 à 12, 22, 24 à 30, 33 à 36 et 43 du brevet canadien '646, car la LDX est créée lorsque le brevet australien '168 est réalisé dans toute la gamme de son genre.

[20] On the issue of obviousness, Apotex challenges the Judge's analysis of CA '646's inventive concept. In concluding there was only one inventive concept for the entire patent, the Judge departed from the claim-by-claim approach mandated by section 28.3 of the *Patent Act*. This, according to Apotex, was an egregious error in light of criticism, both judicial and academic, of the "inventive concept" as a circular, illogical, and redundant inquiry (*Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Teva Canada Limited*, 2017 FCA 76, [2018] 3 F.C.R. 380 (*Bristol-Myers*), at paragraph 69; *Ciba*, at paragraphs 72–77). Additionally, the inventive concept identified by the Judge created redundancies within some of CA '646's enumerated claims, which, as discussed in *Tetra Tech EBA Inc. v. Georgetown Rail Equipment Company*, 2019 FCA 203, 166 C.P.R. (4th) 1 (*Tetra Tech EBA Inc.*) and *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367 (*Tearlab*), suggests a fundamental problem in the analysis.

[21] Apotex also says that the Judge erred in stage 4 of the *Sanofi* analysis by considering whether the properties of LDX were predictable without experimentation in the obvious and "obvious to try" analyses, failing to examine each factor in the "obvious to try" framework (*Hospira*, at paragraphs 90 and 95), and failing to recognize that secondary factors (in this case, evidence of experimentation beyond the experimentation necessary to reach that claim) were not determinative and were to be applied narrowly to the subject matter of each claim.

[22] Shire, on anticipation, responds that AU '168 does not disclose any claim of CA '646. Shire rests its case on *Sanofi*, at paragraph 25 and the requirement that performing the subject matter of a piece of prior art must necessarily infringe the subject matter of a claim of a patent to disclose it. Further, if the PSIA must make a choice in order to infringe the subject matter of the claim, the claim is not disclosed. Here, because LDX is not a specifically enumerated example of AU '168, and is instead only one member of a described class of "advantageous compounds", the PSIA would have to make a choice to make LDX. Because choice is necessary to land on LDX, LDX is not disclosed by AU '168.

[20] En ce qui concerne la question de l'évidence, Apotex conteste l'analyse par le juge de l'idée originale du brevet canadien '646. En concluant que le brevet ne comporte qu'une seule idée originale, le juge déroge à l'analyse de chaque revendication prescrite à l'article 28.3 de la Loi. Selon Apotex, il s'agit d'une erreur grave eu égard aux critiques formulées, tant par le milieu judiciaire qu'universitaire, au sujet de la notion d'« idée originale » qui appelle une analyse tautologique, illogique et redondante (*Bristol-Myers Squibb Canada c. Teva Canada Limitée*, 2017 CAF 76, [2018] 3 R.C.F. 380 (*Bristol-Myers*), au paragraphe 69; *Ciba*, aux paragraphes 72 à 77). Qui plus est, l'idée originale définie par le juge emporte des redondances au sein de certaines revendications en cause du brevet canadien '646 ce qui, suivant les arrêts *Tetra Tech EBA Inc. c. Georgetown Rail Equipment Company*, 2019 CAF 203 (*Tetra Tech EBA Inc.*) et *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179 (*Tearlab*), révèle un problème fondamental dans l'analyse.

[21] Apotex affirme également que le juge a commis une erreur dans son analyse du quatrième volet du critère défini dans l'arrêt *Sanofi*, en cherchant à savoir si les propriétés de la LDX étaient prévisibles sans essais, lors des analyses de l'évidence et du critère de l'essai « allant de soi », en n'examinant pas chaque facteur selon le critère de l'« essai allant de soi » (*Hospira*, aux paragraphes 90 et 95), ainsi qu'en ne reconnaissant pas que des facteurs secondaires (en l'occurrence la preuve sur les essais autres que ceux nécessaires pour réaliser la revendication) n'étaient pas déterminants et qu'ils s'appliquaient étroitement à l'objet de chaque revendication.

[22] Sur la question de l'antériorité, Shire rétorque que le brevet australien '168 ne révèle aucune revendication du brevet canadien '646. Shire invoque le paragraphe 25 de l'arrêt *Sanofi* et l'exigence voulant que, pour qu'il y ait divulgation, la réalisation de l'objet d'un élément de l'art antérieur doive nécessairement contrefaire l'objet d'une revendication du brevet. De plus, si la personne versée dans l'art doit faire un choix pour contrefaire l'objet de la revendication, alors il n'y a pas divulgation. En l'espèce, comme la LDX ne figure pas parmi les exemples énumérés dans le brevet australien '168, et qu'elle n'est plutôt qu'un des composés faisant partie de la classe des « composés avantageux » qui y est décrite, la personne versée



[23] On obviousness, Shire contends that *Sanofi, Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371 (*Apotex Inc. v. Allergan*), and *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111 (*Bell Helicopter*), at paragraphs 122–126, support the identification of a singular inventive concept for the entire patent. Further, in a flexible, contextual and fact-driven inquiry it is open to the judge to consider the properties of the subject matter of the claim when ascertaining a singular inventive concept (*Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2019 FCA 16, 163 C.P.R. (4th) 191 (*Apotex Inc. v. Pfizer*), at paragraphs 32 and 37–38). This is because the subject matter of the claim describes its scope of protection, not why the subject matter is patentable (*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 (*Free World*), at paragraph 14; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at pages 525–526 and 531–533, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203).

[24] With respect to the argument that the Judge erred in the *Sanofi* stage 4 analysis, Shire claims that stage 4 is a contextual analysis aimed at addressing the problem the invention was created to solve. Thus, in the case of a bare chemical claim, the focus should not be limited to the experimentation required to create the compound but rather on the experimentation and motivation required to reach a particular compound as a solution to the problem at hand. That the process could have been easy to carry out or the result of routine testing is an insufficient basis for concluding the invention was obvious to try (*Sanofi*, at paragraph 85).

## V. Analysis

[25] I begin with a review of a few basic principles governing patent infringement.

dans l'art aurait à faire un choix pour fabriquer la LDX. Par conséquent, comme il faut nécessairement faire un choix pour créer la LDX, ce composé n'est pas divulgué dans le brevet australien '168.

[23] Quant à l'évidence, Shire soutient que les arrêts *Sanofi, Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308 (*Apotex Inc. c. Allergan*) et *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219 (*Bell Helicopter*), aux paragraphes 122 à 126, préconisent la définition d'une seule idée originale pour le brevet au complet. De plus, dans le cadre d'une analyse souple, contextuelle et fondée sur les faits, il est loisible au juge de tenir compte des propriétés de l'objet de la revendication au moment d'évaluer une idée originale (*Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2019 CAF 16 (*Apotex Inc. c. Pfizer*), aux paragraphes 32, 37 et 38). Il en est ainsi, car l'objet de la revendication décrit la portée de la protection, et non la raison pour laquelle l'objet est brevetable (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 (*Free World*), au paragraphe 14; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, aux pages 525, 526 et 531 à 533, 1981 CanLII 15).

[24] Au sujet de l'argument voulant que le juge ait commis une erreur dans son analyse du quatrième volet du critère établi dans l'arrêt *Sanofi*, Shire affirme que ce volet commande une analyse contextuelle axée sur le problème que l'invention cherchait à régler. Par conséquent, dans le cas d'une revendication portant simplement sur un composé chimique, l'analyse ne devrait pas se limiter aux essais nécessaires pour créer le composé, mais devrait aussi tenir compte des essais et de la motivation nécessaires pour créer un composé qui apportera une solution au problème cerné. Il ne suffit pas d'établir que le processus aurait pu facilement être réalisé ou qu'il est le résultat d'essais courants pour conclure que l'invention satisfait au critère de l'essai allant de soi (*Sanofi*, au paragraphe 85).

## V. Discussion

[25] Passons d'abord en revue certains principes de base régissant la contrefaçon de brevet.



[26] In a patent dispute, the emphasis is on the claims as worded. While the assessment of a patent's subject matter or utility may require a more holistic appreciation of the patent and its claims, the tests for obviousness and anticipation require a claim-by-claim analysis (*AstraZeneca Canada Inc.*, at paragraph 54; *Hospira*, at paragraph 71).

[27] Only if every claim in a patent is invalid will the entire patent be invalid. If an independent claim is declared invalid, section 58 of the *Patent Act* allows for the examination of dependent claims in order to determine if their additional elements rectify the deficiencies in the independent claim. If so, the dependent claim remains valid despite the independent claim's invalidity (*AstraZeneca Canada Inc.*, at paragraph 46; *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. v. Heide*, 2015 FCA 115, 130 C.P.R. (4th) 291 (*Zero Spill Systems*), at paragraph 94; *Safe Gaming System v. Atlantic Lottery Corporation*, 2018 FC 542, 155 C.P.R. (4th) 1, at paragraph 159; *Seedlings Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada ULC*, 2020 FC 1, at paragraph 71).

[28] Much of the argument before us focused on whether, and if so how, these principles of claim construction vary or apply at all depending on whether the patent is a selection patent. A selection patent is a patent whose subject matter is a fraction of a larger known class which was the subject matter of a previous disclosure (*Sanofi*, at paragraph 1).

[29] The Judge did not decide whether CA '646 was a selection patent, and the arguments before us pivot on the consequences of that. The Judge did not find CA '646 to be a selection patent on the basis that CA '646 did not explicitly reference or discuss the advantages of LDX in relation to the compounds claimed in AU '168 (Decision, at paragraphs 93 and 98). Apotex says because of this, the patent is not a selection patent and that this had consequences for the correctness of the Judge's analysis—the Judge erred in having regard to the specification.

[30] Shire, in turn, claims the Judge's analysis was correct, regardless of whether CA '646 was a selection patent

[26] Dans un litige concernant un brevet, l'analyse doit porter sur les revendications telles qu'elles sont rédigées. Bien que l'évaluation de l'objet ou de l'utilité d'un brevet puisse exiger une évaluation globale de ce dernier et de ses revendications, les critères de l'évidence et de l'antériorité exigent une analyse de chaque revendication (*AstraZeneca Canada Inc.*, au paragraphe 54; *Hospira*, au paragraphe 71).

[27] Le brevet dans son ensemble n'est invalide que si chacune de ses revendications l'est. Si une revendication indépendante est déclarée invalide, l'article 58 de la Loi prévoit un examen des revendications dépendantes visant à déterminer si les éléments supplémentaires de ces dernières permettent de corriger les lacunes de la première. Si c'est le cas, la revendication dépendante demeure valide malgré l'invalidité de la revendication indépendante (*AstraZeneca Canada Inc.*, au paragraphe 46; *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. c. Heide*, 2015 CAF 115 (*Zero Spill Systems*), au paragraphe 94; *Safe Gaming System c. Société des loteries de l'Atlantique*, 2018 CF 542, au paragraphe 159; *Seedlings Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada ULC*, 2020 CF 1, au paragraphe 71).

[28] La plupart des observations qui nous ont été présentées soulèvent la question de savoir si ces principes d'interprétation des revendications s'appliquent à un brevet de sélection ou doivent être modifiés. Un brevet de sélection s'entend d'un brevet dont l'objet ne représente qu'une partie d'une catégorie connue, qui a fait l'objet d'une divulgation antérieure (*Sanofi*, au paragraphe 1).

[29] Le juge ne tranche pas la question de savoir si le brevet canadien '646 est un brevet de sélection. Les arguments dont nous sommes saisis reposent sur les conséquences qui découlent de ce fait. Le juge estime que ce brevet n'établit pas de comparaison explicite entre les avantages de la LDX et ceux des composés revendiqués dans le brevet australien '168, ni n'y fait explicitement référence (motifs, aux paragraphes 93 et 98). Selon Apotex, le brevet n'est donc pas un brevet de sélection, ce qui a une incidence pour le bien-fondé de l'analyse du juge : il a commis une erreur en tenant compte du mémoire descriptif.

[30] Shire, pour sa part, allègue que l'analyse du juge est correcte, que le brevet canadien '646 soit ou non un

or not. As this conversation occurs throughout the arguments on both anticipation and obviousness, I will address the substance of the matter here.

[31] There is no magic to the term “selection patent”. A selection patent is simply a patent devoted to a selection of a particular compound, or compounds, from a larger grouping of compounds previously disclosed in general terms and claimed in a pre-existing genus patent. The *Patent Act* does not refer to selection patents and the jurisprudence is clear that a selection patent does not differ in substance or form from other patents (*Sanofi*, at paragraph 9).

[32] A selection patent is subject to the same requirements and vulnerable to the same attacks as any other patent, including attacks based on anticipation and obviousness (*Sanofi*, at paragraphs 9 and 108; *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349 (*Eli Lilly*), at paragraph 33). Although the failure of a judge to characterize a patent one way or another may reflect a lack of understanding of the patent and its factual context, the failure to do so, in and of itself, is not an error of law. Put otherwise, a finding that the characteristics of a selection patent have, or have not, been met, “does not constitute an independent basis upon which to attack the validity of a patent” (*Eli Lilly*, at paragraphs 27–28, 33 and 48). I note, parenthetically, that I am not suggesting that the Judge in this case did not have that understanding of the patent or its context.

[33] The exercise of classification of a patent as a “selection” or “process” patent is to assist the Court in understanding “the nature of the beast” it is dealing with (*Eli Lilly*, at paragraph 28). Essentially, classification contextualizes what specific claims profess to do while also making it easier to compare the facts of the particular case before the Court to other previous fact scenarios (*Eli Lilly*, at paragraphs 27–28). For example, selection patents commonly attest that their inventiveness lies in “the making of the selected compound, coupled with its advantage or advantages” (*Eli Lilly*, at paragraph 78).

brevet de sélection. Comme ces points de vue se répètent à l’égard des arguments sur l’antériorité et l’évidence, il convient de commencer par en examiner le fond.

[31] L’expression « brevet de sélection » n’a rien de magique. Un brevet de sélection est tout simplement un brevet qui porte sur la sélection d’un ou de plusieurs composés, qui font partie d’un groupe de composés qui ont déjà été divulgués en termes généraux et revendiqués dans un brevet de genre. La Loi ne mentionne pas les brevets de sélection, et la jurisprudence précise que le brevet de sélection ne diffère ni sur le fond ni sur la forme des autres brevets (*Sanofi*, au paragraphe 9).

[32] Un brevet de sélection doit satisfaire aux mêmes exigences que tout autre brevet et est sujet aux mêmes contestations, notamment celles fondées sur l’antériorité et l’évidence (*Sanofi*, aux paragraphes 9 et 108; *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349 (*Eli Lilly*), au paragraphe 33). Bien que le fait pour un juge de ne pas caractériser un brevet soit susceptible de révéler une compréhension insuffisante du brevet et de son contexte factuel, il ne s’agit pas, en soi, d’une erreur de droit. En d’autres termes, la conclusion selon laquelle les caractéristiques d’un brevet de sélection sont présentes ou non « ne constitue pas un motif distinct de contestation de la validité d’un brevet » (*Eli Lilly*, aux paragraphes 27, 28, 33 et 48). Soit dit en passant, je ne laisse pas entendre par là que le juge en l’espèce n’avait pas une compréhension suffisante du brevet ou de son contexte.

[33] La classification d’un brevet, selon qu’il s’agit d’un brevet de « sélection » ou de « procédé », aide la Cour à comprendre « la nature du brevet » qu’elle doit examiner (*Eli Lilly*, au paragraphe 28). La classification permet essentiellement de déterminer ce que des revendications précises prétendent réaliser, tout en facilitant la comparaison entre les faits de l’affaire dont la Cour est saisie et d’autres scénarios antérieurs fondés sur des faits (*Eli Lilly*, aux paragraphes 27 et 28). Dans le cas, par exemple, de brevets de sélection, il est fréquent que leur caractère inventif réside dans « la fabrication du composé sélectionné, en combinaison avec l’avantage ou les avantages qu’il procure » (*Eli Lilly*, au paragraphe 78).

[34] As noted, the validity analysis does not change depending on whether the patent was formally classified as a selection patent or not. The focus of an anticipation or obviousness inquiry is, as always, on what the patent actually claims in comparison to what is disclosed in the prior art. Each validity analysis should be entered into with open eyes as to the application of the specific facts against the panoply of tests utility, novelty, anticipation, and obviousness, etc.

[35] These principles, I suggest, frame the approach to this appeal. There is no divergence between the requirements for a valid patent claim depending on whether it is found in a selection patent or not.

#### A. Anticipation

[36] The law on anticipation is clear. “[A]nticipation requires proof of both disclosure and enablement” (*Sanofi*, at paragraph 42). If a published reference fails to either disclose or enable the essential elements of a claim, the patent claim is novel, or not anticipated (*Hospira*, at paragraph 71; *Sanofi*, at paragraphs 25–28).

[37] A prior art reference discloses the claimed invention when, if performed, the prior art reference would necessarily result in the infringement of the patent claim. Phrased another way:

.... To anticipate the patentee’s claim the prior publication must contain clear and unmistakable directions to do what the patentee claims to have invented .... A signpost, however clear, upon the road to the patentee’s invention will not suffice. The prior inventor must be clearly shown to have planted his flag at the precise destination before the patentee.

(*General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (*General Tire*), at page 486, cited in *Sanofi*, at paragraph 21).

[38] If the flag is planted, the claim has been disclosed (*Sanofi*, at paragraph 21).

[34] Ainsi qu’il est mentionné plus haut, l’analyse de la validité reste la même, que le brevet soit défini en bonne et due forme comme brevet de sélection ou non. L’analyse relative à l’antériorité ou à l’évidence doit, comme toujours, être axée sur ce qui est réellement revendiqué par le brevet par rapport à l’art antérieur. L’analyse de la validité doit toujours être menée à la lumière des faits précis en regard de la panoplie des critères qui s’appliquent — notamment ceux de l’utilité, de la nouveauté, de l’antériorité et de l’évidence.

[35] Ces principes, selon moi, définissent le cadre du présent appel. Les critères de validité d’une revendication ne varient pas, qu’il s’agisse d’un brevet de sélection ou non.

#### A. Antériorité

[36] Le droit en matière d’antériorité est clair. « [L]’antériorité exige à la fois la divulgation et le caractère réalisable » (*Sanofi*, au paragraphe 42). Si une publication ne divulgue pas les éléments essentiels d’une revendication de brevet ni ne les rend réalisables, cette dernière est nouvelle, ou non antériorisée (*Hospira*, au paragraphe 71; *Sanofi*, aux paragraphes 25 à 28).

[37] Une mention antérieure divulgue l’invention revendiquée dès lors que les instructions qu’elle contient, si elles étaient suivies, mèneraient forcément à la contrefaçon de la revendication du brevet. Autrement dit :

[TRADUCTION] [...] Pour constituer une antériorité opposable à la revendication du breveté, la publication antérieure doit contenir des instructions claires et non équivoques permettant d’obtenir ce que le breveté prétend avoir inventé [...] Aussi clair qu’il soit, un poteau indicateur placé sur la voie menant à l’invention du breveté ne suffit pas. Il faut prouver clairement que l’inventeur préalable a pris possession de la destination précise en y laissant sa marque avant le breveté.

(*General Tire & Rubber Company v. Firestone Tyre & Rubber Company Limited*, [1972] R.P.C. 457 (*General Tire*), à la page 486, mentionné dans l’arrêt *Sanofi*, au paragraphe 21).

[38] La revendication a été divulguée s’il y a une marque (*Sanofi*, au paragraphe 21).

[39] The second requirement is enablement. The reference in the prior art must be sufficiently detailed as to enable a PSIA to perform the claimed invention without the exercise of inventive ingenuity or undue experimentation (*Sanofi*, at paragraphs 25 and 33–37). In this instance, both parties concede there is no enablement issue (Decision, at paragraph 100).

[40] The language of the *Sanofi* test is important: if the performance of a published reference does not necessarily result in infringement of the claim, then the published reference does not disclose that claim. This test takes on particular meaning in the context of patents such as AU '168 and CA '646.

[41] The core of Apotex's argument is that the Judge erred by failing to conduct the anticipation analysis by comparing AU '168 to the subject matter defined by each of the individual claims asserted by the '646 patent, as required by section 28.2 of the *Patent Act*. The Judge, instead, asked whether AU '168 disclosed both the subject matter of the claim and the advantages and properties of that subject matter. Apotex says that to be anticipatory, the patent need not disclose the properties of, or the advantages in using, the claimed invention. The Judge's methodology was therefore, according to Apotex, inconsistent with this court's guidance in *Hospira*.

[42] Viewed in this light, the Judge's factual findings are irrelevant, as, according to Apotex, the wrong approach was applied to the test of anticipation (appellant's factum, at paragraph 46). It asserts that AU '168 necessarily encompasses the compound LDX because, if AU '168 was practiced "across its scope" it would necessarily infringe CA '646 (appellant's factum, at paragraph 38).

[43] Apotex's argument, distilled, amounts to no more than an assertion that genus patents necessarily anticipate the chemical composition claims in species patents.

[44] To accede to this proposition would, in these circumstances, be a marked departure from established

[39] La deuxième exigence porte sur le caractère réalisable. La mention antérieure doit être suffisamment détaillée pour qu'une personne versée dans l'art puisse réaliser l'invention revendiquée sans expérimentation excessive et sans ingéniosité (*Sanofi*, aux paragraphes 25 et 33 à 37). En l'espèce, les deux parties reconnaissent que la question du caractère réalisable ne se pose pas (motifs, au paragraphe 100).

[40] Le libellé du critère défini dans l'arrêt *Sanofi* est important : il n'y a pas divulgation si la réalisation de l'objet d'une publication n'entraîne pas nécessairement la contrefaçon de la revendication. Ce critère prend une signification particulière lorsqu'il est appliqué au brevet australien '168 et au brevet canadien '646.

[41] L'essentiel de l'argumentation d'Apotex veut que le juge ait commis une erreur en ne procédant pas à l'analyse relative à l'antériorité qui appelle une comparaison du brevet australien '168 à l'objet de chacune des revendications invoquées du brevet canadien '646, comme l'exige l'article 28.2 de la Loi. Il cherche plutôt à décider si le brevet australien '168 divulgue l'objet de la revendication ainsi que ses avantages et propriétés. Apotex fait valoir qu'il n'est pas nécessaire que le brevet divulgue les propriétés ou les avantages de l'invention revendiquée pour qu'il y ait antériorité. La méthode choisie par le juge est donc, selon Apotex, incompatible avec l'arrêt *Hospira* de notre Cour.

[42] Ainsi, les conclusions de fait du juge ne sont pas pertinentes, car, selon Apotex, la mauvaise démarche a été appliquée au critère de l'antériorité (mémoire de l'appelante, au paragraphe 46). Apotex fait valoir que le brevet australien '168 englobe nécessairement le composé LDX : si le brevet australien '168 était réalisé « dans toute la gamme », il contreferait nécessairement le brevet canadien 646 (mémoire de l'appelante, au paragraphe 38).

[43] La thèse d'Apotex se résume ainsi : les brevets de genre antériorisent nécessairement les revendications portant sur la composition chimique visées par les brevets d'espèce.

[44] Souscrire à cette thèse dans les circonstances, dérogerait de façon marquée à des précédents jurisprudentiels

precedent, including, most recently, the decision of this court in *Hospira*, at paragraph 66 that “[t]he prior art reference must disclose the claimed invention such that, if performed, it would necessarily result in infringement”. The necessarily infringe test, most recently endorsed in *Hospira*, applies to all patents, as do the requirements of section 28.2 of the *Patent Act*.

[45] It would also be inconsistent with the principle articulated, and noted earlier, in *General Tire*, that “[t]he prior inventor must be clearly shown to have planted his flag at the precise destination before the patentee” (at page 486). The point was also made succinctly in *Ranbaxy Laboratories Limited v. AstraZeneca AB*, [2013] FCA 368 (Aus.) at paragraph 170:

... it is not sufficient for a prior publication to merely “include” or “encompass” the claimed invention—a broad disclosure will not necessarily anticipate a later, more specific claim: see eg *Eli Lilly* [2013] FCA 214 at [272] to [293] and the authorities cited therein.

[46] This is not to say that anticipation has no role in the context of genus disclosures—to the contrary, it is very much alive. A genus may, depending on its size, the language of the claims, context and included examples, anticipate the individual species (see, e.g., *Aux Sable Liquid Products LP v. JL Energy Transportation Inc.*, 2019 FC 581, [2020] 1 F.C.R. 547, at paragraphs 90 and 98; *Valence Technology Inc. v. Phostech Lithium Inc.*, 2011 FC 174, 92 C.P.R. (4th) 123, at paragraphs 228–230, affd 2011 FCA 237, 96 C.P.R. (4th) 207).

[47] Therefore, the ultimate answer to the question of whether the inventor “planted a flag” at the compound is driven by the specific evidence in each case. Here, the Judge identified differences that relate to the specific asserted claims within CA '646. In doing so, he found that those specific claims were not anticipated. The Judge undertook the exercise required of him by *Sanofi*. The Judge identified the correct test for anticipation (Decision, at

établis, notamment à l’arrêt *Hospira* rendu récemment par notre Cour (au paragraphe 66) où il est indiqué que « l’antériorité doit divulguer l’invention revendiquée de sorte que, une fois réalisée, elle contreferait nécessairement le brevet ». Le critère selon lequel il doit nécessairement y avoir contrefaçon, avalisé dans l’arrêt *Hospira*, s’applique à tous les brevets, de même que les exigences prévues à l’article 28.2 de la Loi.

[45] Une telle prétention serait également incompatible avec le principe énoncé dans l’arrêt *General Tire*, et mentionné précédemment, selon lequel [TRADUCTION] « [i]l faut prouver clairement que l’inventeur préalable a pris possession de la destination précise en y laissant sa marque avant le breveté » (à la page 486). Ce principe est aussi énoncé de manière concise dans l’arrêt *Ranbaxy Laboratories Limited v. AstraZeneca AB*, [2013] FCA 368 (Aus.), au paragraphe 170 :

[TRADUCTION] [...] il ne suffit pas que la publication antérieure simplement « contienne » ou « englobe » la divulgation de l’invention revendiquée — une divulgation vague n’antériorise pas nécessairement une revendication ultérieure plus précise : voir, par exemple, *Eli Lilly* [2013] CAF 214, par. [272] à [293] et la jurisprudence qui y est mentionnée.

[46] Il ne s’ensuit pas que l’antériorité ne joue pas dans la divulgation de brevets de genre. Au contraire, cette question est bien présente. Un genre peut, selon sa taille, le libellé des revendications, le contexte et les exemples donnés, antérioriser une espèce individuelle (voir, par exemple, *Aux Sable Liquid Products LP c. JL Energy Transportation Inc.*, 2019 CF 581, [2020] 1 R.C.F. 547, aux paragraphes 90 et 98; *Valence Technology Inc. c. Phostech Lithium Inc.*, 2011 CF 174, aux paragraphes 228 à 230, conf. par 2011 CAF 237).

[47] La réponse finale à la question de savoir si l’inventeur a pris possession du composé en « y laissant sa marque » dépend donc des éléments de preuve propres à chaque affaire. En l’espèce, le juge relève des différences qui se rapportent à des revendications précises du brevet canadien '646. Il conclut que ces dernières n’ont pas été antériorisées. Il fait l’exercice que commande l’arrêt *Sanofi*. Il définit le bon critère d’antériorité (motifs, aux

paragraphs 99–100) and his conclusion that CA '646 was not anticipated by AU '168 was amply supported by the evidence.

[48] The reasoning in *Ranbaxy* is directly on point and, as the following review of the facts as found by the Judge show, dispositive of Apotex's argument.

[49] The Judge identified the various ways CA '646 and AU '168 are different. While AU '168 refers to a class of advantageous compounds, LDX is not specifically mentioned in any of its 30 examples. None of the compounds in AU '168 were said to be for the treatment of ADHD and none related to the reduction in abuse potential. AU '168 does not mention prodrugs, any of LDX's pharmacokinetic data, such as its equivalent area under curve (AUC) and lowered maximum amphetamine concentration (Cmax), nor was the intended functionality explained. (Decision, at paragraphs 106–108 and 137).

[50] Claims 1 to 5 and claim 8 of CA '646 describe various compositions and examples of LDX, the linkage of LDX and a therapeutically acceptable salt, potentially with an additive. For these claims, the wording of the “necessarily infringe” test becomes particularly relevant. As found by the Judge, LDX was not an example described in AU '168, it was merely one of a large class of “advantageous” compounds (Decision, at paragraphs 104–105). As such, the PSIA would have to adopt a specific way forward in order to make LDX. Phrased another way, there are numerous other ways to “perform” AU '168 without necessarily infringing CA '646. Therefore, LDX, as claimed in claims 1–5 and 8, was not specifically disclosed by AU '168 (*Eli Lilly*, at paragraph 52; *Sanofi*, at paragraph 39).

paragraphs 99 et 100), et sa conclusion selon laquelle le brevet canadien '646 n'est pas antérieur par le brevet australien '168 est largement corroborée par les éléments de preuve.

[48] Le raisonnement formulé dans l'arrêt *Ranbaxy* est tout à fait à-propos et, comme le montre l'examen qui suit des faits relevés par le juge, il permet de statuer sur les arguments soulevés par Apotex.

[49] Le juge relève les divergences entre le brevet canadien '646 et le brevet australien '168. Bien que le brevet australien '168 renvoie à une catégorie de composés avantageux, aucun des 30 exemples qu'il énumère ne mentionne expressément la LDX. Aucun des composés visés par le brevet australien '168 n'est destiné au traitement du TDAH, et aucun n'est associé à une réduction du risque d'abus. Il ne fait pas mention de promédicaments, ne contient aucune donnée pharmacocinétique sur la LDX, par exemple sa surface sous la courbe (SSC) équivalente ou l'abaissement de la concentration maximale d'amphétamine (Cmax), ni n'explique le mode d'action prévu (motifs, aux paragraphes 106 à 108 et 137).

[50] Les revendications 1 à 5 et la revendication 8 du brevet canadien '646 décrivent diverses compositions de la LDX illustrées par des exemples, ainsi que l'association de la LDX et d'un sel thérapeutiquement acceptable, éventuellement avec un additif. Dans le cas de ces revendications, le libellé du critère selon lequel il doit nécessairement y avoir contrefaçon devient particulièrement pertinent. Comme l'affirme le juge, la LDX ne fait pas partie des exemples décrits dans le brevet australien '168; il s'agit simplement d'un composé qui fait partie d'une vaste classe de composés « avantageux » (motifs, aux paragraphes 104 et 105). La personne versée dans l'art aurait donc besoin d'une instruction précise pour fabriquer la LDX. En d'autres termes, il existe de nombreuses autres façons de « réaliser » le brevet australien '168 sans nécessairement contrefaire le brevet canadien '646. La LDX décrite dans les revendications 1 à 5 et 8 n'est donc pas expressément divulguée dans le brevet australien '168 (*Eli Lilly*, au paragraphe 52; *Sanofi*, au paragraphe 39).



[51] Although this finding is dispositive of the issue for each of its dependant claims, the Judge also found claims 10–12 to be novel. Claim 10 discusses the release of amphetamine. Claim 11 discusses the provision of a therapeutically effective amount of amphetamine. Claim 12 discusses the reduction in Cmax associated with the use of LDX, which, as discussed in the patent disclosure, is one aspect of the compound that makes it abuse resistant.

[52] Asserted claims 22 and 24–30 are dependent on claims 11–15. Since the essential elements of claims 11–15 include the therapeutic benefits, prolonged release, and abuse-resistant properties of LDX, so do their dependent claims, 22 and 24–30, which stand or fall accordingly. Apotex did not contest the validity of claims 13–15 and the onus was on it to show how the dependent claims were invalid notwithstanding the presumed validity of the un-asserted claims in the 11–15 claim range (*Patent Act*, at subsection 43(2)).

[53] Claims 33–36 relate to the use of LDX for the treatment of ADHD. Since the subject matter of these claims had not previously been disclosed, dependent claim 43 was also not disclosed.

[54] Apotex is correct that the Judge’s comment specifying, “[t]he process of making LDX is not disclosed by AU 168” (Decision, at paragraph 108) was irrelevant to the disclosure analysis as it speaks to the enablement requirement, which both parties admitted was not in issue. Whether this error has any consequence on the integrity of the anticipation analysis is another matter. When read in light of the list of enumerated differences, the error is akin to an “imperfection” (*Millennium Pharmaceuticals Inc. v. Teva Canada Limited*, 2019 FCA 273, 174 C.P.R. (4th) 96, at paragraphs 8–12, leave to appeal to S.C.C. refused May 7, 2020 (39007)). It does not rise to the level of a reversible error.

[51] Même si cette conclusion tranche la question à l’égard des revendications dépendantes, le juge conclut également que les revendications 10 à 12 sont nouvelles. La revendication 10 porte sur la libération de l’amphétamine. La revendication 11 décrit l’apport d’une quantité thérapeutiquement efficace d’amphétamine. La revendication 12 porte sur la réduction de la Cmax associée à l’utilisation de la LDX qui, ainsi que l’indique la divulgation du brevet, est l’un des éléments qui rendent ce composé résistant aux abus.

[52] Les revendications 22 et 24 à 30 sont dépendantes des revendications 11 à 15. Les éléments essentiels des revendications 11 à 15 comprennent les avantages thérapeutiques, la libération soutenue et la résistance aux abus de la LDX; il en va donc de même de leurs revendications dépendantes — les revendications 22 et 24 à 30 — dont la validité dépend de celle des premières. Apotex ne conteste pas la validité des revendications 13 à 15, et il lui incombe de démontrer l’invalidité des revendications dépendantes en dépit de la présumée validité des revendications 11 à 15 non invoquées (Loi, paragraphe 43(2)).

[53] Les revendications 33 à 36 portent sur le recours à la LDX dans le traitement du TDAH. Comme l’objet de ces revendications n’a pas déjà été divulgué, la revendication dépendante 43 n’a pas non plus été divulguée.

[54] Apotex a raison de dire que le commentaire du juge selon lequel « [l]e procédé de fabrication de la LDX n’est pas dévoilé dans le brevet australien 168 » (motifs, au paragraphe 108) n’est pas pertinent pour l’analyse relative à la divulgation, car il concerne le caractère réalisable, un élément qui, selon les deux parties, n’est pas en litige. Quant à savoir si cette erreur a eu quelque effet sur l’intégrité de l’analyse relative à l’antériorité, c’est une autre histoire. Lorsqu’elle est examinée en regard de la liste des différences énumérées, cette erreur s’apparente davantage à une « imperfection » (*Millennium Pharmaceuticals Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2019 CAF 273, aux paragraphes 8 à 12, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée le 7 mai 2020 (39007)). Il ne s’agit pas d’une erreur justifiant l’infirmité de la décision.

### B. *Obviousness*

[55] As with anticipation, obviousness is assessed on a claim-by-claim basis (*Zero Spill Systems*, at paragraphs 83 and 85). Each claim is evaluated against the four-part *Sanofi* test (at paragraph 67):

- (1) (a) Identify the notional “person skilled in the art”;
  - (b) Identify the relevant common general knowledge of that person;
- (2) Identify the inventive concept of the claim in question or if that cannot readily be done, construe it;
- (3) Identify what, if any, differences exist between the matter cited as forming part of the “state of the art” and the inventive concept of the claim or the claim as construed;
- (4) Viewed without any knowledge of the alleged invention as claimed, do those differences constitute steps which would have been obvious to the person skilled in the art or do they require any degree of invention?

[56] As I indicated earlier, the issues on appeal relate to stages 2–4. However, as these stages build upon each other, I will briefly revisit the Judge’s conclusions in relation to stage 1.

Stage 1: The Person Ordinarily Skilled in the Art and their Common General Knowledge

[57] The Judge defined the PSIA as (Decision, at paragraph 60):

... a drug development team with expertise in medicinal chemistry, pharmacology, pharmaceutical formulation and medicine. Shire described the members of the team as having “knowledge of (a) medicinal chemistry; (b) pharmaceutical formulation; (c) pharmacology; and (d) the treatment of ADHD.” Each of the team members would have an advanced degree such as a PhD or MD, and would have approximately three to five years of work experience.

### B. *L’évidence*

[55] Comme l’analyse relative à l’antériorité, l’analyse relative à l’évidence appelle une évaluation de chaque revendication (*Zero Spill Systems*, aux paragraphes 83 et 85). Chaque revendication doit être évaluée à la lumière du critère en quatre volets défini dans l’arrêt *Sanofi* (au paragraphe 67) :

- (1) a) Identifier la « personne versée dans l’art »;
  - b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne;
- (2) Définir l’idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d’interprétation;
- (3) Recenser les différences, s’il en est, entre ce qui ferait partie de « l’état de la technique » et l’idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l’invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l’art ou dénotent-elles quelque inventivité?

[56] Comme je le mentionne plus haut, le présent appel porte sur les volets 2 à 4. Cependant, comme chaque volet dépend des précédents, je rappelle les conclusions du juge concernant le premier volet.

Volet 1 : La personne versée dans l’art et ses connaissances générales courantes

[57] Le juge définit la personne versée dans l’art (motifs, au paragraphe 60) comme étant :

[...] une équipe de développement de médicament ayant des compétences en chimie médicale, en pharmacologie, en formulation pharmaceutique et en médecine. Selon la description donnée par Shire, les membres de l’équipe devaient posséder [TRADUCTION] « des connaissances dans les domaines de a) la chimie thérapeutique; b) de la formulation pharmaceutique; c) de la pharmacologie et d) du traitement du TDAH ». Chacun des membres de l’équipe devait avoir au moins un diplôme de troisième cycle ou de médecine, et cumuler de trois à cinq années d’expérience professionnelle en moyenne.

[58] The Judge then determined that the PSIA's relevant common general knowledge comprised the following elements (Decision, at paragraphs 66 and 70):

(a) ADHD is a common neurobehavioural disorder in both children and adults that is characterized by a persistent pattern of hyperactivity, impulsivity and inattention.

(b) Physicians could treat the symptoms of ADHD with stimulants, including amphetamine.

(c) Amphetamine products were available as immediate and sustained release formulations, each of which produced different durations of action.

(d) In sustained release formulations, the dosage form was designed to release the drug at a continuous and controlled rate for a longer period than would normally be achieved using an immediate release formulation.

(e) One significant drawback of both immediate and sustained release formulations of amphetamine was their potential for abuse. Those who abused amphetamine wished to attain the euphoria that results from exposure to a rapid and elevated dose. In pharmacokinetic terms, abusers were seeking a short time to maximum plasma concentration [Tmax] and a high peak plasma concentration [Cmax] of amphetamine.

(f) As of May 2003, the PSIA would have recognized the need for an amphetamine product that could not be abused by crushing and snorting, dissolving and injecting, or taking an oral overdose.

(g) The PSIA would have understood that one of the known strategies to reduce the abuse of amphetamine was to reduce its Cmax and extend its Tmax.

(h) As of May 2003, no known formulation could address all principal routes of abuse of amphetamine (*i.e.*, crushing and snorting, dissolving and injection, oral overdose). Adderall XR was an extended release formulation which reduced Cmax and extended Tmax, but did not provide a means to prevent abusers from circumventing the extended release mechanism, either by crushing or dissolution.

(i) Concerta was a known methylphenidate composition that was designed to form a paste when crushed so it could not be snorted. However, Concerta would dissolve in water and release its active ingredient for injection or

[58] Le juge circonscrit les connaissances générales courantes pertinentes d'une personne versée dans l'art en ces termes (motifs, aux paragraphes 66 et 70) :

a) Le TDAH est un état neurocomportemental courant chez les enfants et les adultes, qui se caractérise par un schéma persistant d'hyperactivité, d'impulsivité et d'inattention.

b) Les médecins peuvent prescrire des stimulants comme l'amphétamine pour traiter les symptômes du TDAH.

c) Les produits à base d'amphétamine sont offerts en formulations à libération immédiate ou soutenue, et leur durée d'action varie.

d) La forme posologique des formulations à libération soutenue est conçue de telle façon que le médicament est libéré à une vitesse continue et contrôlée, sur une période plus longue que les formulations à libération immédiate.

e) Le risque d'abus est associé aux formulations d'amphétamine à libération immédiate et soutenue. C'est l'un de leurs inconvénients majeurs. Des personnes abusent de l'amphétamine pour ressentir l'euphorie que procure une exposition rapide à des concentrations élevées. Du point de vue pharmacocinétique, la consommation abusive d'amphétamine vise à réduire au minimum le temps pour atteindre la concentration plasmatique maximale [Tmax] et à atteindre un pic de concentration [Cmax] le plus élevé possible.

f) En mai 2003, la personne versée dans l'art aurait admis la nécessité de développer un produit à base d'amphétamine résistant aux abus par pulvérisation et reniflement, dissolution et injection, ou surdosage oral.

g) La personne versée dans l'art aurait compris que l'une des stratégies possibles contre le risque d'abus d'amphétamine est de réduire la Cmax et de prolonger le Tmax.

h) En mai 2003, aucune formulation connue ne permettait de réduire les risques d'abus d'amphétamine par toutes les voies d'administration possibles (pulvérisation et reniflement, dissolution et injection, surdosage oral). L'Adderall XR était une formulation à libération prolongée qui réduisait la Cmax et prolongeait le Tmax. Cependant, les abuseurs pouvaient déjouer le mécanisme de libération prolongée en pulvérisant ou en dissolvant les comprimés.

i) Le Concerta était une composition à base de méthylphénidate qui se transformait en pâte si elle était pulvérisée, et donc impossible à renifler. En revanche, le Concerta pouvait être dissout dans l'eau et libérer son ingrédient actif

swallowing, and thus its abuse protection was limited. Further, the extended release mechanism in Concerta could be undone by crushing or chewing the tablet.

(j) An irritant could be added to a formulation that was intended to sting if snorted or injected. However, the irritant would do nothing to alter the pharmacokinetics of amphetamine, or stop someone from dissolving the drug and ingesting it orally. No formulation containing an irritant to discourage abuse had ever reached the market.

...

... the PSIA's common general knowledge would include an awareness of the development of prodrugs to overcome barriers to a drug's usefulness, including its pharmacokinetic limitations.

#### Stage 2: The Inventive Concept

[59] It is at stage 2, where the Court is to “identify the inventive concept of the claim in question or if that cannot readily be done, construe it”, that the parties join issue. Distilled, the dispute before us is the end point of the obviousness inquiry—both how it is determined and whether the Judge erred in his application of the concept.

[60] The Judge held that the inventive concept could “be grasped without difficulty”, finding that “the inventive concept of the '646 Patent is a sustained release formulation of a therapeutically useful dose of amphetamine that is resistant to abuse” (Decision, at paragraphs 117, 122 and 132). He characterized the inventive concept following a review of the claims and the problem that CA '646 was intended to solve (Decision, at paragraphs 117, 120 and 132).

[61] Apotex contends the Judge erred in doing so as section 28.3 mandates a narrow, claim-based end point, focussed solely on the “subject matter of the claim”. Recourse to the specification or disclosure is not allowed. The consequence of this is that the claims in issue are limited to their bare formulae and the process of their making, excluding their beneficial properties or anything that is not an “essential element” of the claim. The essential

s'il était injecté ou avalé. La protection contre les abus était donc limitée. De surcroît, le mécanisme de libération prolongée du Concerta pouvait être déjoué si le comprimé était pulvérisé ou mâché.

j) Il était possible d'ajouter un agent irritant à la formulation pour provoquer une irritation quand elle était reniflée ou injectée. L'irritant ne modifiait toutefois pas les caractéristiques pharmacocinétiques de l'amphétamine et n'empêchait pas la dissolution ou l'ingestion des comprimés. Aucune formulation contenant un irritant destiné à empêcher les abus n'a été mise en marché.

[...]

[...] les connaissances générales courantes d'une personne versée dans l'art devaient englober le développement de promédicaments pour surmonter les obstacles empêchant d'exploiter les bienfaits d'un médicament, y compris les limites d'ordre pharmacocinétique.

#### Volet 2 : L'idée originale

[59] C'est au volet 2, où la Cour doit « définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation », que les parties ont maille à partir. La question en litige concerne essentiellement l'aboutissement de l'analyse relative à l'évidence — à savoir comment déterminer l'évidence et si le juge a commis une erreur dans son application de cette notion.

[60] Le juge conclut que « l'idée originale est facile à comprendre » et que « l'idée originale du brevet 646 est une formulation à libération soutenue d'une dose d'amphétamine thérapeutiquement utile et résistante aux abus » (motifs, aux paragraphes 117, 122 et 132). Il caractérise l'idée originale à la lumière des revendications et du problème que le brevet canadien '646 cherchait à résoudre (motifs, aux paragraphes 117, 120 et 132).

[61] Selon Apotex le juge a ainsi commis une erreur, car l'article 28.3 dispose que l'aboutissement de l'analyse doit être restreint et fondé sur la revendication et qu'il doit être axé uniquement sur l'« objet » de la revendication. On ne peut invoquer le mémoire descriptif ou la divulgation. Il s'ensuit que les revendications en litige se résument aux formules et au procédé de fabrication et qu'elles excluent les propriétés bénéfiques ou tout autre élément

element of the claim in issue was LDX—the bare chemical compound, without its features or advantages, as those can only be found in the specification.

[62] Apotex further argues the Judge erred in declaring the inventive concept “could be grasped without difficulty” in the absence of agreement of the parties or an analysis of whether any of the claims’ inventive concepts could be readily identified from the wording of the claim itself, as was done in *Sanofi* and is now required by both section 28.3 of the *Patent Act* and *AstraZeneca Canada Inc.* Instead, according to Apotex, the Judge focussed on the “amorphous and ill-defined” inventive concept that could be derived from the specification as a whole rather than the claims themselves, contrary to established jurisprudence (*Tearlab*, at paragraph 49; *Ciba*, at paragraphs 72 and 74).

[63] Further, the Judge adopted the inventive concept without explaining why it was readily apparent (Decision, at paragraph 122). Apotex argues that none of the asserted claims related to sustained release or abuse resistance. Those concepts were present in claims 16–21 (sustained release profile) and 45 (abuse resistance) of CA '646, which were not asserted. As a consequence, the specific inventive concept(s) of some of the claims were rendered redundant, giving rise to a palpable and overriding error.

[64] Apotex’s arguments cannot succeed. I say this for two reasons.

[65] Section 28.3 of the *Patent Act* does not displace the common law test for obviousness. The inventive concept, properly construed and applied, remains the end point for the obviousness inquiry. Second, I do not see an error in the Judge’s analysis of the inventive concept, nor in its application. Further, the arguments raised by Apotex, interesting as they may be, are of no consequence in light of the Judge’s factual findings. I will elaborate on this later.

[66] I begin with three basic principles.

qui n’est pas un « élément essentiel » de la revendication. L’élément essentiel de la revendication en litige est la LDX — le composé chimique en soi, sans ses propriétés ou avantages, car ces derniers ne sont mentionnés que dans le mémoire descriptif.

[62] Apotex affirme en outre que le juge déclare à mauvais droit que l’idée originale « est facile à comprendre » à défaut d’accord entre les parties ou d’une analyse visant à déterminer si l’idée originale de quelque revendication pourrait facilement être définie à partir du libellé de la revendication même, comme dans l’affaire *Sanofi* et comme l’exigent aujourd’hui l’article 28.3 de la Loi et l’arrêt *AstraZeneca Canada Inc.* Selon Apotex, le juge insiste plutôt sur l’idée originale « amorphe et mal définie » susceptible d’être tirée du mémoire descriptif dans son ensemble, et non sur les revendications proprement dites, ce qui va à l’encontre de la jurisprudence établie (*Tearlab*, au paragraphe 49; *Ciba*, aux paragraphes 72 et 74).

[63] Qui plus est, le juge adopte l’idée originale sans expliquer pourquoi elle va de soi (motifs, au paragraphe 122). Apotex affirme qu’aucune des revendications invoquées ne concerne la libération soutenue ou la résistance aux abus. Ces notions sont présentes dans les revendications 16 à 21 (libération soutenue) et 45 (résistance aux abus) du brevet canadien '646, qui n’ont pas été invoquées. Il s’ensuit que l’idée ou les idées originales de certaines revendications sont redondantes, ce qui donne lieu à une erreur manifeste et dominante.

[64] Les prétentions d’Apotex ne peuvent être accueillies, et ce pour deux raisons.

[65] D’abord, l’article 28.3 de la Loi n’écarte pas le critère de l’évidence en common law. L’idée originale, correctement interprétée et appliquée, demeure l’aboutissement de l’analyse de l’évidence. Ensuite, il n’y a aucune erreur dans l’analyse par le juge de l’idée originale, ou dans son application. Qui plus est, les observations faites par Apotex, aussi intéressantes soient-elles, ne sont pas pertinentes vu les conclusions de fait du juge. J’y reviens ci-après.

[66] Passons d’abord en revue trois principes fondamentaux.

[67] First, on occasion, the inventive concept may be “readily apparent” where there is agreement on it. If not, the inventive concept needs to be construed. To do that, the judge is to first determine whether it can be identified from the previously completed claims construction exercise (*Ciba*, at paragraphs 76–77). Second, where it is not possible to fully grasp the nature of the inventive concept solely from those claims, the judge may have regard to the patent specification to determine if it provides any insight or clarification into the inventive concept of the claim(s) in issue (*Sanofi*, at paragraph 77; *AstraZeneca Canada Inc.*, at paragraph 31). If this step is necessary, “it is not permissible to read the specification in order to construe the [inventive concept of the] claims more narrowly or widely than the text will allow” (*Sanofi*, at paragraph 77).

[68] Second, insight from *Sanofi* shows that while an inventive concept is an attribute of the claims, it differs from claims construction (Joshua Sealy-Harrington, “The Inventive Concept in Patent Law: Not so Obvious” (2015) 27 *I.P.J.* 385). As such, though the process for the identification of an inventive concept bears a striking resemblance to that of claims construction, as seen in longstanding Supreme Court of Canada rulings (see, e.g., *Free World*, at paragraphs 33–50; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraphs 43 and 49), it is nonetheless a distinct, separate exercise.

[69] Third, the caution expressed in *Unilever PLC v. Chefaro Proprietaries Ltd.*, [1994] R.P.C. 567 (Eng. C.A.) (*Unilever PLC*), at page 580 remains a governing legal principle: “[i]t is the ‘inventive concept’ of the claim in question which must be considered, not some generalised concept to be derived from the specification as a whole.” Thus, as required by section 28.3 as well as the wording of *Sanofi*, it is the inventive concept(s) of the claim(s) in issue that must be the focus of an obviousness inquiry, not the inventive concept of the patent (*Ciba*, at paragraph 72; *Bauer Hockey Corp. v. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 FC 361, 83 C.P.R. (4th) 315, at paragraph 250, aff’d 2011 FCA 83, 92 C.P.R. (4th) 103; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2017 FC 774, 150 C.P.R. (4th) 1 (*Pfizer Canada Inc.*), at paragraph 247, aff’d 2019 FCA 16, 163 C.P.R. (4th) 191).

[67] Premièrement, il arrive à l’occasion que l’idée originale soit manifeste, lorsque les parties s’entendent à ce sujet. Dans le cas contraire, l’idée originale doit être interprétée. Pour ce faire, le juge doit d’abord voir si elle peut être cernée à partir de l’exercice antérieur d’interprétation des revendications (*Ciba*, aux paragraphes 76 et 77). Deuxièmement, lorsqu’il est impossible de saisir intégralement l’idée originale sur le seul fondement de ces revendications, le juge peut tenir compte du mémoire descriptif du brevet pour déterminer si celui-ci apporte quelque précision sur l’idée originale de la revendication en litige (*Sanofi*, au paragraphe 77; *AstraZeneca Canada Inc.*, au paragraphe 31). Si cette étape est nécessaire, « [o]n ne saurait cependant s’appuyer sur le mémoire descriptif pour interpréter [l’idée originale] des revendications de façon plus restrictive ou plus extensive » (*Sanofi*, au paragraphe 77).

[68] Deuxièmement, suivant l’arrêt *Sanofi*, si l’idée originale est un attribut des revendications, sa définition diffère de l’interprétation de ces dernières (Joshua Sealy-Harrington, « The Inventive Concept in Patent Law : Not so Obvious », (2015), 27 *I.P.J.* 385). Bien que l’exercice de définition de l’idée originale comporte, en soi, une ressemblance frappante avec l’interprétation des revendications, comme le montrent des arrêts historiques de la Cour suprême du Canada (voir, par exemple, *Free World*, aux paragraphes 33 à 50; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S 1067, aux paragraphes 43 et 49), il s’agit néanmoins de deux exercices distincts.

[69] Troisièmement, la mise en garde formulée dans l’arrêt *Unilever PLC v. Chefaro Proprietaries Ltd.*, [1994] R.P.C. 567 (C.A. Angl.) (*Unilever PLC*), à la page 580 demeure une règle de droit décisive : [TRADUCTION] « [c]’est l’“idée originale” de la revendication en question qu’il faut prendre en considération, et non une idée générale tirée du mémoire ». Par conséquent, comme le prévoient l’article 28.3 et le libellé de l’arrêt *Sanofi*, l’analyse relative à l’évidence doit être axée sur l’idée originale de la revendication en question, et non sur l’idée originale du brevet (*Ciba*, au paragraphe 72; *Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 CF 361, au paragraphe 250, conf. par 2011 CAF 83; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CF 774 (*Pfizer Canada Inc.*), au paragraphe 247, conf. par 2019 CAF 16).



[70] The Judge did not determine the inventive concept based on some “generalized concept”; rather it was based on a reading of the claims informed by the specification.

[71] A reading of the Decision as a whole shows that the finding that the inventive concept could “be grasped without difficulty” was based on an analysis of the claims as informed by the specification (see, e.g., the Decision, at paragraphs 119–122). This aligns with the process applied by the Supreme Court in *Sanofi* and described above. I cannot agree with the conclusion that the inventive concept was faulty by reason of a failure of the Judge to explain its origins in copious detail. As will be explained, it was, in fact, easily deciphered from the claims and specification.

[72] As in *Sanofi*, claims 1–5 of the patent in suit in this appeal are to bare chemical compounds. The essential element of each of these claims is simply the chemical formula itself which, standing alone, says nothing as to the “inventiveness” of the patent claims. As such, it is necessary to turn to the specification for amplification. The language of *Sanofi* is directly applicable [at paragraphs 77–78]:

The inventive concept of the claims is not readily discernable from the claims themselves. A bare chemical formula in a patent claim may not be sufficient to determine its inventiveness. In such cases, I think it must be acceptable to read the specification in the patent to determine the inventive concept of the claims. Of course, it is not permissible to read the specification in order to construe the claims more narrowly or widely than the text will allow.

In the present case, it is apparent that the inventive concept of the claims in the '777 patent is a compound useful in inhibiting platelet aggregation which has greater therapeutic effect and less toxicity than the other compounds of the '875 patent and the methods for obtaining that compound.

[73] It should be recalled that in *Sanofi* the Supreme Court found that the inventive concept was “not readily discernable from the claims themselves” (paragraph 77).

[70] Le juge ne définit pas l'idée originale à partir de quelque « idée générale », mais plutôt en se fondant sur une interprétation des revendications étayée par le mémoire descriptif.

[71] L'examen des motifs dans leur ensemble montre que la conclusion — selon laquelle l'idée originale « est facile à comprendre » — découle d'une analyse des revendications étayée par le mémoire descriptif (voir p. ex. les motifs, aux paragraphes 119 à 122). Cette approche est conforme à celle appliquée par la Cour suprême dans l'arrêt *Sanofi* et décrite plus haut. Je ne peux souscrire à la conclusion voulant que l'idée originale soit erronée du simple fait que le juge omet d'en expliquer les origines en détail. Comme je l'explique ci-après, l'idée originale est en fait facile à définir à partir des revendications et du mémoire descriptif.

[72] Tout comme dans l'affaire *Sanofi*, les revendications 1 à 5 du brevet en litige dans le présent appel portent simplement sur des composés chimiques. L'élément essentiel de chacune de ces revendications réside dans la formule chimique proprement dite, laquelle, en soi, ne renseigne nullement sur l'« inventivité » des revendications du brevet. Il est donc nécessaire d'examiner le mémoire descriptif. Le texte de l'arrêt *Sanofi* s'applique directement en l'espèce [aux paragraphes 77 et 78] :

Il n'est pas facile de saisir l'idée originale à partir [des] seules revendications. La seule présence d'une formule chimique ne permet pas de déterminer l'inventivité de la revendication. J'estime donc que l'on doit pouvoir se fonder sur le mémoire descriptif pour définir l'idée originale qui sous-tend les revendications. On ne saurait cependant s'appuyer sur le mémoire descriptif pour interpréter le texte des revendications de façon plus restrictive ou plus extensive.

En l'espèce, il est clair que l'idée originale à la base des revendications du brevet '777 est un antiplaquettaire à l'effet thérapeutique supérieur et à la toxicité moindre comparativement aux autres composés couverts par le brevet '875, et les méthodes permettant de l'obtenir.

[73] Il convient de rappeler que la Cour suprême, dans l'arrêt *Sanofi*, conclut qu'il n'est « pas facile de saisir l'idée originale à partir [des] seules revendications » (au

What Rothstein J. did next is, however, very instructive; the beneficial properties of the bare formulae were examined (paragraph 78).

[74] I cannot agree that the effect of section 28.3 of the *Patent Act* is to narrow the inventive concept to the essential elements of the claim itself. This conflates the claims construction exercise with the identification of the inventive concept, and would alter, in a very significant manner, the inquiry into “inventiveness”, which is the sole purpose of the obviousness inquiry. Beyond *Sanofi*, there are many cases in which this Court has upheld the use of a specification to determine the inventive concept where it was not readily discernable from the claims themselves (*Apotex Inc. v. Allergan*, at paragraph 72, citing *Apotex Inc. v. ADIR*, 2009 FCA 222, 75 C.P.R. (4th) 443, at paragraph 58; see also *Apotex Inc. v. Pfizer*, at paragraph 39).

[75] Although identification of the inventive concept follows from claims construction and is necessarily informed by it, they are nonetheless discrete exercises, with discrete purposes (*Eli Lilly Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2016 FCA 119, [2017] 2 F.C.R. 280, at paragraphs 40–41; *Bell Helicopter*, at paragraphs 122–126). As noted earlier, the purpose of claims construction is to determine the scope of the claim by looking at the “subject matter of the claim”. It does not, on its own, determine a claim’s validity. Section 28.3, in codifying the common law requirement that an invention not be obvious, did not displace the longstanding jurisprudence that tells us *how* obviousness is determined.

[76] The inventive concept is an element of that determination. Its purpose is to help determine what, if anything, makes the claim, as constructed, inventive. This is the very inquiry section 28.3 asks of us. As noted in *Bristol-Myers*, *Sanofi* did not change the substantive law of obviousness by implication, and the term “inventive concept” is not materially different than the previously used term of “solution taught by the patent” (*Bristol-Myers*, at paragraphs 65–68 and 75). This is the lens that we should keep in mind when determining the inventive concept. This lens becomes particularly important if recourse to the specification is required. For example, in the case of a bare chemical

paragraphe 77). Ce que fait le juge Rothstein par la suite est toutefois très révélateur : il examine les propriétés avantageuses de la formule en soi (au paragraphe 78).

[74] Je ne peux admettre que l’article 28.3 de la Loi a pour effet de réduire l’idée originale aux éléments essentiels de la revendication proprement dite. Cette thèse confond l’exercice d’interprétation des revendications et la définition de l’idée originale, ce qui modifierait considérablement l’analyse de l’« inventivité », qui est le seul objectif de l’analyse relative à l’évidence. Sans compter l’arrêt *Sanofi*, il existe de nombreuses affaires où notre Cour confirme la décision du tribunal de déterminer, à partir du mémoire descriptif, l’idée originale, lorsque cette dernière n’est pas facile à saisir à partir des seules revendications (*Apotex Inc. c. Allergan*, au paragraphe 72, invoquant l’arrêt *Apotex Inc. c. ADIR*, 2009 CAF 222, au paragraphe 58; voir aussi *Apotex Inc. c. Pfizer*, au paragraphe 39).

[75] Bien que la définition de l’idée originale découle de l’interprétation des revendications et s’en inspire forcément, il s’agit néanmoins d’exercices distincts, assortis d’objets distincts (*Eli Lilly Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2016 CAF 119, [2017] 2 R.C.F. 280, aux paragraphes 40 et 41; *Bell Helicopter*, aux paragraphes 122 à 126). Ainsi qu’il est mentionné plus haut, l’interprétation des revendications a pour but d’en définir la portée en examinant l’« objet ». L’interprétation ne détermine pas, en soi, la validité d’une revendication. En énonçant l’exigence de common law selon laquelle une invention ne doit pas être évidente, l’article 28.3 ne supprime pas la jurisprudence de longue date qui nous indique comment l’évidence doit être déterminée.

[76] L’idée originale est un des éléments de cet exercice. Elle aide à déterminer ce qui confère un caractère inventif à la revendication telle qu’elle est interprétée. Il s’agit précisément de l’analyse que l’article 28.3 nous demande de faire. Comme l’indique l’arrêt *Bristol-Myers*, l’arrêt *Sanofi* ne modifie pas implicitement les règles de droit en matière d’évidence, et le terme « idée originale » ne diffère pas sensiblement de l’expression qui était utilisée auparavant, à savoir la « solution enseignée par le brevet » (*Bristol-Myers*, aux paragraphes 65 à 68 et 75). C’est dans cette optique que nous devons définir l’idée originale. Cette optique devient particulièrement importante si l’on doit

formula claim, not all the chemical's properties will inform its inventive concept (*Bristol-Myers*, at paragraph 74; *Teva Canada Limited v. Pfizer Canada Inc.*, 2019 FCA 15, 163 C.P.R. (4th) 265, at paragraph 34).

[77] In sum, a single inventive concept must flow through a patent, but each claim's specific inventive concept may be different. I will return to this point later when I consider Apotex's argument that the Judge erred in adopting an inventive concept that was redundant with some of the claims.

[78] I turn to Apotex's second argument that, in any event, the Judge erred in construing the inventive concept.

[79] As previously explained, similar to *Sanofi*, the independent claims in issue were bare chemical formula claims. Thus, an examination of the essential elements of the claims did not reveal their inventive concept(s). Recourse to the specification was required (*Sanofi*, at paragraph 77).

[80] In this case, as is typically seen in many patents, including the patent at issue in *Sanofi*, the description of CA '646 contains a background statement describing the beneficial properties of the invention. Here, this occurs in paragraph 003 of the description. Also similar to *Sanofi*, CA '646 contains a study comparing the performance of several chemicals to amphetamine, as summarised in Table 46. Some of these chemicals are examples of chemicals encompassed by AU '168. Though the Judge was correct in finding that "[t]he claimed advantages of LDX are principally in comparison to the parent compound amphetamine, not to other conjugates of d-amphetamine" (Decision, at paragraph 93), by comparing all the chemicals against the same standard, Table 46 also demonstrates how the chemicals perform in relation to each other.

recourir au mémoire descriptif. Dans le cas, par exemple, d'une revendication portant simplement sur une formule chimique, ce ne sont pas toutes les propriétés chimiques qui contribueront à définir l'idée originale (*Bristol-Myers*, au paragraphe 74; *Teva Canada Limitée c. Pfizer Canada Inc.*, 2019 CAF 15, au paragraphe 34).

[77] En résumé, une seule idée originale doit se dégager d'un brevet, mais chaque revendication peut présenter une idée originale différente. J'y reviens ci-après, dans mon analyse de l'argument d'Apotex selon lequel le juge a commis une erreur en définissant une idée originale qui était redondante par rapport à certaines revendications.

[78] Passons au deuxième argument d'Apotex selon lequel, quoi qu'il en soit, le juge a commis une erreur dans son interprétation de l'idée originale.

[79] Ainsi qu'il est expliqué plus haut, tout comme dans l'affaire *Sanofi*, les revendications indépendantes en litige portent simplement sur des formules chimiques. L'examen des éléments essentiels de ces revendications ne permet donc pas d'en révéler l'idée ou les idées originales. Il faut pour ce faire avoir recours au mémoire descriptif (*Sanofi*, au paragraphe 77).

[80] En l'espèce, et comme c'est habituellement le cas pour de nombreux brevets, notamment celui sur lequel porte l'affaire *Sanofi*, la description du brevet canadien '646 comporte un énoncé général qui décrit les propriétés bénéfiques de l'invention. En l'espèce, cet énoncé est présenté au paragraphe 003 de la description. De même, tout comme dans l'affaire *Sanofi*, le brevet canadien '646 présente une étude, résumée au tableau 46, qui compare l'efficacité de plusieurs composés chimiques à celle de l'amphétamine. Certains de ces composés chimiques sont des exemples visés par le brevet australien 168. Bien que le juge conclue, à juste titre, que « [l]es revendications touchant les avantages de la LDX reposent principalement sur une comparaison avec le composé parent, l'amphétamine, et jamais avec d'autres conjugués de d-amphétamine » (motifs, au paragraphe 93), en présentant une comparaison de tous les composés chimiques par rapport au même produit, le tableau 46 montre également comment les composés chimiques agissent les uns par rapport aux autres.

[81] Beyond comparing LDX to some other compounds encompassed by AU '168, the study and summary statement also lends itself to an inventive concept of “a sustained release formulation of a therapeutically useful dose of amphetamine that is resistant to abuse” (Decision, at paragraph 122). This is because the study, by demonstrating that LDX has both a lower absorption rate and lower Cmax when taken either intranasally or intravenously, demonstrates LDX’s property of abuse resistance upon introduction into the body.

[82] Other elements of the inventive concept are rooted in the specification. As the Judge found, abuse resistance upon oral administration and a sustained release formulation arise from the demonstration of how LDX has a combination of a lower Cmax with a similar percent AUC. As discussed by Dr. Eldon in his report, the same amount of amphetamine is being released, but with a lower maximum concentration. This flattens, or extends, the curve. Indeed, both these aspects are described in the summary statement as a property of the compound, at paragraph 003 of the description:

Additionally, release of amphetamine following oral administration [of the compound] occurs gradually over an extended period of time thereby eliminating spiking of drug levels. When taken at doses above the intended prescription, the bioavailability of amphetamine, including peak levels and total amount of drug absorbed, is substantially decreased. This decreases the potential for amphetamine abuse which often entails the use of extreme doses (1g or more a day). The compositions are also resistant to abuse by parenteral routes of administration, such as intravenous – “shooting”, intranasal “snorting”, or inhalation “smoking”, that are often employed in illicit use.

[83] Further, the summary statement at paragraph 003 of the description refers to “a therapeutically useful dose”. The supporting study, as summarised in Table 46, validates this statement by comparing the percent AUC’s of the various compounds. Particularly, it demonstrates how LDX provides a therapeutically effective release of amphetamine that is both roughly equivalent to straight amphetamine’s release and superior to the other compounds.

[81] En plus de comparer la LDX à d’autres composés visés par le brevet australien '168, l’étude et le résumé permettent également une définition de l’idée originale en ces termes « une formulation à libération soutenue d’une dose d’amphétamine thérapeutiquement utile et résistante aux abus » (motifs, au paragraphe 122). En effet, l’étude, en démontrant que la LDX a un taux d’absorption et une Cmax plus faibles lorsqu’elle est administrée par voie intranasale ou intraveineuse, démontre la résistance aux abus de la LDX lorsqu’elle est introduite dans l’organisme.

[82] D’autres éléments de l’idée originale reposent sur le mémoire descriptif. Comme l’indique le juge, la résistance aux abus que présentent l’administration par voie orale et la formulation à libération soutenue de la LDX ressortent de la démonstration d’une Cmax inférieure et d’un pourcentage de surface sous la courbe comparable. Comme l’indique M. Eldon, dans son rapport, la quantité d’amphétamine libérée est la même, mais la concentration maximale est plus faible. Ainsi, la courbe est aplatie, ou allongée. De fait, ces deux éléments sont décrits dans le résumé à titre de propriétés du composé, au paragraphe 003 du mémoire descriptif :

[TRADUCTION] En outre, la libération de l’amphétamine après l’administration orale [du composé] se fait progressivement et de manière prolongée, éliminant ainsi les pics de concentration. Lorsqu’elle est absorbée à des doses supérieures à celles qui ont été prescrites, la biodisponibilité de l’amphétamine (concentration maximale et volume total absorbé) est sensiblement moindre. Le risque d’abus souvent associé à l’absorption de doses massives (1 g ou plus par jour) est ainsi réduit. Les compositions sont également résistantes aux abus par les voies parentérales (injections intraveineuses, « reniflement » intranasal ou inhalation de fumée) souvent privilégiées par les usagers illicites.

[83] Le résumé au paragraphe 003 du mémoire descriptif fait également mention d’une dose [TRADUCTION] « thérapeutiquement utile ». L’étude qui appuie ce dernier, qui est résumée au tableau 46, valide cet énoncé en comparant le pourcentage de surface sous la courbe des divers composés. Elle montre plus précisément comment la LDX assure une libération d’amphétamine thérapeutiquement efficace, qui est à la fois à peu près équivalente à la libération d’amphétamine sous sa forme simple et supérieure à celle des autres composés.

[84] In sum, the Judge committed no error in having regard to these properties and beneficial features of LDX in determining the inventive concept of the claims in issue. I am also satisfied that the description was sufficient to allow the Judge to construe these properties as features of the compound as claimed in the independent claims, such that they should form part of the inventive concept. Unlike the situation seen in *Bristol-Myers*, these beneficial properties were the “solution taught by the patent” claim. They explain the source of the motivation to pursue the solution (*Bristol-Myers*, at paragraph 75).

[85] I now turn to Apotex’s argument that the inventive concept was faulty because it made the inventive concept of some of the claims “necessarily redundant”. Here again, it is useful to revisit a few basic principles.

[86] Although a claim by claim analysis of each claim’s inventive concept is to be conducted, it is important to remember that a single, overarching inventive concept connects every claim of a patent, with its genesis usually in the independent claim(s). As seen in *AstraZeneca Canada Inc.*, the “subject matter” of an invention can be multi-faceted (at paragraph 49). There, Rowe J., quoting David Vaver, *Intellectual Property Law*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2011), at page 275, noted:

For simplicity’s sake, the rule is “one invention, one application, one patent.” But inventions are like a many-faceted prism: multiple claims (sometimes running into the hundreds) covering all facets are allowed in the same patent if a “single general inventive concept” links them.

[87] Despite the singular common inventive concept, “[d]ifferent claims can, and generally will, have different inventive concepts” (*Unilever PLC*, at page 580 as quoted in *Ciba*, at paragraph 72). These are, in effect, inventive concepts that are stitched on, or bound to, the single, common concept (*Ciba*, at paragraph 72, quoting *Unilever PLC*, at page 580; *Pozzoli SPA v. BDMO SA*,

[84] En résumé, le juge n’a commis aucune erreur en tenant compte de ces propriétés et des caractéristiques avantageuses de la LDX pour déterminer l’idée originale des revendications en litige. Je conclus également que le mémoire descriptif était suffisant pour permettre au juge d’interpréter ces propriétés comme étant des caractéristiques du composé visé par les revendications indépendantes, de sorte qu’elles devraient faire partie de l’idée originale. Contrairement à la situation décrite dans l’affaire *Bristol-Myers*, ces propriétés bénéfiques étaient la « solution enseignée par le brevet ». Elles expliquent la source de la motivation à trouver la solution (*Bristol-Myers*, au paragraphe 75).

[85] Passons à l’argument d’Apotex selon lequel l’idée originale était erronée, car elle a rendu l’idée originale de certaines revendications [TRADUCTION] « nécessairement redondante ». Ici encore, il paraît utile de revoir certains principes de base.

[86] Bien qu’il faille analyser l’idée originale de chacune des revendications, il importe également de rappeler qu’une seule idée originale générale relie chaque revendication d’un brevet et que cette idée réside habituellement dans les revendications indépendantes. Comme l’indique l’arrêt *AstraZeneca Canada Inc.*, l’« objet » d’une invention peut comporter de multiples facettes (au paragraphe 49). Dans cette affaire, le juge Rowe, citant l’ouvrage de David Vaver, *Intellectual Property Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2011), à la page 275, opine en ces termes :

[TRADUCTION] Par souci de simplicité, la règle est la suivante : « une invention, une demande, un brevet ». Mais les inventions sont comme des prismes à multiples facettes : de multiples revendications (parfois même des centaines) portant sur toutes les facettes sont permises pour un même brevet si un « seul concept inventif général » les relie.

[87] Même s’il n’existe qu’une seule idée originale générale, [TRADUCTION] « [c]haque revendication peut correspondre, et correspond en général, à une idée originale distincte » (*Unilever PLC*, à la page 580, cité dans l’arrêt *Ciba*, au paragraphe 72). Il s’agit, en fait, d’idées originales qui sont liées à une seule idée commune (*Ciba*, au paragraphe 72, invoquant *Unilever PLC*, à la page 580; *Pozzoli*



[2007] EWCA Civ. 588 (BAILII), [2007] F.S.R. 37, at paragraph 17; *Pfizer Canada Inc.*, at paragraph 247; *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 754, 157 C.P.R. (4th) 391, at paragraph 176, affd *sub nom. Millenium Pharmaceuticals Inc. v. Teva Canada Limited*, 2019 FCA 273, 174 C.P.R. (4th) 96, leave to appeal to S.C.C. refused May 7, 2020 (39007)). Practically speaking, however, so long as the single common inventive concept is found to be non-obvious, the Court will typically not need to explicitly consider any amendments to it made by later claims.

[88] I have spent some time elaborating the principles pertaining to the definition and role of the inventive concept of a claim or claims. At the risk of repetition (see paragraphs 72–77, above), each claim can give rise to its own inventive concept, and the inventive concepts of the various claims may overlap or replicate each other. This is permissible, provided they are joined or unified by an over-arching, single inventive concept. Put otherwise, the potential for redundancy is inherent in the inventive concept exercise.

[89] Despite this, a claim’s limitation should not be read into a more generally worded claim to avoid either infringement or invalidity; “Where some claims are broad and others narrow, the narrow claim limitations cannot be read into the broad whether to avoid invalidity or to escape infringement” (cited in *Halford v. Seed Hawk Inc.*, 2004 FC 88, 31 C.P.R. (4th) 434, at paragraphs 91–97, revd in part on other grounds, 2006 FCA 275, 54 C.P.R. (4th) 130, as approved by our Court in *Tetra Tech EBA Inc.*, at paragraphs 113–115). These principles also apply at the inventive concept stage.

[90] As in the claims construction exercise, a redundancy should only be permitted at the inventive concept stage where “a purposive analysis shows that claims are in effect duplicated” (*Ratiopharm Inc. v. Canada (Health)*, 2007 FCA 83, 58 C.P.R. (4th) 97 (*Ratiopharm Inc.*), at paragraph 33). Generally, it would make little sense to specifically read away from a redundancy at the claims construction stage (*Tetra Tech EBA Inc.*, at paragraphs 113–115, 123 and 128–130; *Ratiopharm Inc.*, at

*SPA v. BDMO SA*, [2007] EWCA Civ. 588 (BAILII), [2007] F.S.R. 37, au paragraphe 17; *Pfizer Canada Inc.*, au paragraphe 247; *Teva Canada Limitée c. Janssen Inc.*, 2018 CF 754, au paragraphe 176, conf. par *sub nom. Millenium Pharmaceuticals Inc. c. Teva Canada Limited*, 2019 CAF 273, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 mai 2020 (39007)). Concrètement, toutefois, si l’idée originale unique générale est considérée comme non évidente, la Cour ne sera habituellement pas tenue d’examiner en détail quelque modification qui y a été apportée par des revendications ultérieures.

[88] J’énonce plus haut assez largement les principes devant guider la définition et le rôle de l’idée originale des revendications. Au risque de me répéter (voir les paragraphes 72 à 77 qui précèdent), je signale que chaque revendication peut révéler sa propre idée originale, et les idées originales de diverses revendications peuvent se chevaucher ou se répéter. C’est autorisé, à condition que ces idées soient liées ou unies par une idée originale générale. En d’autres termes, la possibilité de redondance est inhérente à l’analyse de l’idée originale.

[89] Or, on ne peut interpréter une revendication libellée en des termes généraux comme si elle prévoit la restriction d’une autre revendication pour éviter la contrefaçon ou l’invalidité; « [l]orsque certaines revendications sont étendues et d’autres limitées, les restrictions de la revendication limitée ne peuvent pas être considérées comme faisant partie de la revendication étendue pour éviter l’invalidité ou la contrefaçon » (cité dans la décision *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2004 CF 88, aux paragraphes 91 à 97, infirmé en partie pour d’autres motifs par 2006 CAF 275, approuvé par notre Cour dans l’arrêt *Tetra Tech EBA Inc.*, aux paragraphes 113 à 115). Ces principes s’appliquent également à l’analyse de l’idée originale.

[90] Tout comme dans l’exercice d’interprétation des revendications, la redondance ne devrait être autorisée à l’étape de la définition de l’idée originale que s’il existe « une analyse téléologique qui établit effectivement le double emploi des revendications » (*Ratiopharm Inc. c. Canada (Santé)*, 2007 CAF 83 (*Ratiopharm Inc.*), au paragraphe 33). En général, il ne serait guère judicieux d’exclure expressément la redondance à l’étape de l’interprétation des revendications (*Tetra Tech EBA Inc.*, aux paragraphes 113 à



paragraph 33), only to read it back in at stage 2 of the obviousness analysis.

[91] *Tetra Tech EBA Inc.* and *Tearlab* are instructive in this respect.

[92] *Tetra Tech EBA Inc.* read away from a redundancy at the claims construction stage, then selected an inventive concept based on the essential elements of the claims alone. *Tearlab* also read away from redundancy at the construction stage, then refused to read it back in at the inventive concept stage. In both situations, the redundancy was inappropriate at both the claims construction and inventive concept stages as the proposed addition(s), explicitly stated in the dependent claims, amounted to a limitation on the independent claims. The wording of the independent claims indicated that the invention described by that claim could work without that limitation (*Regents of the University of California v. I-MED Pharma Inc.*, 2018 FC 164, at paragraph 192, aff'd 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367, at paragraph 49; *Tetra Tech EBA Inc.*, at paragraphs 113–115). The redundancy, caused by the proposed limitation, was inappropriate at both the claims construction and inventive concept stages, despite their separate purposes.

[93] To recapitulate, although a certain degree of redundancy is often inherent at the inventive concept stage, an inventive concept cannot be used as a vehicle to construe or read the inventive concept of claims more narrowly or broadly than their text, or plain language, will allow. As such, redundancy is only permitted where a purposive analysis shows that claims are in effect duplicated. This purposive analysis is necessarily informed by the purpose behind an identification of the inventive concept, which is different than the purpose behind a claims construction.

[94] Turning to the specifics of the case before us, the Judge was aware of this limitation on the use of the inventive concept, noting, for example, that it would be

115, 123 et 128 à 130; *Ratiopharm Inc.*, au paragraphe 33), pour ensuite la réintroduire au volet 2 de l'analyse relative à l'évidence.

[91] Les arrêts *Tetra Tech EBA Inc.* et *Tearlab* sont révélateurs à ce sujet.

[92] La Cour dans l'arrêt *Tetra Tech EBA Inc.* exclut la redondance à l'étape de l'interprétation des revendications, puis définit l'idée originale en fonction des éléments essentiels des revendications. La Cour dans l'arrêt *Tearlab* exclut également la redondance à l'étape de l'interprétation, et refuse de la réintroduire à l'étape de la définition de l'idée originale. Dans les deux cas, la redondance ne peut être permise, tant à l'étape de l'interprétation des revendications qu'à celle de la définition de l'idée originale, car l'ajout ou les ajouts proposés, mentionnés explicitement dans les revendications dépendantes, ont pour effet de restreindre les revendications indépendantes. Le libellé des revendications indépendantes indique que l'invention décrite par ces revendications peut être réalisée sans cette restriction (*Regents of the University of California c. I-MED Pharma Inc.*, 2018 CF 164, au paragraphe 192, conf. par 2019 CAF 179, au paragraphe 49; *Tetra Tech EBA Inc.*, aux paragraphes 113 à 115). La redondance, créée par la restriction proposée, ne peut être permise, ni à l'étape de l'interprétation des revendications, ni à celle de la définition de l'idée originale, malgré les objets distincts de ces deux étapes.

[93] En résumé, bien qu'un certain degré de redondance soit souvent inhérent à l'étape de la définition de l'idée originale, l'idée originale ne saurait permettre une interprétation plus restrictive ou plus générale de l'idée originale des revendications que celle qui est autorisée par leur libellé ou le sens ordinaire des mots qui le composent. À cet égard, la redondance n'est acceptée que si une analyse téléologique montre qu'il y a réellement chevauchement entre les revendications. Cette analyse téléologique doit nécessairement être axée sur l'objet de l'étape de la définition de l'idée originale, qui diffère de l'objet de l'étape d'interprétation des revendications.

[94] Revenons à l'espèce. Le juge est conscient de cette restriction quant au rôle de l'idée originale, puisqu'il signale notamment qu'une mention « dans l'idée originale

inappropriate to include “a ‘once daily’ administration to treat ADHD within the inventive concept” underlying every claim as certain claims relate to the administration of LDX more than once a day, while others reference using LDX to treat narcolepsy and obesity (Decision, at paragraph 121).

[95] None of the claims of CA '646 contains wording that conflicts with the inventive concept as identified by the Judge, although it does render some of the later claims redundant. Examples of these dependent claims include claims 11, 12, 14, 15, 16, etc. However, a purposive analysis shows that these claims are a permissible duplication of, or merely dependent upon, the specific inherent properties of LDX that inform the single common inventive concept.

[96] LDX cannot exist without these inherent properties: every molecule of LDX necessarily has these properties. For example, the study in paragraphs 228–231 of the description, and summarised in Table 46, discusses these pharmacokinetic properties. These properties, at the claims construction stage, import a limitation into the essential element(s) of the independent claims—the chemical LDX. At the inventive concept stage, these properties do not limit the chemical in any way; the narrow claim is not importing a limitation onto the more general claim, but merely highlighting one inherent aspect of it. Further, these properties, in turn, describe the problem taught by the solution, the chemical LDX.

[97] Although these pharmacokinetic properties are the subject of later claims, such as claim 11, which reads as, “the pharmaceutical composition according to any one of claims 6–9, wherein the L-lysine-d-amphetamine or a pharmaceutically acceptable salt thereof provides a therapeutically effective amount of amphetamine”, these claims merely reiterate these properties, emphasising that the chemical is the solution to the problem. This, in effect, duplicates the inventive concepts.

[globale] de l’administration d’une [TRADUCTION] “dose unique quotidienne” pour traiter le TDAH » ne serait pas indiquée, car certaines revendications portent sur l’administration de la LDX plus d’une fois par jour, alors que d’autres précisent que la LDX peut être utilisée comme traitement de la narcolepsie et de l’obésité (motifs, au paragraphe 121).

[95] Aucune revendication du brevet canadien '646 ne contient de termes contradictoires à l’idée originale définie par le juge, bien que le libellé de certaines revendications ultérieures les rendent redondantes. Ces revendications dépendantes sont, entre autres, les revendications 11, 12, 14, 15 et 16. Cependant, une analyse téléologique montre qu’elles présentent un chevauchement autorisé, ou qu’elles sont simplement dépendantes, des propriétés inhérentes précises de la LDX qui contribuent à l’idée originale générale.

[96] La LDX ne peut exister sans ces propriétés intrinsèques : celles-ci sont nécessairement présentes dans chaque molécule de LDX. À titre d’exemple, l’étude mentionnée aux paragraphes 228 à 231 du mémoire descriptif, résumée au tableau 46, discute de ces propriétés pharmacocinétiques. À l’étape de l’interprétation des revendications, ces propriétés introduisent une restriction dans les éléments essentiels des revendications indépendantes — le composé chimique LDX. À l’étape de la définition de l’idée originale, ces propriétés ne limitent d’aucune façon le composé chimique; la revendication limitée n’introduit pas de restriction dans la revendication plus générale; elle ne fait que mettre en évidence un des aspects qui lui est inhérent. De plus, ces propriétés décrivent le problème que cherche à résoudre la solution — le composé chimique LDX.

[97] Bien que ces propriétés pharmacocinétiques soient l’objet de revendications ultérieures — notamment de la revendication 11 ainsi rédigée : [TRADUCTION] « Composition pharmaceutique selon l’une des revendications 6 à 9, où la L-lysine-d-amphétamine ou l’un de ses sels pharmaceutiquement acceptables fournit une quantité thérapeutiquement efficace d’amphétamine » —, ces revendications ne font que réitérer ces propriétés, en insistant sur le fait que le composé chimique est la solution au problème. Il en découle un chevauchement des idées originales.

[98] The inventive concept as determined by the Judge is therefore not affected by any impermissible redundancy or duplication in its application.

[99] As I will explain next, when considering stages 3 and 4 of the *Sanofi* test, I do not see any error in the Judge's analysis. Therefore, I need not turn my attention to any arguments relating to the dependent claims. However, before leaving this analysis of stage 2, there are two points arising from the reasons that merit brief comment.

[100] The Judge was of the view that *Ciba* stood for the proposition that a judge should only consider the claims construction of each claim to reduce the uncertainty associated with the search for an inventive concept (Decision, at paragraphs 116–117). The Judge concluded this commentary was inconsistent with *Sanofi*. *Ciba* does not, however, contradict *Sanofi*. *Ciba* recognises that an inventive concept must be based on a claim, and not some vague paraphrase in the disclosure. Thus, if the identification about an inventive concept is not readily apparent, the judge should “simply work on the features of the claim” (*Ciba*, at paragraphs 74–76). This ensures that obviousness is grounded in the claims themselves, a requirement discussed in both *Sanofi* and the *Patent Act*. *Ciba* does not address what should happen when, after examination of the claims construction, the inventive concept is still not “readily discernible”. Pursuant to *Sanofi*, that is when recourse to the specification is allowed (*Sanofi*, at paragraph 77).

[101] Nor is the Judge's distinction between *Ciba* and *Sanofi* on the basis that *Ciba* was a process patent and *Sanofi* a bare chemical patent relevant. The legal principles surrounding the obviousness analysis do not pertain solely to process patents, just as the comments in *Sanofi* were not solely geared to selection patents or bare chemical formula claims. *Sanofi* makes this clear. At paragraph 29 Rothstein J. wrote:

[98] L'idée originale déterminée par le juge n'est donc pas minée par quelque redondance ou chevauchement interdit à son application.

[99] Comme je l'explique ci-après, dans mon analyse des volets 3 et 4 du critère établi dans l'arrêt *Sanofi*, je ne relève aucune erreur dans l'analyse du juge. Je n'ai donc pas à examiner les observations concernant les revendications dépendantes. Cependant, en conclusion de l'analyse du volet 2, il y a deux points découlant des motifs qui méritent une brève analyse.

[100] Le juge estime que l'arrêt *Ciba* commande que l'interprétation de chaque revendication serve uniquement à réduire l'incertitude associée à la recherche de l'idée originale (motifs, aux paragraphes 116 et 117). Selon lui, ce commentaire va à l'encontre de l'arrêt *Sanofi*. Or, l'arrêt *Ciba* ne contredit pas l'arrêt *Sanofi*. Le premier reconnaît que l'idée originale doit être fondée sur une revendication, et non sur quelque vague paraphrase dans la divulgation. Par conséquent, si la définition de l'idée originale n'est pas manifeste, le juge devrait « se concentrer simplement sur les caractéristiques de la revendication » (*Ciba*, aux paragraphes 74 à 76). On veille ainsi à ce que l'évidence soit fondée sur les revendications proprement dites, ce qui est une exigence à la fois de l'arrêt *Sanofi* et de la Loi. L'arrêt *Ciba* n'aborde pas la question de savoir ce qu'il adviendrait si l'idée originale n'était toujours pas « facile [à] saisir », après avoir examiné l'interprétation des revendications. Selon l'arrêt *Sanofi*, c'est dans de telles circonstances que le recours au mémoire descriptif est autorisé (*Sanofi*, au paragraphe 77).

[101] De même, la distinction établie par le juge entre les arrêts *Ciba* et *Sanofi*, au motif que le premier concerne un brevet de procédé tandis que le second porte simplement sur un composé chimique, n'est pas pertinente. Les règles de droit qui régissent l'analyse de l'évidence ne s'appliquent pas uniquement aux brevets de procédé, tout comme les commentaires formulés dans l'arrêt *Sanofi* ne visent pas seulement les brevets de sélection ou les revendications à l'égard de formules chimiques. L'arrêt *Sanofi* l'établit clairement. Au paragraphe 29, le juge Rothstein écrit :

Subject to any limitations expressed in the *Patent Act*, I see no reason why the discussion of anticipation should not apply to other prior art than merely genus patents. Again, subject to limitations in the *Patent Act*, the discussion of anticipation and obviousness would seem applicable to patents generally.

### Stage 3: Difference between the Prior Art and the Inventive Concept

[102] As I conclude the Judge’s inventive concept of “a sustained release formulation of a therapeutically useful dose of amphetamine that is resistant to abuse” applies to the independent claims and the appellant has pointed to no specific error, I agree with the Judge’s finding that:

... the key difference between the state of the art and the inventive concept is the compound LDX and its advantageous properties. Nothing in the prior art indicated or suggested that LDX would provide a sustained release treatment of amphetamine with a reduced potential for oral, intravenous and intranasal abuse.

(Decision, at paragraphs 122 and 132.)

### Stage 4: The Degree of Inventiveness of those Differences

[103] Stage 4 of the obviousness inquiry asks whether the differences, in light of the prior art and viewed without any knowledge of the alleged invention as claimed, constitute steps which would have been obvious to the PSIA, or if they instead required any degree of invention (*Sanofi*, at paragraphs 67 and 70). Obviousness is assessed objectively and purposively, having regard to the problem addressed by the patent (*Apotex Inc. v. Pfizer*, at paragraphs 32, 35 and 39).

[104] If a patent pertains to an area “of endeavour where advances are often won by experimentation”, as here, “an ‘obvious to try’ test might be appropriate” (*Sanofi*, at paragraph 68). However, an “obvious to try” analysis remains but one of many potentially relevant factors in the stage 4 analysis (*Bristol-Myers*, at paragraph 38; *Sanofi*,

Sous réserve de toute restriction prévue dans la *Loi sur les brevets*, je ne vois pas pourquoi l’analyse relative à l’antériorité ne s’appliquerait qu’aux brevets de genre. Toujours sous réserve de la *Loi sur les brevets*, l’analyse de l’antériorité et de l’évidence paraît valoir pour les brevets en général.

### Volet 3 : Les différences entre l’art antérieur l’idée originale

[102] Comme je conclus que l’idée originale définie par le juge, à savoir « une formulation à libération soutenue d’une dose d’amphétamine thérapeutiquement utile et résistante aux abus », s’applique aux revendications indépendantes et que l’appelante n’a relevé aucune erreur précise, je suis d’accord avec le juge selon qui :

[...] la principale différence entre l’état de l’art et l’idée originale est le composé LDX et ses propriétés avantageuses. Rien dans les documents de l’art antérieur n’indiquait que la LDX constituait un traitement à base d’amphétamine à libération soutenue dont le risque d’abus était réduit en administration par les voies orale, intraveineuse et intranasale.

(Motifs, aux paragraphes 122 et 132.)

### Volet 4 : Le degré d’inventivité de ces différences

[103] Le quatrième volet de l’analyse de l’évidence permet de déterminer si les différences, examinées en regard de l’art antérieur et abstraction faite de toute connaissance de l’invention revendiquée, constituent des étapes qui seraient évidentes pour la personne versée dans l’art ou si elles dénotent au contraire quelque inventivité (*Sanofi*, aux paragraphes 67 et 70). L’évidence doit être évaluée d’une manière objective et téléologique, à la lumière du problème que le brevet cherche à résoudre (*Apotex Inc. c. Pfizer*, aux paragraphes 32, 35 et 39).

[104] Lorsqu’un brevet concerne un domaine « d’activité où les progrès sont souvent le fruit de l’expérimentation », comme c’est le cas en l’espèce, « le recours à la notion d’« essai allant de soi » pourrait être indiqué » (*Sanofi*, au paragraphe 68). Cependant, l’analyse du critère de l’« essai allant de soi » demeure l’un des nombreux facteurs

at paragraphs 64–65). As noted in *Apotex Inc. v. Pfizer*, at paragraph 32:

... while the Supreme Court introduced the “obvious to try” test, it favours “an expansive and flexible approach that would include ‘any secondary considerations that [will] prove instructive’” (*Atazanavir* at para. 61, referring to *Sanofi* at para. 63). As a result, a categorical approach to the obviousness inquiry and the elaboration of a “hard and fast rule” was specifically deemed inappropriate and rejected ... (*Atazanavir* at para. 62).

[105] For an invention to be “obvious to try”, there must be evidence establishing, on a balance of probabilities, “that it was more or less self-evident to try to obtain the invention” (*Sanofi*, at paragraph 66). As such, this analysis flows from the identification of the “invention” described by the claim’s inventive concept. For example in *Sanofi*, the focus on the properties of the isomers at the “obvious to try” stage was dictated by the fact that it was the special properties of the selection which made it inventive. The “obvious to try” test does not broaden the scope of the obviousness inquiry from a claim-by-claim analysis to an invention-overall analysis.

[106] To assess whether it is more or less self-evident to try to obtain an invention, as defined by a claim’s identified inventive concept, *Sanofi* enumerated three non-exhaustive factors that should be considered (paragraphs 69 and 83–92). While they must all be explicitly considered in order to answer the overall question of whether it is “more or less self-evident to try to obtain the invention”, they need not all be met (*Hospira*, at paragraphs 89–90):

1. Is it more or less self-evident that what is being tried ought to work? Are there a finite number of identified predictable solutions known to persons skilled in the art?
2. What is the extent, nature and amount of effort required to achieve the invention? Are routine trials carried out or is the experimentation prolonged and arduous, such that the trials would not be considered routine?

éventuellement pertinents dans l’analyse qu’appelle le quatrième volet (*Bristol-Myers*, au paragraphe 38; *Sanofi*, aux paragraphes 64 et 65). Ainsi qu’il est indiqué dans l’arrêt *Apotex Inc. c. Pfizer*, au paragraphe 32 :

[...] bien que la Cour suprême ait appliqué le critère de l’« essai allant de soi », elle préconise une « démarche large et flexible englobant “toute considération accessoire pouvant se révéler éclairante” » (*Atazanavir*, au paragraphe 61, en référence à *Sanofi*, au paragraphe 63). Par conséquent, l’adoption d’une approche catégorique de l’examen de l’évidence et l’élaboration d’une « règle rigide » ont été expressément jugées inappropriées et rejetées [...] (*Atazanavir*, au paragraphe 62).

[105] Pour qu’une invention résulte d’un « essai allant de soi », il doit exister des éléments de preuve établissant, selon la prépondérance des probabilités, « qu’il allait plus ou moins de soi de tenter d’arriver à l’invention » (*Sanofi*, au paragraphe 66). Pour cette raison, l’analyse de l’évidence doit découler de la définition de l’« invention » décrite par l’idée originale de la revendication. Dans l’arrêt *Sanofi*, par exemple, l’importance accordée aux propriétés des isomères durant l’analyse du critère de l’essai allant de soi découle du fait que l’inventivité tient aux propriétés particulières de la sélection. Le critère de l’essai allant de soi n’a pas pour effet d’étendre la portée de l’analyse de l’évidence, d’une analyse de chaque revendication à une analyse portant sur l’invention globale.

[106] L’arrêt *Sanofi* définit trois facteurs non exhaustifs qui permettent de déterminer s’il va plus ou moins de soi de tenter d’arriver à l’invention définie par l’idée originale d’une revendication (aux paragraphes 69 et 83 à 92). Bien que tous ces critères doivent être examinés en détail pour savoir s’il va « plus ou moins de soi de tenter d’arriver à l’invention », la question générale, il n’est pas nécessaire que tous soient respectés (*Hospira*, aux paragraphes 89 et 90) :

1. Est-il plus ou moins évident que l’essai sera fructueux? Existe-t-il un nombre déterminé de solutions prévisibles connues des personnes versées dans l’art?
2. Quels efforts — leur nature et leur ampleur — sont requis pour réaliser l’invention? Les essais sont-ils courants ou l’expérimentation est-elle longue et ardue de telle sorte que les essais ne peuvent être qualifiés de courants?

3. Is there a motive provided in the prior art to find the solution the patent addresses?

[107] Beyond the enumerated factors, there are contextual factors that should also be considered, depending on the facts of the case. These contextual factors include but are not limited to the history of the invention, how “quickly, easily, directly and relatively inexpensively” it was reached and any “wild goose chases” that were pursued before arriving at the invention, etc. (*Sanofi*, at paragraphs 70–71; *Apotex Inc. v. Pfizer*, at paragraphs 46–48). Although these additional contextual factors may not be, on their own, determinative (see, e.g., *Tearlab*, at paragraphs 68–69), any that arise alongside the factors enumerated in *Sanofi* are to be considered and weighed before coming to a conclusion about whether the invention was obvious.

[108] In this instance, Apotex claims the Judge committed the same error as in *Hospira* (at paragraphs 93 and 95) and solely focussed the analysis on only one of the three mandated “obvious to try” considerations: that it was not obvious that LDX ought to work. However, unlike in *Hospira*, here the Judge made determinations of fact that relate directly to the other two “obvious to try” factors, both of which cement the Judge’s position, rather than detract from it. As pointed out by Shire, the Judge had previously found that the prior art taught away from CA '646, that substantial work preceded CA '646 and that the skilled person would not focus on prodrugs for the purpose of deterring abuse. There was therefore no motivation and the effort expended was substantial (Decision, at paragraphs 130–138). The Judge’s findings at paragraph 137 are dispositive of this argument:

Nothing in the prior art suggested the properties of LDX, and these properties could not be predicted. The prior art taught away from single amino acid conjugates to extend release, and did not suggest this ought to work. Moreover, the prior art did not suggest the use of prodrugs for the purpose of deterring abuse. The use of prodrugs to achieve sustained release was unpredictable and complex. This is confirmed by the extensive work undertaken by New River researchers that preceded the 646 Patent.

3. L’art antérieur fournit-il un motif de rechercher la solution au problème qui sous-tend le brevet?

[107] Outre ces facteurs, il existe aussi des facteurs contextuels à prendre en compte, selon les faits propres à l’affaire. Il s’agit notamment de l’historique de l’invention, de la mesure dans laquelle l’invention a pu être réalisée « rapidement, facilement, directement et à relativement peu de frais » et de démarches « vaines » préalables à la réalisation de l’invention (*Sanofi*, aux paragraphes 70 et 71; *Apotex Inc. c. Pfizer*, aux paragraphes 46 à 48). Bien qu’ils ne soient pas nécessairement déterminants en soi (voir, par exemple, *Tearlab*, aux paragraphes 68 et 69), il faut examiner tout facteur qui est soulevé, en plus de ceux énumérés dans l’arrêt *Sanofi*, avant de tirer une conclusion quant à l’évidence.

[108] En l’espèce, Apotex prétend que le juge a commis la même erreur que dans l’affaire *Hospira* (aux paragraphes 93 et 95) et qu’il a pris compte d’un seul des trois facteurs obligatoires pour l’analyse du critère de l’essai allant de soi : qu’il n’était pas évident que la LDX fonctionnerait. Cependant, contrairement à l’affaire *Hospira*, le juge en l’espèce a formulé une conclusion de fait qui intéresse directement les deux autres facteurs du critère de l’essai allant de soi, lesquels viennent tous les deux consolider, et non atténuer, la thèse du juge. Comme le fait valoir Shire, le juge avait déjà conclu que les enseignements tirés de l’art antérieur ne menaient pas au brevet canadien '646, que des travaux substantiels avaient précédé le brevet canadien '646 et que la personne versée dans l’art n’aurait pas concentré ses efforts sur les promédicaments comme moyen de réduire le risque d’abus. Il n’y avait donc aucune motivation, et des efforts substantiels ont été faits (motifs, aux paragraphes 130 à 138). Les conclusions du juge au paragraphe 137 permettent de trancher cet argument :

Les propriétés de la LDX ne sont décrites nulle part dans l’art antérieur, et il était impossible de les deviner. L’art antérieur n’incite pas la personne versée dans l’art à utiliser des conjugués d’acides aminés simples pour prolonger la libération, et n’indique nulle part que c’est faisable. Qui plus est, il n’est jamais question dans l’art antérieur de la possibilité de recourir à des promédicaments pour décourager l’abus. L’emploi de promédicaments pour prolonger la libération est imprévisible et complexe. C’est ce qui ressort



[109] Apotex next takes issue with the Judge’s reference to the uncertainty about LDX’s properties without testing as well as comments in the evidence about the unpredictability of LDX’s properties. Apotex is correct that there is no blanket proposition that a compound will not be obvious where a skilled person cannot predict its properties in advance of its making (see, e.g., *Bristol-Myers*, at paragraph 20). Nevertheless, findings on this point may be relevant to the second “obvious to try” consideration. Regardless, reading the Decision shows that the observation about the uncertainty of LDX’s properties was but one amongst others that cumulatively led to the conclusion that it was not obvious to try. It is therefore not an error of law to include this consideration in the analysis.

[110] In sum, on the issue of obviousness, the Judge applied the *Sanofi* test and identified the single inventive concept linking each claim of CA '646 (Decision, at paragraphs 110–113, 117 and 122). He then considered the state of the art, the gap between the state of the art and the inventive concept (Decision, at paragraphs 123–132), and finally considered whether the differences were obvious based on the enumerated and contextual factors of the “obvious to try” analysis (Decision, at paragraphs 133–145). There was no reviewable error in the legal framework nor in its application to the facts as found.

## VI. Conclusion

[111] I would dismiss the appeals with costs.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

## ANNEX A

[Decision, at paragraphs 34 to 40]:

des longs travaux des chercheurs de New River qui ont précédé le brevet 646.

[109] Apotex attaque ensuite la mention, par le juge, de l’incertitude au sujet des propriétés de la LDX en l’absence d’essais, ainsi que des commentaires dans les éléments de preuve concernant le caractère imprévisible des propriétés de la LDX. Apotex a raison de dire qu’il n’existe aucun principe général voulant qu’un composé ne soit pas évident si une personne versée dans l’art ne peut en prédire les propriétés avant de le fabriquer (voir, par exemple, *Bristol-Myers*, au paragraphe 20). Les conclusions sur ce point pourraient néanmoins intéresser le deuxième facteur du critère de l’essai allant de soi. Quoiqu’il en soit, il ressort des motifs que l’observation concernant l’incertitude au sujet des propriétés de la LDX n’était qu’un élément parmi d’autres qui ont mené à la conclusion que l’invention n’allait pas de soi. L’inclusion de cet élément dans l’analyse ne constitue donc pas une erreur de droit.

[110] En résumé, en ce qui a trait à la question de l’évidence, le juge a appliqué le critère défini dans l’arrêt *Sanofi* et a défini l’idée originale unique qui sous-tend chaque revendication du brevet canadien '646 (motifs, aux paragraphes 110 à 113, 117 et 122). Il a ensuite examiné l’art antérieur et les différences entre ce dernier et l’idée originale (motifs, aux paragraphes 123 à 132), puis a cherché à déterminer si ces différences étaient évidentes eu égard aux facteurs énumérés et contextuels de l’analyse du critère de l’essai allant de soi (motifs, aux paragraphes 133 à 145). Le cadre juridique ne comporte aucune erreur susceptible de révision, et aucune n’a été commise dans l’application de ce cadre aux faits en l’espèce.

## VI. Conclusion

[111] Je rejetterais les appels avec dépens.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d’accord.

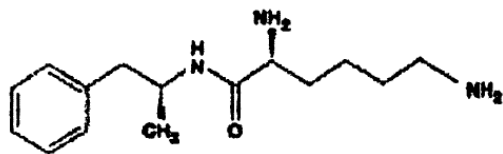
LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Je suis d’accord.

## ANNEXE A

[Motifs, aux paragraphes 34 à 40] :

Claims 1 to 5 describe compounds:

1. A compound selected from the group consisting of L-lysine-d-amphetamine and a pharmaceutically acceptable salt thereof.
2. The compound of claim 1, wherein the compound is L-lysine-d-amphetamine.
3. The compound of claim 1, wherein the compound is L-lysine-d-amphetamine mesylate.
4. The compound of claim 1, wherein the compound is L-lysine-d-amphetamine hydrochloride.
5. The compound of any one of claims 1 to 4 wherein the L-lysine-d-amphetamine is defined by:



Claim 8 describes a composition:

8. A pharmaceutical composition comprising L-lysine-d-amphetamine mesylate and one or more pharmaceutically acceptable additives.

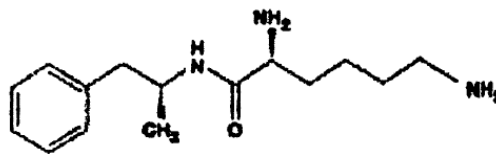
Claims 10 to 12 describe compositions:

10. The pharmaceutical composition according to any one of claims 6-9, wherein the composition provides release of amphetamine as an active from the compound following oral administration.
11. The pharmaceutical composition according to any one of claims 6-9, wherein the L-lysine-d-amphetamine or a pharmaceutically acceptable salt thereof provides a therapeutically effective amount of amphetamine.

Les revendications 1 à 5 décrivent les composés en ces termes :

[TRADUCTION]

1. Composé du groupement L-lysine-d-amphétamine et de l'un de ses sels pharmaceutiquement acceptable.
2. Composé de la revendication 1, où le composé est la d-amphétamine liée à la L-lysine (L-lysine-d-amphétamine).
3. Composé de la revendication 1, où le composé est le mésylate de L-lysine-d-amphétamine.
4. Composé de la revendication 1, où le composé est le chlorhydrate de L-lysine-d-amphétamine.
5. Composé de l'une quelconque des revendications 1 à 4, où la L-lysine-d-amphétamine est définie par :



La revendication 8 décrit une composition :

[TRADUCTION]

8. Composition pharmaceutique comprenant du mésylate de L-lysine-d-amphétamine et un additif pharmaceutiquement acceptable.

Les revendications 10 à 12 décrivent les composés en ces termes :

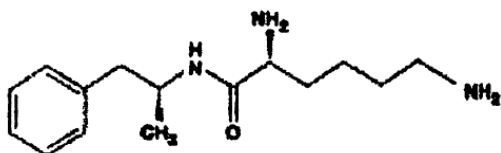
[TRADUCTION]

10. Composition pharmaceutique selon l'une des revendications 6 à 9, où la composition assure la libération d'amphétamine comme substance active après l'administration orale.
11. Composition pharmaceutique selon l'une des revendications 6 à 9, où la L-lysine-d-amphétamine ou l'un de ses sels pharmaceutiquement acceptables fournit une quantité thérapeutiquement efficace d'amphétamine.

12. The pharmaceutical composition of claim 11, wherein the L-lysine-d-amphetamine or a pharmaceutically acceptable salt thereof provides a reduced C<sub>max</sub> of amphetamine as compared to amphetamine alone.

Claim 22 describes a composition:

22. The pharmaceutical composition of any one of claims 7 to 21 wherein the L-lysine-d-amphetamine is defined by:



Claims 24 to 30 describe compositions:

24. The pharmaceutical composition of any one of claims 6-15, wherein said compound is present in an amount of from 10 to 250 mg.

25. The pharmaceutical composition of any one of claims 6-15, wherein said compound is present in an amount of 20 mg.

26. The pharmaceutical composition of any one of claims 6-21, wherein said compound is present in an amount of 30 mg.

27. The pharmaceutical composition of any one of claims 6-21, wherein said compound is present in an amount of 40 mg.

28. The pharmaceutical composition of any one of claims 6-21, wherein said compound is present in an amount of 50 mg.

29. The pharmaceutical composition of any one of claims 6-21, wherein said compound is present in an amount of 60 mg.

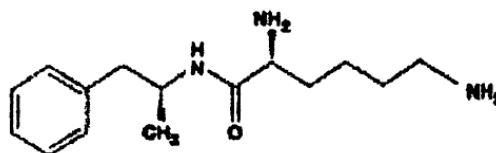
30. The pharmaceutical composition of any one of claims 6-21, wherein said compound is present in an amount of 70 mg.

12. Composition pharmaceutique de la revendication 11, où la L-lysine-d-amphétamine ou l'un de ses sels pharmaceutiquement acceptables fournit un pic réduit de concentration d'amphétamine, comparativement à l'amphétamine utilisée seule.

La revendication 22 décrit une composition :

[TRADUCTION]

22. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 7 à 21, où la L-lysine-d-amphétamine est définie par :



Les revendications 24 à 30 décrivent les compositions en ces termes :

[TRADUCTION]

24. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 6 à 15, où ledit composé est présent à raison de 10 à 250 mg.

25. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 6 à 15, où ledit composé est présent à raison de 20 mg.

26. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 6 à 21, où ledit composé est présent à raison de 30 mg.

27. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 6 à 21, où ledit composé est présent à raison de 40 mg.

28. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 6 à 21, où ledit composé est présent à raison de 50 mg.

29. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 6 à 21, où ledit composé est présent à raison de 60 mg.

30. Composition pharmaceutique de l'une des revendications 6 à 21, où ledit composé est présent à raison de 70 mg.

Claims 33 to 36 describe uses:

33. Use of the compound of any one of claims 1-5 for the preparation of a medicament for the treatment of Attention Deficit Hyperactivity Disorder (ADHD) in a subject.

34. Use of the compound of any one of claims 1-5 for the treatment of ADHD in a subject.

35. The use according to claim 33 or 34, wherein the subject is an adult.

36. The use according to claims 33 or 34, wherein the subject is a human.

Claim 43 describes a use:

43. The use according to any one of claims 33-42, wherein the compound is for administration once daily.

Les revendications 33 à 36 décrivent les utilisations [en ces termes] :

[TRADUCTION]

33. Utilisation du composé de l'une des revendications 1 à 5 pour la préparation d'un médicament utilisé pour traiter le trouble déficitaire de l'attention avec hyperactivité (TDAH) chez un sujet.

34. Utilisation du composé de l'une des revendications 1 à 5 pour traiter le TDAH chez un sujet.

35. Utilisation selon la revendication 33 ou 34 pour traiter un sujet adulte.

36. Utilisation selon la revendication 33 ou 34 pour traiter un sujet humain.

La revendication 43 décrit une utilisation :

[TRADUCTION]

43. Utilisation selon l'une des revendications 33 à 42, où le composé est administré une fois par jour.

A-151-19  
2021 FCA 35

A-151-19  
2021 CAF 35

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Villa Ste-Rose Inc.** (*Respondent*)

**Villa Ste-Rose Inc.** (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADA v. VILLA STE-ROSE INC.**

**RÉPERTORIÉ : CANADA C. VILLA STE-ROSE INC.**

Federal Court of Appeal, Boivin, Gleason and LeBlanc JJ.A.—By videoconference, February 4; Ottawa, February 25, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, Gleason et LeBlanc, J.C.A.—Par vidéoconférence, 4 février; Ottawa, 25 février 2021.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from judgment by Tax Court of Canada (T.C.C.) allowing appeal brought by respondent against assessment made by Minister of National Revenue (Minister) under Part IX of Excise Tax Act — Assessment made by Minister imposing late-filing penalty, interest on respondent in respect of amount of goods and services tax (GST) respondent deemed to owe Minister — T.C.C. determining Minister not justified in assessing interest, penalty at issue because, at time amount of GST became payable, respondent entitled under Act to GST rebates in excess of that amount — Respondent operating residential complex for semi-autonomous seniors or seniors with loss of autonomy in Laval, Quebec — At all times relevant to case, respondent not GST registrant, respondent's supplies exempt from GST — Respondent having to rebuild complex after complex burned down, pay GST on invoices submitted by builder — Once work completed, respondent then deemed to have made, received taxable supply by way of sale of building — Respondent having until December 31, 2014, to file return with Minister — At that time, pursuant to Act, ss. 256.2(3), 257(1), respondent entitled to receive GST rebates from Minister — Refunds amounting to \$860,665.48 — However, respondent not filing GST return with Minister until September 28, 2015 — Return accompanied by application, filed in due time, for rebates respondent entitled to receive from Minister — Minister issuing notice of assessment on October 30, 2015, granting respondent credit in amount of \$860,665.48 for said rebates — However, Minister assessing respondent interest totalling \$27,984.09, \$22,105.92 late-filing penalty, pursuant to Act, ss. 280(1), s. 280.1, respectively — After unsuccessfully objecting to Minister's notice of assessment, respondent appealing to the Tax Court of Canada (T.C.C.) — T.C.C. ruling, in connection with taxable supply of new complex, respondent entitled to two types of rebates by way of this mechanism — First rebate GST paid to suppliers during reconstruction of said complex — Second rebate for land, buildings leased for residential purposes — Given that respondent late*

*Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) accueillant l'appel logé par l'intimée à l'encontre d'une cotisation établie par la ministre du Revenu national (la ministre) en vertu de la partie IX de la Loi sur la taxe d'accise — La cotisation établie par la ministre imposait à l'intimée des intérêts et une pénalité pour production tardive d'une déclaration relative à un montant de taxe sur les produits et services (TPS) que l'intimée était réputée devoir à la ministre — La C.C.I. a déterminé qu'en raison du fait qu'au moment où ce montant de TPS est devenu payable, l'intimée avait droit, aux termes de la Loi, à des remboursements de TPS totalisant une somme supérieure audit montant, la ministre n'était pas justifiée d'imposer les intérêts et la pénalité en litige — L'intimée exploite un centre d'hébergement pour personnes âgées semi-autonomes ou en perte d'autonomie à Laval, au Québec — En tout temps pertinent au présent litige, l'intimée n'était pas inscrite au fichier de la TPS et ses fournitures étaient exonérées de TPS — L'intimée a du faire reconstruire l'immeuble après qu'il a passé au feu et elle a payé la TPS sur les factures que lui a présenté le constructeur — Une fois les travaux complétés, l'intimée était alors réputée avoir effectué et reçu, par vente, la fourniture taxable de l'immeuble — L'intimée avait jusqu'au 31 décembre 2014 pour produire sa déclaration auprès de la ministre — Au même moment, elle était éligible, aux termes des paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, à recevoir de la ministre des remboursements de TPS — Ces remboursements s'élevaient à 860 665,48 \$ — Ce n'est toutefois que le 28 septembre 2015 que l'intimée a produit auprès de la ministre sa déclaration de TPS — Cette déclaration était accompagnée d'une demande, faite dans les délais prescrits, pour que les remboursements auxquels elle avait droit lui soient payés par la ministre — Le 30 octobre 2015, la ministre a délivré un avis de cotisation aux termes duquel, tout en lui reconnaissant un crédit au montant de 860 665,48 \$ au titre desdits remboursements, elle a imposé à l'intimée, aux termes, respectivement, des art. 280(1) et 280.1 de la Loi, des intérêts*

*in filing GST return related to deemed acquisition of new complex, T.C.C. finding, for purposes of calculating interest, penalty provided for in Act, ss. 280(1), 280.1, Minister had to offset GST payable by respondent against rebates to which respondent entitled, because at time Minister received said return, Minister had also received respondent's rebate applications — According to T.C.C., as at September 28, 2015, Minister could calculate interest, GST late-filing penalty only on net amount payable by respondent — Since amount negative, Minister not having power to assess respondent for interest, penalty at issue — Whether T.C.C. erred in deciding interest, GST late-filing penalty payable under Act, ss. 280(1), 280.1, could only be calculated on amount of GST payable by respondent, after taking into account rebates to which respondent entitled — Appellant failed to establish case where clear, unequivocal that Act, ss. 280(1), 280.1 do not allow interest, GST late-filing penalty to be calculated only on amount of GST owed to Minister, without taking into consideration any rebates payable to taxpayer — T.C.C. correct in ruling rebates to which respondent entitled designed to prevent unregistered "builder" from being put at fiscal disadvantage compared to registered "builder" entitled to recover GST paid in similar circumstances — In addition, examination of Act, ss. 256.2(3), 257(1) showing right to rebates provided under these subsections acquired when eligibility requirements specified therein met — When requirements met, Minister must provide rebates — In other words, Minister has no other choice — Act, s. 228(6) specifies amount of net tax owed by taxpayer can be offset by rebates payable to taxpayer by Minister at any time taxpayer files GST return, provided concomitant rebate claim submitted to Minister — T.C.C. turned to s. 296(2.1) to comment on absurdity that respondent would be better off if respondent had skirted duty to file rebate application; would be equally absurd to report GST respondent deemed to owe because, pursuant to Act, respondent deemed to have acquired reconstructed complex on own — Well established that literal interpretation possibly producing illogical or absurd results must be set aside — Appellant's interpretation that interest, GST late-filing penalty must, in all circumstances, be calculated on amount of net tax, without taking into consideration rebates payable, likely to produce absurd results — As such, T.C.C. did not err in coming to this conclusion — More importantly, this interpretation failed to reflect context in which Act, ss. 280(1), 280.1, operate — Indeed, Parliament, in enacting Act, ss. 280(1), 280.1, did not intend "amount" of interest, GST late-filing penalty paid or remitted could, in circumstances such as in this case, be calculated without taking into account rebates payable to taxpayer — Therefore, interest, GST late-filing penalty could only be calculated on amount respondent actually owed Minister for reporting period in question — Because amount negative, T.C.C. right to rule Minister not justified in imposing interest, penalty Minister sought to recover from respondent — Appeal dismissed.*

*totalisant 27 984,09 \$ et une pénalité de l'ordre de 22 105,92 \$ pour défaut de produire sa déclaration de TPS dans le délai prescrit par la Loi — Après s'être opposée sans succès auprès de la ministre à l'avis de cotisation, l'intimée s'est adressée à la C.C.I. — La C.C.I. a décidé que l'intimée avait droit, en lien avec la fourniture taxable du nouvel immeuble, à deux types de remboursement, un premier visant la TPS payée aux fournisseurs lors de la reconstruction dudit immeuble, et un deuxième pour fonds et bâtiments loués à des fins résidentielles — Vu le retard de l'intimée à produire sa déclaration de TPS liée à l'acquisition réputée du nouvel immeuble, la C.C.I. était d'avis que la ministre devait néanmoins, aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité visés par les art. 280(1) et 280.1 de la Loi, opérer compensation entre la TPS payable par l'intimée et les remboursements auxquels l'intimée avait par ailleurs droit puisqu'au moment de recevoir ladite déclaration, la ministre avait aussi en mains les demandes de remboursement de l'intimée — Selon la C.C.I, la ministre ne pouvait, au 28 septembre 2015, calculer les intérêts et la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS que sur le montant net payable par l'intimée — Comme ce montant était négatif, la ministre n'avait pas le pouvoir d'imposer à l'intimée les intérêts et la pénalité en litige — Il s'agissait de décider si la C.C.I. a commis une erreur en décidant que les intérêts et la pénalité payables aux termes des art. 280(1) et 280.1 de la Loi pour production tardive d'une déclaration de TPS, ne pouvaient être calculés que sur le montant de TPS payable par l'intimée, une fois tenu compte des remboursements auxquels elle avait par ailleurs droit — L'appelante n'a pas établi qu'il s'agissait d'un cas où il était clair et non équivoque que les art. 280(1) et 280.1 de la Loi ne permettent la comptabilisation des intérêts et de la pénalité pour retard à produire la déclaration de TPS que sur le montant de TPS dû à la ministre, sans égard aux remboursements par ailleurs payables au contribuable — La C.C.I. a eu raison de dire que les remboursements auxquels avait droit l'intimée visaient à prévenir que le « constructeur » non-inscrit soit désavantagé, sur le plan fiscal, par rapport au « constructeur » inscrit lequel peut récupérer la TPS qu'il a payée en semblables circonstances — Par ailleurs, un examen des art. 256.2(3) et 257(1) de la Loi a démontré que le droit aux remboursements qui y sont prévus est acquis lorsque les conditions d'ouverture qui y sont spécifiées sont rencontrées — Lorsque c'est le cas, la ministre doit procéder au remboursement — En d'autres termes, elle n'a pas le choix de ne pas le faire — L'art. 228(6) de la Loi, pour sa part, permet d'opérer compensation entre le montant de la taxe nette due par le contribuable et les remboursements qui lui sont payables par la ministre et cela dès le moment où le contribuable produit sa déclaration de TPS, en autant qu'une demande concomitante de remboursement est faite à la ministre — La C.C.I. s'en est remise à l'art. 296(2.1) pour dénoncer l'incongruité résultant du fait qu'il aurait été préférable que l'intimée se soustraie à son obligation de soumettre une demande de remboursement et même à celle de déclarer la TPS qu'elle était réputée devoir parce que, par*



*opération de la Loi, elle était réputée avoir acquis d'elle-même l'immeuble reconstruit — Il est bien établi qu'une interprétation littérale susceptible de produire des résultats illogiques ou absurdes doit être écartée — L'interprétation proposée par l'appelante voulant que les intérêts et la pénalité pouvant être imposés en cas de retard à produire une déclaration de TPS, devaient être calculés, en toutes circonstances, en fonction du montant de la taxe nette, sans égards aux remboursements par ailleurs payables, était susceptible de produire de tels résultats — C'est la conclusion à laquelle est parvenue la C.C.I. et elle n'a pas erré en concluant de la sorte — Mais plus important encore, cette interprétation ne rendait pas compte du contexte dans lequel s'inscrivent les art. 280(1) et 280.1 de la Loi — En effet, le Parlement, en adoptant les art. 280(1) et 280.1 de la Loi, n'avait pas en tête que l'établissement du « montant » à payer ou à verser aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS, pouvait, dans des circonstances comme celles qui prévalaient en l'espèce, se faire sans égards aux remboursements par ailleurs payables au contribuable — Donc, les intérêts et la pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS ne pouvaient être calculés que sur un montant reflétant ce que l'intimée devait réellement à la ministre pour la période de déclaration en cause — Comme ce montant était négatif, la C.C.I. avait raison de trouver que la ministre n'était pas justifiée d'imposer à l'intimée les intérêts et la pénalité qu'elle lui réclamait — Appel rejeté.*

This was an appeal from a judgment by the Tax Court of Canada (T.C.C.) allowing the respondent's appeal from an assessment made by the Minister of National Revenue (Minister) under Part IX of the *Excise Tax Act*. The assessment made by the Minister imposed a late-filing penalty and interest on the respondent in respect of an amount of goods and services tax (GST) that the respondent was deemed to owe the Minister. The T.C.C. determined that because at the time this amount of GST became payable, under the Act, the respondent was entitled to GST rebates in excess of that amount, the Minister was not justified in assessing the interest and the penalty at issue. The appellant criticized the T.C.C. for adopting a results-oriented interpretation of the Act in order to correct a hypothetical situation that could create an undesirable outcome. In doing so, the T.C.C. ignored the plain language of the Act, thereby committing an error of law that called for the intervention by the Court.

The respondent operates a residential complex for semi-autonomous seniors, or seniors with a loss of autonomy, in Laval, Quebec. At all times relevant to this case, the respondent was not a GST registrant, and its supplies were exempt from GST. In February 2013, the complex housing the residence operated by the respondent was engulfed in flames. The

Il s'agissait d'un appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) accueillant l'appel logé par l'intimée à l'encontre d'une cotisation établie par la ministre du Revenu national (la ministre) en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*. La cotisation établie par la ministre imposait à l'intimée des intérêts et une pénalité pour production tardive d'une déclaration relative à un montant de taxe sur les produits et services (TPS) que l'intimée était réputée devoir à la ministre. La C.C.I. a déterminé qu'en raison du fait qu'au moment où ce montant de TPS est devenu payable, l'intimée avait droit, aux termes de la Loi, à des remboursements de TPS totalisant une somme supérieure audit montant, la ministre n'était pas justifiée d'imposer les intérêts et la pénalité en litige. L'appelante reprochait à la C.C.I. de s'être livrée à une interprétation de la Loi axée sur les résultats dans le but de corriger une situation hypothétique susceptible de créer un résultat indésirable. Ce faisant, a plaidé l'appelante, la C.C.I. aurait ignoré le texte clair de la Loi, commettant ainsi une erreur de droit justifiant l'intervention de la Cour.

L'intimée exploite un centre d'hébergement pour personnes âgées semi-autonomes ou en perte d'autonomie à Laval, au Québec. En tout temps pertinent au présent litige, l'intimée n'était pas inscrite au fichier de la TPS et ses fournitures étaient exonérées de TPS. En février 2013, l'immeuble qui abrite le centre d'hébergement que l'intimée exploite fut la proie des

respondent decided to rebuild it. As part of the reconstruction, it paid GST on the invoices submitted by the builder. Once the work was completed, under subsection 191(3) of the Act, the respondent was then deemed to have made and received a taxable supply by way of sale of the complex. It was therefore incumbent on the respondent to report the corresponding GST, the undisputed amount of which was \$736,864.18. The respondent had until December 31, 2014, to file its return with the Minister. At that time, pursuant to subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, it was entitled to receive GST rebates from the Minister. These rebates amounted to \$860,665.48. However, the respondent did not file its GST return with the Minister until September 28, 2015. This return was accompanied by an application, filed in due time, for the rebates to which it was entitled to receive from the Minister. On October 30, 2015, the Minister issued a notice of assessment granting the respondent a credit in the amount of \$860,665.48 for said rebates. However, the Minister assessed the respondent interest totalling \$27,984.09 and a \$22,105.92 late-filing penalty, pursuant to subsection 280(1) and section 280.1 of the Act, respectively. The penalty and interest were calculated on the total amount of GST owing: \$736,864.18. After unsuccessfully objecting to the Minister's October 30, 2015 notice of assessment, the respondent appealed it to the T.C.C.

The T.C.C. considered that it had to determine whether the interest and the GST late-filing penalty imposed on the respondent on October 30, 2015, should be calculated on the total amount of the GST payable, as the Minister did, or on the difference between the total amount and the amount of GST rebates to which the respondent was entitled. The T.C.C. noted that, pursuant to subsection 191(3) of the Act, the respondent had to self-assess for the GST payable on the "sale" of the reconstructed complex, a sale that the respondent was deemed to have carried out on its own as a "builder" within the meaning of subsection 123(1) of the Act. Noting that the respondent was not a GST registrant and that, therefore, unlike registered businesses, it could not claim input tax credits (ITCs) for the GST paid to its suppliers, the T.C.C. considered that Parliament wanted to remedy this fiscal imbalance for non-registrants, like the respondent, deemed to have made a taxable supply of a complex, by instituting the rebate mechanism provided for in subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act. The T.C.C. further stated that, in connection with the taxable supply of the new complex, the respondent was entitled to two types of rebates by way of this mechanism. The first rebate was for the GST paid to suppliers during the reconstruction of said complex. The second rebate was for land and buildings leased for residential purposes. Given that the respondent was late in filing its GST return related to the deemed acquisition of the

flammes. L'intimée a pris la décision de le reconstruire. Dans le cadre de la reconstruction, elle a payé la TPS sur les factures que lui a présenté le constructeur. Une fois les travaux complétés, l'intimée, suivant le paragraphe 191(3) de la Loi, était alors réputée avoir effectué et reçu, par vente, la fourniture taxable de l'immeuble. Il lui incombait dès lors de déclarer la TPS correspondante, dont le montant, non-contesté, s'élevait à 736 864,18 \$. L'intimée avait jusqu'au 31 décembre 2014 pour produire sa déclaration auprès de la ministre. Au même moment, elle était éligible, aux termes des paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, à recevoir de la ministre des remboursements de TPS. Ces remboursements s'élevaient à 860 665,48 \$. Ce n'est toutefois que le 28 septembre 2015 que l'intimée a produit auprès de la ministre sa déclaration de TPS. Cette déclaration était accompagnée d'une demande, faite dans les délais prescrits, pour que les remboursements auxquels elle avait droit lui soient payés par la ministre. Le 30 octobre 2015, la ministre a délivré un avis de cotisation aux termes duquel, tout en lui reconnaissant un crédit au montant de 860 665,48 \$ au titre desdits remboursements, elle a imposé à l'intimée, aux termes, respectivement, du paragraphe 280(1) et de l'article 280.1 de la Loi, des intérêts totalisant 27 984,09 \$ et une pénalité de l'ordre de 22 105,92 \$ pour défaut de produire sa déclaration de TPS dans le délai prescrit par la Loi. La pénalité et les intérêts étaient calculés sur le montant total exigible au titre de la TPS payable, soit 736 864,18 \$. Après s'être opposée sans succès auprès de la ministre à l'avis de cotisation du 30 octobre 2015, l'intimée s'est adressée à la C.C.I.

La C.C.I. a estimé qu'il lui fallait déterminer si les intérêts et la pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS imposés à l'intimée le 30 octobre 2015 devaient être calculés sur la totalité de la TPS exigible, comme l'a fait la ministre, ou sur la différence entre ce total et le montant des remboursements de TPS auxquels l'intimée avait par ailleurs droit. La C.C.I. a rappelé que l'intimée, suivant le paragraphe 191(3) de la Loi, devait s'autocotiser pour la TPS associée à la « vente » de l'immeuble reconstruit, une vente qu'elle est réputée avoir effectuée à elle-même à titre de « constructeur » au sens du paragraphe 123(1) de la Loi. Soulignant que l'intimée n'était pas inscrite au fichier de la TPS et qu'elle ne pouvait, en conséquence, au contraire des entreprises inscrites, réclamer de crédits sur les intrants (CTI) pour la TPS payée à ses fournisseurs, la C.C.I. a estimé que le législateur a voulu pallier à ce déséquilibre fiscal pour les non-inscrits réputés, comme l'intimée, avoir fait une fourniture taxable d'un immeuble, en instituant le mécanisme de remboursements prévu aux paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi. Suivant ce mécanisme, la C.C.I. a décidé que l'intimée avait droit, en lien avec la fourniture taxable du nouvel immeuble, à deux types de remboursement, un premier visant la TPS payée aux fournisseurs lors de la reconstruction dudit immeuble, et un deuxième pour fonds et bâtiments loués à des fins résidentielles. Vu le retard de l'intimée à produire sa déclaration de TPS liée à l'acquisition

new complex, the T.C.C. was of the opinion that, for the purposes of calculating the interest and the penalty provided for in subsection 280(1) and section 280.1 of the Act, the Minister had to offset the GST payable by the respondent against the rebates to which the respondent was entitled, because at the time the Minister received said return, the Minister had also received the respondent's rebate applications. According to the T.C.C., the obligation arose from the application of subsection 228(6) of the Act. This section, read in conjunction with subsections 228(2) and 228(4), necessarily refers to the concept of "net tax". Therefore, according to the T.C.C., as at September 28, 2015, the Minister could calculate the interest and the GST late-filing penalty to be assessed only on the net amount payable by the respondent, i.e., the amount of the difference between the tax due by the respondent and the rebates that were payable to it by the Minister on that date. Since this amount was negative, the Minister did not have the power to assess the respondent for the interest and the penalty at issue.

The issue was whether the T.C.C. erred in deciding that the interest and GST late-filing penalty payable under subsection 280(1) and section 280.1 of the Act could only be calculated on the amount of GST payable by the respondent, after taking into account the rebates to which it was entitled.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The respondent provides "exempt supplies", i.e., services exempt from taxes. This means that it does not have to charge GST on its supplies of goods and services. It also means that it does not have to be a GST registrant, unlike businesses that provide "taxable supplies" and who, on behalf of the tax authorities, are required pursuant to subsection 221(1) of the Act to collect the tax payable by the purchasers of such supplies. The respondent's "non-registrant" status also means that, unlike registered businesses, it is not entitled to claim ITCs on the goods and services it acquires in order to make its exempt supplies. Notwithstanding its non-registrant status, by rebuilding the building that housed its residential complex following the fire that destroyed it, the respondent is deemed, by the combined effect of the definition of "builder" set out in subsection 123(1) and subsection 191(3) of the Act, to have, on the day the construction was substantially completed, "made and received ... a taxable supply by way of sale of the complex" and to have, on that date, "paid as a recipient and to have collected as a supplier ... tax in respect of the supply calculated on the fair market value of the complex on that day". On the day when the reconstruction work was substantially completed, November 1, 2014, the respondent was therefore deemed to be both the purchaser and the supplier of the building that was reconstructed, and at the same time responsible for the

réputée du nouvel immeuble, la C.C.I. était d'avis que la ministre devait néanmoins, aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité visés par le paragraphe 280(1) et l'article 280.1 de la Loi, opérer compensation entre la TPS payable par l'intimée et les remboursements auxquels l'intimée avait par ailleurs droit puisqu'au moment de recevoir ladite déclaration, la ministre avait aussi en mains les demandes de remboursement de l'intimée. Cette obligation découlait, selon elle, de l'application du paragraphe 228(6) de la Loi, qui, lu conjointement avec les paragraphes 228(2) et 228(4), réfère nécessairement au concept de « taxe nette ». Donc, selon la C.C.I, la ministre ne pouvait, au 28 septembre 2015, calculer les intérêts et la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS que sur le montant net payable par l'intimée, soit le montant représentant la différence entre la taxe due par elle et les remboursements qui lui étaient par ailleurs payables par la ministre à cette date. Comme ce montant était négatif, la ministre n'avait pas le pouvoir d'imposer à l'intimée les intérêts et la pénalité en litige.

Il s'agissait de décider ici si la C.C.I. a commis une erreur en décidant que les intérêts et la pénalité payables aux termes du paragraphe 280(1) et de l'article 280.1 de la Loi pour production tardive d'une déclaration de TPS, ne pouvaient être calculés que sur le montant de TPS payable par l'intimée, une fois tenu compte des remboursements auxquels elle avait par ailleurs droit.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

L'intimée offre des « fournitures exonérées », c'est-à-dire des services exonérés de taxes. Cela veut dire qu'elle n'a pas à facturer de TPS sur ses fournitures de biens et services. Cela veut dire également qu'elle n'a pas à être inscrite aux fichiers de la TPS, contrairement aux entreprises qui offrent des « fournitures taxables » et qui sont tenues, aux termes du paragraphe 221(1) de la Loi, de percevoir, au nom des autorités fiscales, la taxe payable par les acquéreurs de telles fournitures. Le statut de « non-inscrit » de l'intimée fait également en sorte qu'elle n'a pas droit de réclamer de CTI sur les biens et services qu'elle acquiert afin d'effectuer ses fournitures exonérées. Nonobstant son statut de non-inscrit, l'intimée, en faisant reconstruire l'immeuble abritant son centre d'hébergement suite à l'incendie qui l'a détruit, est réputée, par l'effet combiné de la définition de « constructeur » prévue au paragraphe 123(1) et du paragraphe 191(3) de la Loi, avoir, le jour où les travaux ont été achevés en grande partie, « effectué et reçu, par vente, la fourniture taxable de l'immeuble » et avoir, à cette date, « payé à titre d'acquéreur et perçu à titre de fournisseur [...], la taxe relative à la fourniture, calculée sur la juste valeur marchande de l'immeuble ce jour-là ». L'intimée était donc, le jour où les travaux de reconstruction ont été achevés en grande partie, soit au 1<sup>er</sup> novembre 2014, réputée à la fois acquéreur et fournisseur de l'immeuble ainsi reconstruit, et à

payment and the collection of the tax on this supply deemed to be taxable. Pursuant to subsections 228(1), 228(2), 238(2) and 245(1) of the Act, the respondent was then required to file a “net tax” return with the Minister on that taxable supply and remit the “positive amount” of that tax to the Minister. The respondent had until December 31, 2014, to do this. However, in accordance with subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, the respondent was entitled to receive rebates from the Minister for this same period, in particular for the GST paid to suppliers during the reconstruction of the building. Under subsection 228(6) of the Act, it could file a rebate application with the Minister when it filed its GST return in due time. Given that the respondent was late in filing its GST return, the Court had to determine whether the interest and penalty that may be imposed under subsection 280(1) and section 280.1 of the Act for failing to file a GST return when required, must be calculated solely based on the GST payable or based on the net amount owed by the taxpayer. In this case, this amount was the difference between the GST owed and the rebates to which the taxpayer was entitled. The appellant failed to establish that this was a case where it is clear and unequivocal that subsection 280(1) and section 280.1 of the Act do not allow the interest and the GST late-filing penalty to be calculated only on the amount of GST owed to the Minister, without taking into consideration any rebates payable to the taxpayer.

It was important to bear in mind the objective underlying the rebate to which the respondent was entitled under subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act. According to the explanatory note concerning section 257 of the Act, produced by the parties in the joint book of authorities, this section “provides a rebate to a non-registrant who makes or is deemed to make a taxable supply or real property by way of sale”. The rebate is “based on the tax the non-registrant paid on the purchase of the property and that was not recovered by the non-registrant by way of an input tax credit or rebate through an [ITC] or a rebate”. It aims to “avoid double taxation”. When subsections 256.2(3), 257(1) and 191(3) of the Act are read together, they make this objective clear. The respondent had already paid the GST when it paid the invoice submitted by the contractor it hired to rebuild its residential complex. Having the respondent also pay GST on the sale of the reconstructed property, which it is deemed to have sold to itself, would undoubtedly constitute double taxation. The T.C.C. was right to say that the rebates to which the respondent was entitled were designed to prevent an unregistered “builder” from being put at a fiscal disadvantage compared to a registered “builder” whose main commercial activity is the construction of buildings. A registered “builder” is entitled to recover the GST that it paid in similar circumstances. In addition, an examination of subsections 256.2(3) and 257(1) showed that the right to

la fois responsable du paiement et de la perception de la taxe sur cette fourniture considérée comme taxable. Par le jeu des paragraphes 228(1), 228(2), 238(2) et 245(1) de la Loi, l’intimée devenait alors assujettie à l’obligation de produire auprès de la ministre une déclaration de « taxe nette » sur cette fourniture taxable et de lui verser le « montant positif » de cette taxe. L’intimée avait jusqu’au 31 décembre 2014 pour ce faire. Toutefois, pour cette même période, l’intimée, conformément aux paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, était éligible à recevoir de la ministre des remboursements au titre, notamment, de la TPS payée aux fournisseurs lors de la reconstruction de l’immeuble. Elle pouvait, aux termes du paragraphe 228(6) de la Loi, en faire la demande à la ministre au moment de la production de sa déclaration de TPS dans les délais prescrits. Compte tenu du retard de l’intimée à produire sa déclaration de TPS dans les délais prescrits, il fallait se demander si les intérêts et la pénalité pouvant être imposés, aux termes du paragraphe 280(1) et de l’article 280.1 de la Loi, devaient être calculés uniquement en fonction de la TPS payable ou bien en fonction du montant net dû par le contribuable, en l’occurrence, le montant représentant la différence entre la TPS due et les remboursements auxquels le contribuable avait droit par ailleurs. L’appelante n’a pas établi qu’il s’agissait d’un cas où il était clair et non équivoque que le paragraphe 280(1) et l’article 280.1 de la Loi ne permettent la comptabilisation des intérêts et de la pénalité pour retard à produire la déclaration de TPS que sur le montant de TPS dû à la ministre, sans égard aux remboursements par ailleurs payables au contribuable.

Il importait de rappeler l’objectif qui sous-tend les remboursements auxquels l’intimée avait droit suivant les paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi. Selon la note explicative concernant l’article 257 de la Loi, cette disposition « prévoit un remboursement à l’intention d’un non-inscrit qui effectue ou qui est réputé effectuer la fourniture taxable d’un immeuble par vente ». Ce remboursement est « calculé d’après la taxe que le non-inscrit a payée à l’achat de l’immeuble et qu’il n’a pas recouvrée par le biais d’un [CTI] ou d’un remboursement ». Il vise ainsi à « prévenir la double taxation ». Les paragraphes 256.2(3), 257(1) et 191(3) de la Loi, lus ensemble, font apparaître clairement cet objectif. L’intimée avait déjà acquitté la TPS à même les coûts de reconstruction que lui a facturés l’entrepreneur qu’elle a mandaté pour reconstruire son centre d’hébergement. Lui faire assumer également la TPS associée à la vente de l’immeuble reconstruit, qu’elle est réputée s’être faite à elle-même, constituerait sans aucun doute de la double taxation. La C.C.I. a eu raison de dire que les remboursements auxquels avait droit l’intimée visaient à prévenir que le « constructeur » non-inscrit soit désavantagé, sur le plan fiscal, par rapport au « constructeur » inscrit, dont la principale activité commerciale est la construction d’immeubles, lequel peut récupérer la TPS qu’il a payée en semblables circonstances. Par ailleurs, un examen des paragraphes 256.2(3) et 257(1) a démontré que le droit aux remboursements qui y sont

rebates provided under these subsections is acquired when the eligibility requirements specified therein are met. When these requirements have been met, the Minister must provide the rebates. In other words, she has no other choice. For its part, subsection 228(6) of the Act specifies that the amount of net tax owed by the taxpayer can be offset by the rebates payable to him by the Minister. For its part, the set-off provided for in subsection 228(6) is deemed to occur at anytime a taxpayer files his GST return, provided that a concomitant rebate claim is submitted to the Minister.

The appellant criticized the T.C.C. for having associated the rebates with the calculation of the net tax, which, in her view, the trial judge was not allowed to do according to the language of subsections 262(1) and 228(6) of the Act. This was where subsection 296(2.1) of the Act came into play. It deals with the treatment of rebates not claimed when the Minister makes an assessment, regardless of the type of rebate involved. Pursuant to subsection 296(1) of the Act, the Minister may assess, reassess or make an additional assessment in order to determine, in particular, the “net tax” and, where applicable, interest and penalties payable by a person. As for subsections 296(2) and 296(2.1), they deal with the treatment of credits, including ITCs (subsection 296(2)), and rebates (subsection 296(2.1)) not claimed by a taxpayer when the assessment is made. For all intents and purposes, credits and rebates receive the same treatment. The language of subsection 296(2.1) does not exclude any type of rebate from its application. The rebates provided for in subsections 261(1), 256.2(3) and 257(1) are grouped together in the same Division—Division VI, entitled “Rebates” (“*Remboursements*” in the French version)—of Part IX of the Act. Other than the eligibility requirements, there is no policy reason to distinguish them for the purposes of implementing subsection 296(2.1). Thus, the respondent would have been in a better position if it had simply failed to claim the rebates to which it was entitled. From the moment where, in assessing the respondent, the Minister would have determined that the respondent was entitled to said rebates, it is not by simply offsetting the amount of net tax payable when the Minister made the determination that this benefit would have been obtained, but by actually reducing the amount of said tax. In such a very real scenario, the net tax owed by the respondent would have been a negative amount because the amount of rebates payable to the respondent were greater than the amount of said tax. It is this negative amount of net tax that, pursuant to subsection 296(1) of the Act, the Minister would then have been required to assess. As a result, it was no longer open to the Minister to assess interest and a GST late-filing penalty. The T.C.C. turned to subsection 296(2.1) to comment on how absurd it was that the respondent would have been better off had it skirted its duty to file a rebate application and that it was equally absurd to report the GST that it was deemed to owe because, pursuant to the Act, it was deemed to have acquired

prévus est acquis lorsque les conditions d’ouverture qui y sont spécifiées sont rencontrées. Lorsque c’est le cas, la ministre doit procéder au remboursement. En d’autres termes, elle n’a pas le choix de ne pas le faire. Le paragraphe 228(6) de la Loi, pour sa part, permet d’opérer compensation entre le montant de la taxe nette due par le contribuable et les remboursements qui lui sont payables par la ministre. La compensation prévue au paragraphe 228(6) est réputée, pour sa part, s’opérer dès le moment, quel qu’il soit, où le contribuable produit sa déclaration de TPS, en autant qu’une demande concomitante de remboursement est faite à la ministre.

L’appelante reprochait à la C.C.I. d’avoir associé les remboursements au calcul de la taxe nette, ce que, selon elle, le texte des paragraphes 262(1) et 228(6) de la Loi ne lui permettait pas de faire. C’est ici qu’intervenait le paragraphe 296(2.1) de la Loi, lequel porte sur le traitement des remboursements non demandés lorsque le ministre du Revenu national établit une cotisation, quel que soit le type de remboursement en cause. Le paragraphe 296(1) de la Loi confère à la ministre le pouvoir d’établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou encore une cotisation supplémentaire en vue de déterminer, notamment, la « taxe nette » de même que, lorsqu’applicables, les intérêts et pénalités payables par une personne. Les paragraphes 296(2) et 296(2.1), pour leur part, concernent le traitement, dans l’établissement de la cotisation, des crédits, y compris des CTI (paragraphe 296(2)), et des remboursements (paragraphe 296(2.1)) non demandés par un contribuable. Le traitement de l’un et l’autre est à toutes fins utiles identique. Le texte du paragraphe 296(2.1) n’exclut aucun type de remboursement de son application. Les remboursements prévus aux paragraphes 261(1), 256.2(3) et 257(1) sont regroupés sous la même section — la section VI, intitulée « Remboursements » (« *Rebates* » dans la version anglaise) — de la partie IX de la Loi. Outre les conditions d’ouverture qui leur sont propres, il n’y a aucune raison de principe de les distinguer pour les fins de la mise en œuvre du paragraphe 296(2.1). Ainsi, l’intimée aurait été en meilleure position si elle avait simplement fait défaut de demander les remboursements auxquels elle avait droit. À partir du moment où, en la cotisant, la ministre aurait constaté qu’elle avait droit auxdits remboursements, ce n’est pas par la simple compensation du montant de taxe nette payable au moment du constat opéré par la ministre que cet avantage se serait matérialisé mais bien par la réduction même du montant de ladite taxe. Dans un tel scénario, la taxe nette due par l’intimée se serait soldée par un montant négatif, le montant des remboursements payables à l’intimée étant supérieur à celui de ladite taxe. C’est ce montant négatif de taxe nette que la ministre, aux termes du paragraphe 296(1) de la Loi, aurait alors été tenue de cotiser, faisant en sorte qu’il n’y avait dès lors plus ouverture à l’imposition d’intérêts et de pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS. La C.C.I. s’en est remise au paragraphe 296(2.1) pour dénoncer l’incongruité résultant du fait qu’il aurait été préférable que



the reconstructed complex on its own. As the T.C.C. noted, it is well established that a literal interpretation that may produce illogical or absurd results must be set aside. The appellant's interpretation that the interest and the GST late-filing penalty that may be assessed must, in all circumstances, be calculated on the amount of net tax, without taking into consideration rebates payable, was likely to produce absurd results. This was the conclusion reached by the T.C.C., and it did not err in coming to this conclusion. More importantly, this interpretation failed to reflect the context in which subsection 280(1) and section 280.1 of the Act operate. Here, it is clear that the respondent was entitled to the rebates allowed in subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act and that the amount of these rebates exceeded the amount of tax that it owed. It is also clear that these rebates and this tax are inextricably linked because they have to do with the same taxable supply and reporting period. Furthermore, the Minister agreed that if the respondent had filed its GST return with its rebate applications, on December 31, 2014, and had therefore followed the applicable procedure, the respondent would not have had to pay or remit any amount of tax, and no interest or penalty could have been assessed. Insofar as Parliament's obvious intention in enacting subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, in particular, was to ensure that an unregistered taxpayer was not put at a disadvantage compared to a registered taxpayer, who, unlike an unregistered taxpayer, can deduct ITCs in calculating the amount of net tax payable, and also insofar as the Act allows an unregistered taxpayer who fails to file a rebate application when required in order to receive the same benefit, i.e., having the rebate applied by the Minister against the net tax owed by the taxpayer, subsection 280(1) and section 280.1 could not have the meaning and scope that the applicant gave them. Indeed, Parliament, in enacting subsection 280(1) and section 280.1 of the Act, intended that the "amount" of interest and GST late-filing penalty to be paid or remitted, could, in circumstances such as those in this case, be calculated without taking into account the rebates payable to the taxpayer. Therefore, the interest and GST late-filing penalty could only be calculated on the amount that the respondent actually owed the Minister for the reporting period in question. Because this amount was negative, the T.C.C. was right to rule that the Minister was not justified in imposing the interest and penalty that the Minister sought to recover from the respondent.

l'intimée se soustrait à son obligation de soumettre une demande de remboursement et même à celle de déclarer la TPS qu'elle était réputée devoir parce que, par opération de la Loi, elle était réputée avoir acquis d'elle-même l'immeuble reconstruit. Il est bien établi, comme l'a rappelé la C.C.I., qu'une interprétation littérale susceptible de produire des résultats illogiques ou absurdes doit être écartée. L'interprétation proposée par l'appelante voulant que les intérêts et la pénalité pouvant être imposés en cas de retard à produire une déclaration de TPS, devaient être calculés, en toutes circonstances, en fonction du montant de la taxe nette, sans égards aux remboursements par ailleurs payables, était susceptible de produire de tels résultats. C'est la conclusion à laquelle est parvenue la C.C.I. et elle n'a pas erré en concluant de la sorte. Mais plus important encore, cette interprétation ne rendait pas compte du contexte dans lequel s'inscrivent le paragraphe 280(1) et l'article 280.1 de la Loi. Ici, il est acquis que l'intimée avait droit aux remboursements prévus aux paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi et que le montant de ces remboursements excédait celui de la taxe qu'elle devait par ailleurs. Il est acquis également que ces remboursements et cette taxe sont inextricablement liés puisqu'ils concernent une même fourniture taxable et une même période de déclaration. Au surplus, la ministre a reconnu que si l'intimée avait produit sa déclaration de TPS, accompagnée de ses demandes de remboursements, au 31 décembre 2014, et donc, si elle avait suivi la procédure applicable, aucun montant de taxe n'aurait eu à être payé ou versé et aucun intérêt ou pénalité n'aurait pu être imposé. Ainsi, dans la mesure où l'intention évidente du législateur, en adoptant les paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, notamment, était de s'assurer qu'un contribuable non-inscrit ne soit pas désavantagé face au contribuable inscrit, lequel, contrairement au premier, peut déduire des CTI dans l'établissement du montant de la taxe nette dont il est redevable, et dans la mesure également où la Loi permet au contribuable non-inscrit qui fait défaut de produire une demande de remboursement dans les délais prescrits de profiter d'un même avantage, soit celui de voir appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette due par lui, le paragraphe 280(1) et l'article 280.1 ne pouvaient avoir le sens et la portée que l'appelante leur prêtait. En effet, le Parlement, en adoptant le paragraphe 280(1) et l'article 280.1 de la Loi, n'avait pas en tête que l'établissement du « montant » à payer ou à verser aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS, pouvait, dans des circonstances comme celles qui prévalaient en l'espèce, se faire sans égards aux remboursements par ailleurs payables au contribuable. Donc, les intérêts et la pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS ne pouvaient être calculés que sur un montant reflétant ce que l'intimée devait réellement à la ministre pour la période de déclaration en cause. Comme ce montant était négatif, la C.C.I. avait raison de trouver que la ministre n'était pas justifiée d'imposer à l'intimée les intérêts et la pénalité qu'elle lui réclamait.



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.  
*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123(1), 169(1), 191(3), 221(1), 225(1), 228(1),(2),(4),(6), 238(2), 245(1), 256.2(3),(7)(a), 257, 261(1),(2)(c),(3), 262(1), 280(1), 280(1.1), 280.1, 296(1),(2),(2.1).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Humber College Institute of Technology & Advanced Learning v. The Queen*, 2013 TCC 146 (CanLII), [2013] T.C.J. No. 117 (QL); *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *United Parcel Service Canada Ltd. v. Canada*, 2009 SCC 20, [2009] 1 S.C.R. 657.

## REFERRED TO:

*Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Jabel Image Concepts Inc. v. Canada* (2000), 257 N.R. 193, [2000] F.C.J. No. 894 (QL) (C.A.); *Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260, [2003] 1 F.C. 447; *Canada v. Ast Estate*, [1997] 3 F.C. 86, [1997] F.C.J. 267 (QL) (C.A.); *ExxonMobil Canada Ltd. v. Canada*, 2010 FCA 1; *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham, Ontario: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2019 TCC 60) allowing the appeal brought by the respondent against an assessment made by the Minister of National Revenue under Part IX of the *Excise Tax Act*. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Christian Lemay and Antoine Lamarre* for the appellants.  
*Camille Janvier-Langis* for the respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123(1), 169(1), 191(3), 221(1), 225(1), 228(1),(2),(4),(6), 238(2), 245(1), 256.2(3),(7)a), 257, 261(1),(2)c),(3), 262(1), 280(1), 280(1.1), 280.1, 296(1),(2),(2.1).  
*Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Humber College Institute of Technology & Advanced Learning c. La Reine*, 2013 CCI 146 (CanLII), [2013] A.C.I. n° 117 (QL); *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *United Parcel Service du Canada Ltée c. Canada*, 2009 CSC 20, [2009] 1 R.C.S. 657.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Jabel Image Concepts Inc. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 894 (QL) (C.A.); *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, [2003] 1 C.F. 447; *Canada c. Succession Ast*, [1997] 3 C.F. 86, [1997] A.C.F. n° 267 (QL) (C.A.); *ExxonMobil Canada Ltd. c. Canada*, 2010 CAF 1; *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., Markham, Ontario : LexisNexis, 2014.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2019 CCI 60) accueillant l'appel logé par l'intimée à l'encontre d'une cotisation établie par la ministre du Revenu national en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise*. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Christian Lemay et Antoine Lamarre* pour l'appelante.  
*Camille Janvier-Langis* pour l'intimée.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for the appellant.  
*Dentons Canada LLP*, Montréal, for the respondent.

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

[1] LEBLANC J.A.: This is an appeal against a judgment rendered on March 15, 2019 by Justice Johanne D’Auray of the Tax Court of Canada (listed as 2019 TCC 60). Pursuant to this judgment (Judgment), Justice D’Auray (or the trial Judge) allowed the appeal brought by the respondent from an assessment made by the Minister of National Revenue (the Minister) under Part IX of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act).

[2] The assessment made by the Minister imposed a late-filing penalty and interest on the respondent in respect of an amount of goods and services tax (GST) that the respondent was deemed to owe the Minister. The trial Judge determined that because at the time this amount of GST became payable, under the Act, the respondent was entitled to GST rebates in excess of that amount, the Minister was not justified in assessing the interest and the penalty at issue.

[3] The appellant criticizes Justice D’Auray for adopting a results-oriented interpretation of the Act in order to correct a hypothetical situation that could create an undesirable outcome. The appellant argues that, in doing so, Justice D’Auray ignored the plain language of the Act, thereby committing an error of law that calls for the intervention by this Court.

[4] For the reasons that follow, the applicant has not persuaded me that there is any reason to intervene.

I. Background

[5] The facts of this case are relatively straightforward and are not in dispute. They can be summarized as follows.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*La sous-procureure générale du Canada* pour l’appelante.  
*Dentons Canada S.E.N.C.R.L.*, Montréal, pour l’intimée.

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

[1] LE JUGE LEBLANC, J.C.A. : L’appelante se pourvoit en appel d’un jugement de la juge Johanne D’Auray de la Cour canadienne de l’impôt (répertorié à 2019 CCI 60), rendu le 15 mars 2019. Aux termes de ce jugement (jugement), la juge D’Auray (ou la juge de première instance) accueillait l’appel logé par l’intimée à l’encontre d’une cotisation établie par la ministre du Revenu national (la ministre) en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi).

[2] La cotisation établie par la ministre imposait à l’intimée des intérêts et une pénalité pour production tardive d’une déclaration relative à un montant de taxe sur les produits et services (TPS) que l’intimée était réputée devoir à la ministre. La juge de première instance a déterminé qu’en raison du fait qu’au moment où ce montant de TPS est devenu payable, l’intimée avait droit, aux termes de la Loi, à des remboursements de TPS totalisant une somme supérieure audit montant, la ministre n’était pas justifiée d’imposer les intérêts et la pénalité en litige.

[3] L’appelante reproche à la juge D’Auray de s’être livrée à une interprétation de la Loi axée sur les résultats dans le but de corriger une situation hypothétique susceptible de créer un résultat indésirable. Ce faisant, plaide l’appelante, la juge D’Auray aurait ignoré le texte clair de la Loi, commettant ainsi une erreur de droit justifiant l’intervention de cette Cour.

[4] Pour les motifs qui suivent, l’appelante ne m’a pas convaincu qu’il y a lieu d’intervenir.

I. Contexte

[5] Les faits relatifs au présent litige sont relativement simples et ne sont pas contestés. Ils peuvent être résumés comme suit.

[6] The respondent operates a residential complex for semi-autonomous seniors, or seniors with a loss of autonomy in Laval, Quebec. At all times relevant to this case, the respondent was not a GST registrant and its supplies were exempt from GST.

[7] In February 2013, the complex that housed the residence operated by the respondent was engulfed in flames. The respondent decided to rebuild it. As part of the reconstruction, it paid GST on the invoices submitted by the builder. Once the work was completed, under subsection 191(3) of the Act, the respondent was then deemed to have made and received a taxable supply by way of sale of the complex.

[8] It was therefore incumbent on the respondent to report the corresponding GST, the undisputed amount of which was \$736,864.18. The respondent had until December 31, 2014 to file its return with the Minister. At that time, pursuant to subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, it was entitled to receive GST rebates from the Minister. These rebates amounted to \$860,665.48.

[9] However, the respondent did not file its GST return with the Minister until September 28, 2015. This return was accompanied by an application, filed in due time, for the rebates to which it was entitled to receive from the Minister.

[10] On October 30, 2015, the Minister issued a notice of assessment granting the respondent a credit in the amount of \$860,665.48 for the said rebates. However, the Minister assessed the respondent interest totalling \$27,984.09 and a \$22,105.92 late-filing penalty, pursuant to subsection 280(1) and section 280.1 of the Act respectively. The penalty and interest were calculated on the total amount of GST owing: \$736,864.18.

[11] After unsuccessfully objecting to the Minister's October 30, 2015, notice of assessment, the respondent appealed it to the Tax Court of Canada (T.C.C.).

[6] L'intimée exploite un centre d'hébergement pour personnes âgées semi-autonomes ou en perte d'autonomie à Laval, au Québec. En tout temps pertinent au présent litige, l'intimée n'est pas inscrite au fichier de la TPS et ses fournitures sont exonérées de TPS.

[7] En février 2013, l'immeuble qui abrite le centre d'hébergement que l'intimée exploite est la proie des flammes. L'intimée prend la décision de le reconstruire. Dans le cadre de la reconstruction, elle paie la TPS sur les factures que lui présente le constructeur. Une fois les travaux complétés, l'intimée, suivant le paragraphe 191(3) de la Loi, est alors réputée avoir effectué et reçu, par vente, la fourniture taxable de l'immeuble.

[8] Il lui incombe dès lors de déclarer la TPS correspondante, dont le montant, non-contesté, s'élève à 736 864,18 \$. L'intimée a jusqu'au 31 décembre 2014 pour produire sa déclaration auprès de la ministre. Au même moment, elle est éligible, aux termes des paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, à recevoir de la ministre des remboursements de TPS. Ces remboursements s'élèvent à 860 665,48 \$.

[9] Ce n'est toutefois que le 28 septembre 2015 que l'intimée produit auprès de la ministre sa déclaration de TPS. Cette déclaration est accompagnée d'une demande, faite dans les délais prescrits, pour que les remboursements auxquels elle a droit lui soient payés par la ministre.

[10] Le 30 octobre 2015, la ministre délivre un avis de cotisation aux termes duquel, tout en lui reconnaissant un crédit au montant de 860 665,48 \$ au titre desdits remboursements, elle impose à l'intimée, aux termes, respectivement, du paragraphe 280(1) et de l'article 280.1 de la Loi, des intérêts totalisant 27 984,09 \$ et une pénalité de l'ordre de 22 105,92 \$ pour défaut de produire sa déclaration de TPS dans le délai prescrit par la Loi. La pénalité et les intérêts sont calculés sur le montant total exigible au titre de la TPS payable, soit 736 864,18 \$.

[11] Après s'être opposée sans succès auprès de la ministre à l'avis de cotisation du 30 octobre 2015, l'intimée s'adresse à la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.).

## II. Judgment under appeal

[12] Justice D’Auray considered that she had to determine whether the interest and the GST late-filing penalty imposed on the respondent on October 30, 2015, should be calculated on the total amount of the GST payable, as the Minister did, or on the difference between the total amount and the amount of GST rebates to which the respondent was entitled.

[13] From the outset, Justice D’Auray noted that, pursuant to subsection 191(3) of the Act, the respondent had to self-assess for the GST payable on the “sale” of the reconstructed complex, a sale that the respondent was deemed to have carried out on its own as a “builder” within the meaning of subsection 123(1) of the Act. Noting that the respondent was not a GST registrant and that, therefore, unlike registered businesses, it could not claim input tax credits (ITCs) for the GST paid to its suppliers, Justice D’Auray considered that Parliament wanted to remedy this fiscal imbalance for non-registrants, like the respondent deemed to have made a taxable supply of a complex, by instituting the rebate mechanism provided for in subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act.

[14] Justice D’Auray further stated that, in connection with the taxable supply of the new complex, the respondent was entitled to two types of rebates by way of this mechanism. The first rebate was for the GST paid to suppliers during the reconstruction of the said complex. The second rebate was for land and buildings leased for residential purposes.

[15] Justice D’Auray noted that the respondent was late in filing its GST return related to the deemed acquisition of the new complex. However, she was of the opinion that, for the purposes of calculating the interest and the penalty provided for in subsection 280(1) and section 280.1 of the Act, the Minister had to offset the GST payable by the respondent against the rebates to which the respondent was entitled, because at the time the Minister received the said return, the Minister had also received the respondent’s rebate applications. According to Justice D’Auray, the obligation arose from the application of subsection 228(6) of the Act. This

## II. Le jugement frappé d’appel

[12] La juge D’Auray estime qu’il lui faut déterminer si les intérêts et la pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS imposés à l’intimée le 30 octobre 2015 devaient être calculés sur la totalité de la TPS exigible, comme l’a fait la ministre, ou sur la différence entre ce total et le montant des remboursements de TPS auxquels l’intimée avait par ailleurs droit.

[13] D’entrée de jeu, la juge D’Auray rappelle que l’intimée, suivant le paragraphe 191(3) de la Loi, devait s’autocotiser pour la TPS associée à la « vente » de l’immeuble reconstruit, une vente qu’elle est réputée avoir effectuée à elle-même à titre de « constructeur » au sens du paragraphe 123(1) de la Loi. Soulignant que l’intimée n’est pas inscrite au fichier de la TPS et qu’elle ne peut, en conséquence, au contraire des entreprises inscrites, réclamer de crédits sur les intrants (CTI) pour la TPS payée à ses fournisseurs, la juge D’Auray estime que le législateur a voulu pallier à ce déséquilibre fiscal pour les non-inscrits réputés, comme l’intimée, avoir fait une fourniture taxable d’un immeuble, en instituant le mécanisme de remboursements prévu aux paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi.

[14] Suivant ce mécanisme, poursuit la juge D’Auray, l’intimée avait droit, en lien avec la fourniture taxable du nouvel immeuble, à deux types de remboursement, un premier visant la TPS payée aux fournisseurs lors de la reconstruction dudit immeuble, et un deuxième pour fonds et bâtiments loués à des fins résidentielles.

[15] Constatant le retard de l’intimée à produire sa déclaration de TPS liée à l’acquisition réputée du nouvel immeuble, la juge D’Auray se dit d’avis que la ministre devait néanmoins, aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité visés par le paragraphe 280(1) et l’article 280.1 de la Loi, opérer compensation entre la TPS payable par l’intimée et les remboursements auxquels l’intimée avait par ailleurs droit puisqu’au moment de recevoir ladite déclaration, la ministre avait aussi en mains les demandes de remboursement de l’intimée. Cette obligation découle, selon elle, de l’application du paragraphe 228(6) de la Loi, qui, lu conjointement avec

section, read in conjunction with subsections 228(2) and 228(4), necessarily refers to the concept of “net tax”, i.e., the tax deemed remitted when the GST return is filed less the amount of rebates payable by the Minister pursuant to subsection 228(6) and filed concurrently with the GST return.

[16] Justice D’Auray further stated that according to this interpretation, as at September 28, 2015, the Minister could calculate the interest and the GST late-filing penalty to be assessed only on the net amount payable by the respondent, i.e., the amount of the difference between the tax due by the respondent and the rebates that were payable to it by the Minister on that date. Since this amount was negative, the Minister did not have the power to assess the respondent for the interest and the penalty at issue.

[17] Justice D’Auray noted in this regard that subsection 296(2.1) of the Act imposed the same obligation on the Minister in cases where she found that a rebate was due when she had not received a rebate application and that the period filing such an application had expired. She saw this as a compelling indication that, in matters having to do with rebates, the Minister could act “retroactively” (Judgment, at paragraph 23).

[18] She then focused on the decision rendered by one of her colleagues in *Humber College Institute of Technology & Advanced Learning v. The Queen*, 2013 TCC 146, [2013] T.C.J. No. 117 (QL) (*Humber College*), a case which, according to her, was “almost identical” (Judgment, at paragraph 8). In that case, the T.C.C. ruled that the interest and GST late-filing penalty due in respect of a return involving, as in this case, the self-assessment obligation under subsection 191(3) of the Act, should only be calculated on the difference between the amount of GST payable and the amount of rebates payable by the Minister.

[19] Justice D’Auray noted that she had arrived at the same conclusion that her colleague had, but had reached it via a different route, by way of subsection 228(6) of the Act. Nevertheless she pointed out that *Humber*

les paragraphes 228(2) et 228(4), réfère nécessairement au concept de « taxe nette », soit à la taxe réputée versée au moment de la déclaration de TPS moins le montant des remboursements payables par la ministre aux termes des demandes de remboursement visées par le paragraphe 228(6) et produites concomitamment à la déclaration de TPS.

[16] Selon cette interprétation, poursuit la juge D’Auray, la ministre ne pouvait, au 28 septembre 2015, calculer les intérêts et la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS que sur le montant net payable par l’intimée, soit le montant représentant la différence entre la taxe due par elle et les remboursements qui lui étaient par ailleurs payables par la ministre à cette date. Comme ce montant était négatif, la ministre n’avait pas le pouvoir d’imposer à l’intimée les intérêts et la pénalité en litige.

[17] La juge D’Auray a noté à cet égard que le paragraphe 296(2.1) de la Loi imposait la même obligation à la ministre dans les cas où elle constatait qu’un remboursement était dû alors qu’elle n’était saisie d’aucune demande de remboursement et que le délai pour produire une telle demande était expiré. Elle y voyait là un indice probant que la ministre, en matière de remboursements, pouvait agir « de manière rétroactive » (jugement, au paragraphe 23).

[18] Elle s’est ensuite attardée au jugement d’un de ses collègues dans l’affaire *Humber College Institute of Technology & Advanced Learning c. La Reine*, 2013 CCI 146, [2013] A.C.I. n° 117 (QL) (*Humber College*), une affaire, selon elle, « quasi identique » (jugement, au paragraphe 8) où la C.C.I. a statué que les intérêts et la pénalité payables pour production tardive d’une déclaration de TPS faite en lien, comme ici, avec l’obligation d’autocotisation prévue au paragraphe 191(3) de la Loi, ne devaient être calculés que sur la différence entre le montant de TPS exigible et celui des remboursements par ailleurs payables par la ministre.

[19] Précisant qu’elle en était arrivée au même résultat que son collègue, mais qu’elle y était parvenue par un chemin différent, celui du paragraphe 228(6) de la Loi, la juge D’Auray a noté que l’affaire *Humber College*

*College* illustrated how a taxpayer who filed a GST return and a rebate application as soon as he realized that this was required under the Act would be at a fiscal disadvantage, if the Minister's position were to prevail in this case, versus a taxpayer who did nothing and waited for the Minister to assess him.

[20] Justice D'Auray found that her interpretation of the Act was consistent with the idea that, according to these provisions, the tax and the rebate were inextricably linked and more consistent "with the objective of the Act and the purpose of the rebate provisions" (Judgment, at paragraph 39).

[21] This interpretation ensures that a complex builder, who is not a GST registrant, will not be at a disadvantage compared to a registered builder who can only be assessed interest and penalties on the net amount of GST payable, i.e., the difference between the gross amount of tax payable and the ITCs that he is entitled to claim. This avoids an outcome that Parliament cannot have intended, i.e., where a person who does not file a GST return, nor a rebate application, or who only files a return, without attaching a rebate application, would be in a better position than a taxpayer who files a late self-assessment tax return, because that person would not have to pay the interest and penalty on the full amount of GST payable. In other words, Justice D'Auray pointed out that to accept the Minister's position would be to encourage taxpayers in the respondent's situation to ignore their obligation to self-assess.

### III. Position of the appellant

[22] The appellant submits that the language of the statutory provisions at issue does not support the interpretation adopted by the trial judge. In particular, it argues that by interpreting subsection 228(6) of the Act as she did, Justice D'Auray gave it retroactive effect, not borne out by the language of that provision.

illustrait néanmoins comment un contribuable qui dépose une déclaration de TPS et une demande de remboursement, dès qu'il s'aperçoit que la Loi l'exigeait, se trouverait défavorisé sur le plan fiscal, si la position de la ministre devait prévaloir en l'espèce, par rapport à celui qui ne fait rien et qui attend que la ministre le cotise.

[20] La juge D'Auray conclut que son interprétation de la Loi est conforme à l'idée que la taxe et le remboursement sont, suivant ces dispositions, inextricablement liés et cadre davantage « avec l'objectif de la *Loi* et la raison d'être des dispositions sur les remboursements » (jugement, au paragraphe 39).

[21] Cette interprétation fait ainsi en sorte que le constructeur d'un immeuble, qui est non-inscrit au registre de TPS, ne sera pas désavantagé par rapport au constructeur inscrit qui, lui, ne peut se voir imposer d'intérêts et de pénalités que sur le montant net de la TPS à payer, soit sur la différence entre le montant brut de la taxe à payer et les CTI qu'il est en droit de réclamer. Elle évite ainsi un résultat que le législateur ne peut avoir voulu, soit celui qui ferait en sorte qu'une personne qui ne dépose ni déclaration de TPS, ni demande de remboursement, ou qui ne dépose qu'une déclaration, sans y joindre une demande de remboursement, se retrouverait dans une meilleure position que le contribuable qui procède à une autocotisation tardive, puisque cette personne n'aurait pas, elle, à payer les intérêts et la pénalité sur le montant intégral de la TPS exigible. En d'autres termes, souligne la juge D'Auray, avaliser la position de la ministre reviendrait à encourager les contribuables dans la situation de l'intimée à faire fi de leur obligation d'autocotisation.

### III. La position de l'appelante

[22] L'appelante soutient que le texte des dispositions législatives en cause n'autorise pas l'interprétation retenue par la juge de première instance. Plus particulièrement, elle plaide que la juge D'Auray, en interprétant le paragraphe 228(6) de la Loi comme elle l'a fait, s'est trouvée à lui donner une portée rétroactive, faisant ainsi violence au texte de ladite disposition.



[23] The appellant also submits that the trial judge erroneously associated the rebates to which the respondent was entitled under subsection 228(6) with the “net tax” calculation within the meaning of subsections 225(1) and 228(1) of the Act. Subsection 228(6) of the Act does not allow such an association. It only creates a presumption that these rebates are applied as payment of net tax, not as a reduction of net tax. The appellant further argues that when the Act provides that certain amounts may be deducted from the net tax calculation, it does so in express terms, which is not the case in subsection 228(6).

[24] Also, the rebates at issue here, i.e., those provided for in subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, follow special rules according to which rebates do not become payable by the Minister until they are claimed by the taxpayer. In other words, the appellant argues that the rebates would not be relevant to the calculation of the net tax owed by the taxpayer and, consequently, to the calculation of the interest and GST late-filing penalty payable, because subsection 280(1) and section 280.1 of the Act operate independently of subsection 228(6).

[25] Thus, assuming that subsection 228(6) requires the Minister to set off rebates, the appellant submits that this requirement was only triggered when the respondent filed its rebate application on September 28, 2015. The appellant also submits that the Minister was therefore fully entitled to calculate the interest and the GST late-filing penalty to be assessed under subsection 280(1) and section 280.1 based on the full amount of tax due because the rebates could not be set off between the time when the said return should have been filed, i.e. on December 31, 2014, and the time it was filed in September 2015.

#### IV. Issue and standard of review

[26] The issue here is whether Justice D’Auray erred in deciding that the interest and GST late-filing penalty payable under subsection 280(1) and section 280.1 of the Act could only be calculated on the amount of GST

[23] Toujours selon l’appelante, la juge de première instance aurait erronément associé les remboursements auxquels l’intimée avait droit aux termes du paragraphe 228(6) au calcul de la « taxe nette » au sens des paragraphes 225(1) et 228(1) de la Loi. Le paragraphe 228(6) de la Loi ne permettrait pas une telle association; il ne ferait que créer une présomption à l’effet que ces remboursements sont appliqués en paiement de la taxe nette, et non en réduction de celle-ci. D’ailleurs, ajoute l’appelante, lorsque la Loi prévoit que certains montants peuvent être déduits du calcul de la taxe nette, elle le fait en des termes exprès, ce qui n’est pas le cas du paragraphe 228(6).

[24] Au surplus, les remboursements dont il est question ici, soit ceux prévus aux paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, obéiraient à des règles particulières aux termes desquelles ils ne deviendraient payables par la ministre qu’au moment où le contribuable en fait la demande. En d’autres termes, ils ne seraient pas pertinents, plaide l’appelante, au calcul de la taxe nette due par le contribuable et, par conséquent, au calcul des intérêts et pénalité payables en cas de production tardive d’une déclaration de TPS, le paragraphe 280(1) et l’article 280.1 de la Loi opérant indépendamment du paragraphe 228(6).

[25] Ainsi, si le paragraphe 228(6) obligeait la ministre à opérer compensation, reconnaît l’appelante, ce n’est, précise-t-elle, qu’au moment où l’intimée a produit sa demande de remboursement, le 28 septembre 2015, que cette obligation s’est enclenchée. La Ministre était donc parfaitement en droit, ajoute l’appelante, de calculer les intérêts et la pénalité imposables en vertu du paragraphe 280(1) et de l’article 280.1 pour production tardive de la déclaration de TPS, sur l’intégralité du montant de taxe dû puisqu’aucune compensation ne pouvait s’opérer entre le moment où ladite déclaration aurait dû être produite, soit le 31 décembre 2014, et le moment où elle l’a été en septembre 2015.

#### IV. La question en litige et la norme de contrôle

[26] Il s’agit de décider ici si la juge D’Auray a commis une erreur en décidant que les intérêts et la pénalité payables aux termes du paragraphe 280(1) et de l’article 280.1 de la Loi pour production tardive d’une

payable by the respondent, after taking into account the rebates to which it was entitled.

[27] Both parties are of the view that the standard of review applicable to this issue—a question of statutory interpretation—is correctness. This is consistent with the appeal standard of review set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235: questions of law raised on appeal must be analyzed according to the correctness standard.

#### V. Analysis

[28] The backdrop against which this case rests is not factually or legally controversial. The respondent, who, I would point out again, operates a residential complex for semi-autonomous persons or persons with a loss of autonomy, provides “exempt supplies”, i.e., services exempt from taxes. This means that it does not have to charge GST on its supplies of goods and services. It also means that it does not have to be a GST registrant, unlike businesses that provide “taxable supplies” and who, on behalf of the tax authorities, are required pursuant to subsection 221(1) of the Act to collect the tax payable by the purchasers of such supplies.

[29] The respondent’s “non-registrant” status also means that, unlike registered businesses, it is not entitled to claim ITCs on the goods and services it acquires in order to make its exempt supplies. ITCs, which are calculated according to the formula set out in subsection 169(1) of the Act, allow the tax paid by the purchaser of a taxable supply who uses the good or service so taxable in the production of other taxable supplies, to be recovered from the government (*Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, at page 456, (1992), 430 D.L.R. (4th) 315 (*Reference re the GST*)). This is consistent with the logic of the GST. Following this logic, the tax is ultimately borne only by the ultimate consumer of the good or service. However, this is not the case with exempt supplies. I will come back to this later.

déclaration de TPS, ne pouvaient être calculés que sur le montant de TPS payable par l’intimée, une fois tenu compte des remboursements auxquels elle avait par ailleurs droit.

[27] Les parties sont toutes deux d’avis que la norme de contrôle applicable à cette question — une question d’interprétation législative — est celle de la décision correcte. Cela est conforme à l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 qui exige que les questions de droit soulevées en appel soient analysées suivant cette norme.

#### V. L’analyse

[28] La toile de fond dans laquelle s’inscrit le présent litige ne porte pas à controverse, que ce soit sur les plans factuel ou légal. L’intimée, qui, je le rappelle, opère un centre d’hébergement pour personnes semi-autonomes ou en perte d’autonomie, offre des « fournitures exonérées », c’est-à-dire des services exonérés de taxes. Cela veut dire qu’elle n’a pas à facturer de TPS sur ses fournitures de biens et services. Cela veut dire également qu’elle n’a pas à être inscrite aux fichiers de la TPS, contrairement aux entreprises qui offrent des « fournitures taxables » et qui sont tenues, aux termes du paragraphe 221(1) de la Loi, de percevoir, au nom des autorités fiscales, la taxe payable par les acquéreurs de telles fournitures.

[29] Le statut de « non-inscrit » de l’intimée fait également en sorte que, contrairement toujours aux entreprises inscrites, elle n’a pas droit de réclamer de CTI sur les biens et services qu’elle acquiert afin d’effectuer ses fournitures exonérées. Les CTI, calculés selon la formule établie au paragraphe 169(1) de la Loi, permettent en effet de recouvrer du gouvernement la taxe payée par l’acquéreur d’une fourniture taxable qui utilise le bien ou le service ainsi taxable dans la production d’autres fournitures taxables (*Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445 (*Renvoi relatif à la TPS*), à la page 456). Cela s’inscrit dans la logique de la TPS. Suivant cette logique, la taxe n’est ultimement assumée que par le consommateur final du bien ou du service. Toutefois, ce n’est pas le cas des fournitures exonérées. J’y reviendrai.

[30] Notwithstanding its non-registrant status, by rebuilding the building that housed its residential complex following the fire that destroyed it, the respondent is deemed, by the combined effect of the definition of “builder” set out in subsection 123(1) and subsection 191(3) of the Act, to have, on the day the construction was substantially completed, “made and received ... a taxable supply by way of sale of the complex” and to have, on that date, “paid as a recipient and to have collected as a supplier ... tax in respect of the supply calculated on the fair market value of the complex on that day.”

[31] On the day when the reconstruction work was substantially completed, which, as indicated above, both parties agree was on November 1, 2014, the respondent was therefore deemed to be both the purchaser and the supplier of the building that was reconstructed, and at the same time responsible for the payment and the collection of the tax on this supply deemed to be taxable.

[32] Pursuant to subsections 228(1), 228(2), 238(2) and 245(1) of the Act, the respondent was then required to file a “net tax” return with the Minister on that taxable supply and remit the “positive amount” of that tax to the Minister. The respondent had until December 31, 2014, to do this. However, the respondent could not claim any ITCs in calculating the “net tax” payable for the period covered by its return, as allowed by subsection 225(1) of the Act, which sets out the formula used to calculate the amount of “net tax”, because, in the course of its operations, the respondent was deemed to make only exempt supplies.

[33] However, in accordance with subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, the respondent was entitled to receive rebates from the Minister for this same period, in particular for the GST paid to suppliers during the reconstruction of the building. Under subsection 228(6) of the Act, it could file a rebate application with the Minister when it filed its GST return. However, pursuant to paragraph 256.2(7)(a) and subsection 257(2) of the Act, it could not claim these rebates unless it filed an application for the rebate within two years after the day the taxable supply was made.

[30] Nonobstant son statut de non-inscrit, l’intimée, en faisant reconstruire l’immeuble abritant son centre d’hébergement suite à l’incendie qui l’a détruit, est réputée, par l’effet combiné de la définition de « constructeur » prévue au paragraphe 123(1) et du paragraphe 191(3) de la Loi, avoir, le jour où les travaux ont été achevés en grande partie, « effectué et reçu, par vente, la fourniture taxable de l’immeuble » et avoir, à cette date, « payé à titre d’acquéreur et perçu à titre de fournisseur [...], la taxe relative à la fourniture, calculée sur la juste valeur marchande de l’immeuble ce jour-là ».

[31] L’intimée était donc, le jour où les travaux de reconstruction ont été achevés en grande partie, que les parties situent, d’un commun accord, tel qu’indiqué précédemment, au 1<sup>er</sup> novembre 2014, réputée à la fois acquéreur et fournisseur de l’immeuble ainsi reconstruit, et à la fois responsable du paiement et de la perception de la taxe sur cette fourniture considérée comme taxable.

[32] Par le jeu des paragraphes 228(1), 228(2), 238(2) et 245(1) de la Loi, l’intimée devenait alors assujettie à l’obligation de produire auprès de la ministre une déclaration de « taxe nette » sur cette fourniture taxable et de lui verser le « montant positif » de cette taxe. L’intimée avait jusqu’au 31 décembre 2014 pour ce faire. Dans le calcul de la « taxe nette » à verser, l’intimée ne pouvait toutefois en soustraire de CTI pour la période visée par sa déclaration, comme le permet le paragraphe 225(1) de la Loi qui prévoit la formule applicable à l’établissement du montant de la « taxe nette », puisqu’elle est considérée n’effectuer, dans le cours de ses opérations, que des fournitures exonérées.

[33] Toutefois, pour cette même période, l’intimée, conformément aux paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, était éligible à recevoir de la ministre des remboursements au titre, notamment, de la TPS payée aux fournisseurs lors de la reconstruction de l’immeuble. Elle pouvait, aux termes du paragraphe 228(6) de la Loi, en faire la demande à la ministre au moment de la production de sa déclaration de TPS. Suivant l’alinéa 256.2(7)a) et le paragraphe 257(2) de la Loi, elle ne pouvait, par contre, attendre plus de deux ans de la date où la fourniture taxable a été effectuée, pour réclamer ces remboursements.

[34] As we have seen, it is not disputed in this case that on November 1, 2014, the respondent was deemed to owe the Minister \$736,864.18 of GST. Nor is it disputed that on November 30, 2014, the respondent was entitled to claim \$860,647.30 of rebates from the Minister in order to offset the amount of GST that she was owed.

[35] The appellant agrees that if the respondent had filed its GST return and its rebate applications by the December 31, 2014, filing deadline, the GST owed by the respondent would have been fully offset by the rebates payable by the Minister pursuant to subsection 228(6) of the Act. In fact, the Minister would, at that time, have been indebted to the respondent for the excess of the rebates that she was required to pay the respondent pursuant to subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, once the GST was offset.

[36] It is useful to reproduce subsection 228(6) of the Act here:

**228 ....**

**Set-off of refunds or rebates**

(6) Where at any time a person files a particular return under this Part in which the person reports an amount (in this subsection referred to as the “remittance amount”) that is required to be remitted under subsection (2) or (2.3) or paid under subsection (2.1) or (4) or Division IV or IV.1 by the person and the person claims a refund or rebate payable to the person at that time under this Part (other than Division III) in the particular return or in another return, or in an application, filed under this Part with the particular return, the person is deemed to have remitted at that time on account of the person’s remittance amount, and the Minister is deemed to have paid at that time on account of the refund or rebate, an amount equal to the lesser of the remittance amount and the amount of the refund or rebate.

[37] The question then arises as to the consequences, if any, of the respondent’s failure to file its GST return on time in such a context. In other words, the Court must determine whether the interest and penalty that may be imposed under subsection 280(1) and section 280.1 of

[34] Il n’est pas contesté en l’espèce, comme on l’a vu, qu’au 1<sup>er</sup> novembre 2014, l’intimée était réputée devoir à la ministre, en TPS, la somme de 736 864,18 \$. Il n’est pas contesté non plus qu’au 30 novembre 2014, l’intimée était en droit de réclamer de la ministre des remboursements de l’ordre de 860 647,30 \$, en vue de compenser le montant de TPS dont elle était par ailleurs redevable.

[35] L’appelante convient que si l’intimée avait produit sa déclaration de TPS et ses demandes de remboursements au 31 décembre 2014, date limite pour produire ladite déclaration, la TPS due par l’intimée aurait été, par l’opération du paragraphe 228(6) de la Loi, entièrement compensée par les remboursements par ailleurs payables par la ministre. En fait, la ministre aurait été, à ce moment, redevable envers l’intimée de l’excédent des remboursements qu’elle était tenue de lui payer aux termes des paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, une fois la TPS compensée.

[36] Il est utile de reproduire ici le paragraphe 228(6) de la Loi :

**228 [...]**

**Compensation de remboursement**

(6) Dans le cas où une personne produit, à un moment donné et conformément à la présente partie, une déclaration où elle indique un montant (appelé « versement » au présent paragraphe) qu’elle est tenue de verser en application des paragraphes (2) ou (2.3) ou de payer en application des paragraphes (2.1) ou (4) ou des sections IV ou IV.1 et qu’elle demande dans cette déclaration, ou dans une autre déclaration ou une demande produite conformément à la présente partie avec cette déclaration, un remboursement qui lui est payable à ce moment en application de la présente partie, compte non tenu de la section III, la personne est réputée avoir versé à ce moment au titre de son versement, et le ministre avoir payé à ce moment au titre du remboursement, ce versement ou, s’il est inférieur, le montant du remboursement.

[37] Il faut donc s’interroger sur les conséquences, s’il en est, du retard de l’intimée à produire sa déclaration de TPS dans un tel contexte. En d’autres termes, il faut se demander si les intérêts et la pénalité pouvant être imposés, aux termes du paragraphe 280(1) et de

the Act for failing to file a GST return when required, must be calculated solely based on the GST payable or based on the net amount owed by the taxpayer. In this case, this amount is the difference between the GST owed and the rebates to which the taxpayer is entitled.

[38] In my view, this calls for an analysis of the meaning to be given to the concept of the “amount to be remitted or paid” upon which the interest and the penalty must be calculated pursuant to these two provisions. This is the only issue to be resolved in this case. For these purposes, it is also useful to reproduce the text of these two provisions here:

#### Interests

**280 (1)** Subject to this section and section 281, if a person fails to remit or pay an amount to the Receiver General when required under this Part, the person shall pay interest at the prescribed rate on the amount, computed for the period beginning on the first day following the day on or before which the amount was required to be remitted or paid and ending on the day the amount is remitted or paid.

...

#### Failure to file a return

**280.1** Every person who fails to file a return for a reporting period as and when required under this Part is liable to pay a penalty equal to the sum of

(a) an amount equal to 1% of the total of all amounts each of which is an amount that is required to be remitted or paid for the reporting period and was not remitted or paid, as the case may be, on or before the day on or before which the return was required to be filed, and

(b) the amount obtained when one quarter of the amount determined under paragraph (a) is multiplied by the number of complete months, not exceeding 12, from the day on or before which the return was required to be filed to the day on which the return is filed.

[39] It is settled law that the modern approach to statutory interpretation now applies to taxation statutes no less

l’article 280.1 de la Loi, en cas de retard à produire une déclaration de TPS dans les délais prescrits, doivent être calculés uniquement en fonction de la TPS payable ou bien en fonction du montant net dû par le contribuable, en l’occurrence, le montant représentant la différence entre la TPS due et les remboursements auxquels le contribuable a droit par ailleurs.

[38] Cela requiert à mon avis une analyse du sens à donner au concept de « montant à verser ou à payer » à partir duquel les intérêts et la pénalité doivent, suivant ces deux dispositions, être calculés. Il s’agit là de la seule question à résoudre en l’espèce. À cette fin, il est également utile de reproduire, ici, le texte de ces deux dispositions :

#### Intérêts

**280 (1)** Sous réserve du présent article et de l’article 281, la personne qui ne verse pas ou ne paie pas un montant au receveur général dans le délai prévu par la présente partie est tenue de payer des intérêts sur ce montant, calculés au taux réglementaire pour la période commençant le lendemain de l’expiration du délai et se terminant le jour du versement ou du paiement.

[...]

#### Non-production d’une déclaration

**280.1** Quiconque omet de produire une déclaration pour une période de déclaration selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie est passible d’une pénalité égale à la somme des montants suivants :

a) le montant correspondant à 1 % du total des montants représentant chacun un montant qui est à verser ou à payer pour la période de déclaration, mais qui ne l’a pas été au plus tard à la date limite où la déclaration devait être produite;

b) le produit du quart du montant déterminé selon l’alinéa a) par le nombre de mois entiers, jusqu’à concurrence de douze, compris dans la période commençant à la date limite où la déclaration devait être produite et se terminant le jour où elle est effectivement produite.

[39] Il est bien établi que la méthode moderne d’interprétation des lois s’applique maintenant tout autant aux

than it does to other statutes (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*), 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715 (*Placer Dome*), at paragraph 21; see also *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 (*Trustco*), at paragraphs 10–11; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328 (*Cheema*), at paragraph 73. The words of a statute must therefore be read ““in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”” (*Placer Dome*, at paragraph 21, citing *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at page 578, (1984), 10 D.L.R. (4th) 1.

[40] Although the words of a taxation statute can play a “dominant role” in the interpretative process when they are “precise and unequivocal”, the words will play a lesser role and greater recourse to the context and purpose of the Act may be necessary when the words of a statute give rise to more than one reasonable interpretation (*Placer Dome*, at paragraphs 21–22). The analysis of the context and the purpose of the Act is also useful in all circumstances as it can reveal or resolve latent ambiguities in a provision that may appear to be unambiguous at first glance (*Placer Dome*, at paragraph 22).

[41] The interpretive approach will thus depend on the level of precision and clarity with which a taxing provision in question is drafted. If it is unambiguous, it will generally suffice to apply the provision, since the purpose of the provision cannot be used to create an unstated exception to what is clearly prescribed (*Placer Dome*, at paragraph 23; *Cheema*, at paragraph 74). Conversely, if the provision is ambiguous, then “greater emphasis must be placed on the context, scheme and purpose of the Act” (*Placer Dome*, at paragraph 23).

[42] In this case, the appellant has not persuaded me that we are dealing with a case where it is clear and unequivocal that subsection 280(1) and section 280.1 of the Act do not allow the interest and the GST late-filing penalty to be calculated only on the amount of GST owed to the Minister, without taking into consideration any rebates payable to the taxpayer. It therefore becomes

lois fiscales qu’aux autres lois (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*), 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715 (*Placer Dome*), au paragraphe 21; voir aussi *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (*Trustco*), aux paragraphes 10–11; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328 (*Cheema*), au paragraphe 73. Il nous faut donc lire les termes de la Loi « “ dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la [L]oi, l’objet de la [L]oi et l’intention du législateur ” » (*Placer Dome*, au paragraphe 21, citant *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la page 578).

[40] Bien que le texte d’une loi fiscale puisse jouer un « rôle primordial » dans le processus d’interprétation, lorsqu’il est « précis et non équivoque », ce rôle s’ameuise au profit du contexte et de l’objet de la loi lorsque le texte en cause peut recevoir plus d’une interprétation raisonnable (*Placer Dome*, aux paragraphes 21–22). L’analyse du contexte et de l’objet de la loi demeure par ailleurs utile en toute circonstance puisqu’elle peut permettre de révéler ou de dissiper une ambiguïté latente dans un texte qui peut sembler non ambigu à première vue (*Placer Dome*, au paragraphe 22).

[41] Le processus d’interprétation sera donc fonction du degré de précision et de clarté de la disposition fiscale en cause. Si elle ne présente aucune ambiguïté, il suffira généralement de l’appliquer, l’objet de la disposition ne pouvant servir à créer une exception tacite à ce qui est par ailleurs clairement prescrit (*Placer Dome*, au paragraphe 23; *Cheema*, au paragraphe 74). À l’inverse, c’est-à-dire si la disposition présente une ambiguïté, il faut alors « accorder plus d’importance au contexte, à l’économie et à l’objet de la loi en question » (*Placer Dome*, au paragraphe 23).

[42] En l’espèce, l’appelante ne m’a pas convaincu que nous sommes en présence d’un cas où il est clair et non équivoque que le paragraphe 280(1) et l’article 280.1 de la Loi ne permettent la comptabilisation des intérêts et de la pénalité pour retard à produire la déclaration de TPS que sur le montant de TPS dû à la ministre, sans égard aux remboursements par ailleurs



necessary to examine these two provisions in view of the context, i.e., the scheme and the purpose of the Act.

[43] The appellant's position essentially consists of two arguments:

- a. The first is that, unlike ITCs, "rebates", as defined in the Act, cannot be used to calculate the "net tax" that the respondent was required to report under subsection 238(2) of the Act. Rather, they are governed by a different set of rules under which they do not become payable until the taxpayer claims them and therefore do not affect the amount of net tax due until that time.
- b. The second argument is that subsection 228(6) of the Act is no exception to this rule. It only has an impact on the net tax payable when rebates are claimed. In this sense, this provision has no retroactive effect on the amount of the net tax itself. Therefore, it cannot have any effect on the calculation of interest and the GST late-filing penalty, which are applicable on the total amount of net tax due until the time when the rebate becomes payable and when it can thus be offset.

[44] These arguments run into a number of obstacles. On the one hand, subsection 280(1) of the Act applies to a person who, for a given reporting period, "fails to remit or pay an amount to the Receiver General when required [in part IX]" (emphasis added). In addition, pursuant to section 280.1, the penalty payable for late remittance or payment is also based on each amount to be remitted or paid for the reporting period in question.. The word "amount" is defined as follows in the Act: "money, property or a service, expressed in terms of the amount of money or the value in terms of money of the property or service" (see subsection 123(1)). Evidently, Parliament opted for a flexible and general definition.

payables au contribuable. Un examen de ces deux dispositions, en lien avec le contexte, l'économie et l'objet de la Loi, devient donc nécessaire.

[43] La position de l'appelante tient essentiellement à deux propositions :

- a. La première veut que les « remboursements », tels que définis à la Loi, n'entrent pas, contrairement aux CTI, dans le calcul de la « taxe nette » que l'intimée était tenue de déclarer suivant le paragraphe 238(2) de la Loi; ils sont plutôt assujettis à un régime particulier qui fait en sorte qu'ils ne deviennent payables qu'au moment où le contribuable en fait la demande et qu'ils n'affectent donc pas, jusqu'à ce moment, le montant de la taxe nette due.
- b. La seconde est à l'effet que le paragraphe 228(6) de la Loi ne fait pas exception à cette règle; il n'a d'impact sur la taxe nette payable que lorsque les remboursements sont réclamés; en ce sens, cette disposition n'a aucune portée rétroactive sur le montant de la taxe nette elle-même et ne peut donc avoir aucun effet sur le calcul des intérêts et de la pénalité pour production tardive d'une déclaration de TPS, lesquels sont applicables sur le montant total de la taxe nette due jusqu'au moment où le remboursement devient payable et où la compensation peut dès lors s'opérer.

[44] Ces propositions se heurtent à un certain nombre d'obstacles. D'une part, le paragraphe 280(1) de la Loi s'adresse à la personne qui, pour une période de déclaration donnée, « ne verse pas ou ne paie pas un montant au receveur général dans le délai prévu [à la partie IX] » (je souligne). Pour sa part, la pénalité payable pour ce retard est aussi fonction, suivant l'article 280.1, de chaque montant qui est à verser ou à payer pour la période de déclaration en cause. Le mot « montant » est défini comme suit dans la Loi « [a]rgent, ou bien ou service exprimé sous forme d'un montant d'argent ou d'une valeur en argent » (voir le paragraphe 123(1)). À l'évidence, le législateur a opté pour une définition souple et générale.

[45] The language of these two provisions therefore does not contain an explicit reference to “net tax”, which has a specific meaning in the Act. However, subsection 280(1.1) does. It refers to the amount payable “on account of the net tax”. This shows that Parliament had two distinct concepts in mind when it drafted these provisions. Indeed, as dictated by the presumption of uniformity of expression, when Parliament uses two different expressions in the same Act in relation to the same subject, it must be assumed that it did not intend to say the same thing (see Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham, Ontario: LexisNexis, 2014, at page 218, citing *Jabel Image Concepts Inc. v. Canada* (2000), 257 N.R. 193, [2000] F.C.J. No. 894 (QL) (C.A.), at paragraph 12). This must be so when, as here, Parliament uses two different expressions in connection with the same subject in the same section of an Act.

[46] The language of subsection 280(1) and section 280.1 of the Act does not provide us with more information on the gross or net nature of the unremitted or unpaid “amount” on which interest and a penalty may be assessed. In the light of subsections 228(6), 256.2(3), 257(1) and 296(2.1) of the Act, which deal either with the right to rebates or the right to set-off against the tax payable, or the right to deduct them in order to reduce the amount of net tax due when the taxpayer fails to claim them, the language of subsection 280(1) and section 280.1 does not provide a “precise and unequivocal” answer regarding the exact nature of the “amount” at issue. This requires us to examine the interaction between these different provisions of the Act, in the light of the context, purpose and general scheme of the Act.

[47] First of all, it is important to bear in mind the objective underlying the rebate to which the respondent is entitled under subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act. According to the explanatory note concerning section 257 of the Act, produced by the parties in the joint book of authorities, this section “provides a rebate to a non-registrant who makes or is deemed to make a taxable supply or real property by way of sale”. The rebate is “based on the tax the non-registrant paid on the purchase of the property and that was not recovered by the

[45] Le texte de ces deux dispositions ne contient donc pas de référence explicite à la « taxe nette », qui, dans la Loi, réfère à un sens précis. Ce n’est toutefois pas le cas du paragraphe 280(1.1), qui, lui, réfère au montant payable « au titre de [la] taxe nette ». Cela signale que le législateur avait en tête deux concepts distincts lorsqu’il a rédigé ces dispositions. En effet, tel que le dicte la présomption d’uniformité d’expression, lorsque le législateur utilise deux expressions différentes dans une même loi en lien avec un même sujet, il faut présumer qu’il n’a pas voulu dire la même chose (voir Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., Markham, Ontario : LexisNexis, 2014, à la page 218, citant *Jabel Image Concepts Inc. c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 894 (QL) (C.A.), au paragraphe 12. Il ne peut en être autrement lorsque, comme ici, il utilise, dans le même article de loi, deux expressions différentes en lien avec ce même sujet.

[46] Le texte du paragraphe 280(1) et de l’article 280.1 de la Loi ne nous renseigne pas davantage sur le caractère brut ou net du « montant » non versé ou non payé sur lequel des intérêts et une pénalité peuvent être imputés. À la lumière des paragraphes 228(6), 256.2(3), 257(1) et 296(2.1) de la Loi, qui traitent soit du droit à des remboursements, soit du droit d’en opérer compensation contre la taxe payable, soit du droit à leur déductibilité en réduction du montant de la taxe nette due lorsque le contribuable omet de les réclamer, le texte du paragraphe 280(1) et de l’article 280.1 n’offre pas de réponse « précis[e] et non équivoque » quant à la nature exacte du « montant » dont il y est question. Cela nous oblige à nous interroger sur l’interaction entre ces différentes dispositions de la Loi, à la lumière du contexte, de l’objet et de l’économie générale de celle-ci.

[47] Il importe de rappeler, d’entrée de jeu, l’objectif qui sous-tend les remboursements auxquels l’intimée a droit suivant les paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi. Selon la note explicative concernant l’article 257 de la Loi, produite par les parties dans le cahier conjoint d’autorités, cette disposition « prévoit un remboursement à l’intention d’un non-inscrit qui effectue ou qui est réputé effectuer la fourniture taxable d’un immeuble par vente ». Ce remboursement est « calculé d’après la taxe que le non-inscrit a payée à l’achat de l’immeuble

non-registrant by way of an input tax credit or rebate through an [ITC] or a rebate.” It aims to “avoid double taxation”.

[48] Although explanatory notes issued in connection with taxation statutes are not binding on the Court, they are entitled to some weight and may constitute an important factor in the interpretation of statutes (*Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260, [2003] 1 F.C. 447, at paragraph 50, citing *Canada v. Ast Estate*, [1997] 3 F.C. 86, [1997] F.C.J. 267 (QL) (C.A.), at paragraph 27); see also *ExxonMobil Canada Ltd. v. Canada*, 2010 FCA 1, 397 N.R. 204, at paragraph 51). Here, in my view, when subsections 256.2(3), 257(1) and 191(3) of the Act are read together, they make this objective clear. Again, the respondent had already paid the GST when it paid the invoice submitted by the contractor it hired to rebuild its residential complex. Having the respondent also pay GST on the sale of the reconstructed property, which it is deemed to have sold to itself, would undoubtedly constitute double taxation.

[49] I therefore agree with the trial judge: the rebates to which the respondent was entitled were designed to prevent an unregistered “builder”—who was deemed to have made, and received a taxable supply by way of sale of a complex to be used to produce GST-exempt services intended, as in this case, for vulnerable clients—from being put at a fiscal disadvantage compared to a registered “builder” whose main commercial activity is the construction of buildings. A registered “builder” is entitled to recover the GST that it paid in similar circumstances because the recipient of the taxable supply so produced is ultimately responsible for paying the GST.

[50] By and large, Parliament wanted to remedy a situation that would otherwise be unfair to unregistered “builders” because they would have to bear a heavier tax burden without any real justification: they would have to pay a tax that cannot be carried over to the ultimate purchaser of the service provided because the ultimate purchaser receives a non-taxable service from this deemed “builder” (see *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, at page 722, (1994), 115 D.L.R. (4th) 449).

et qu’il n’a pas recouvrée par le biais d’un [CTI] ou d’un remboursement ». Il vise ainsi à « prévenir la double taxation ».

[48] Bien que les notes explicatives émises en lien avec les lois fiscales ne lient pas la Cour, elles peuvent néanmoins avoir un certain poids et même constituer un facteur important à considérer dans leur interprétation (*Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, [2003] 1 C.F. 447, au paragraphe 50, citant *Canada c. Succession Ast*, [1997] 3 C.F. 86, [1997] A.C.F. n° 267 (QL) (C.A.), au paragraphe 27; voir aussi *ExxonMobil Canada Ltd. c. Canada*, 2010 CAF 1, au paragraphe 51). Ici, les paragraphes 256.2(3), 257(1) et 191(3) de la Loi, lus ensemble, font, selon moi, apparaître clairement cet objectif. Je rappelle que l’intimée a déjà acquitté la TPS à même les coûts de reconstruction que lui a facturés l’entrepreneur qu’elle a mandaté pour reconstruire son centre d’hébergement. Lui faire assumer également la TPS associée à la vente de l’immeuble reconstruit, qu’elle est réputée s’être faite à elle-même, constituerait sans aucun doute de la double taxation.

[49] Je suis donc d’accord avec le juge de première instance pour dire que les remboursements auxquels avait droit l’intimée visaient à prévenir que le « constructeur » non-inscrit, réputé avoir effectué, et reçu par vente, la fourniture taxable d’un immeuble devant servir à produire des services exonérés de TPS destinés, comme ici, à des clientèles vulnérables, soit désavantagé, sur le plan fiscal, par rapport au « constructeur » inscrit, dont la principale activité commerciale est la construction d’immeubles, lequel peut récupérer la TPS qu’il a payée en semblables circonstances puisque c’est ultimement l’acquéreur de la fourniture taxable ainsi produite qui sera responsable d’acquitter la TPS.

[50] Le Parlement a voulu, somme toute, pallier à une situation qui serait autrement inéquitable pour les « constructeurs » non-inscrits parce qu’elle leur imposerait, sans véritable justification, un fardeau fiscal plus lourd, soit celui d’assumer une taxe qui ne peut être reportée sur l’ultime acquéreur du service offert parce que cet acquéreur reçoit de ce « constructeur » réputé, un service non-taxable (voir *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, à la page 722). Il s’agit

In my view, this is an important contextual element for the purposes of interpreting subsection 280(1) and section 280.1 of the Act.

[51] In addition, an examination of subsections 256.2(3) and 257(1) shows that the right to rebates provided under these subsections is acquired when the eligibility requirements specified therein are met. When these requirements have been met, the Minister must provide the rebates. In other words, she has no other choice. She is then bound to do so.

[52] For its part, subsection 228(6) of the Act specifies that the amount of net tax owed by the taxpayer can be offset by the rebates payable to him by the Minister. This is, as it were, the counterpart of subsection 225(1) of the Act with respect to ITCs, with this difference that ITCs can be deducted from the amount of GST owing for the purposes of calculating the “net tax”. For its part, the set-off provided for in subsection 228(6) is deemed to occur at anytime a taxpayer files his GST return, provided that a concomitant rebate claim is submitted to the Minister, which may be filed in the particular return, in “another return” or in “an application, filed under this Part”.

[53] The appellant insists that under subsection 262(1) of the Act, a rebate must be made in prescribed form containing prescribed information and must be filed with the Minister in prescribed manner. She argues that as long as this application has not been made, prepayment cannot produce any effect on the amount of net tax that the taxpayer will have to pay nor on the calculation of the interest and GST late-filing penalty to which he could be liable. The appellant therefore blames the trial judge for having associated the rebates with the calculation of the net tax, which, in her view, the trial judge was not allowed to do according to the language of subsections 262(1) and 228(6) of the Act.

[54] In my view, this is where subsection 296(2.1) of the Act comes into play. The Supreme Court of Canada considered this provision in *United Parcel Service*

là, à mon sens, d’un élément de contexte important aux fins de l’interprétation du paragraphe 280(1) et de l’article 280.1 de la Loi.

[51] Par ailleurs, un examen des paragraphes 256.2(3) et 257(1) démontre que le droit aux remboursements qui y sont prévus est acquis lorsque les conditions d’ouverture qui y sont spécifiées sont rencontrées. Lorsque c’est le cas, la ministre doit procéder au remboursement. En d’autres termes, elle n’a pas le choix de ne pas le faire. Son pouvoir est alors lié.

[52] Le paragraphe 228(6) de la Loi, pour sa part, permet d’opérer compensation entre le montant de la taxe nette due par le contribuable et les remboursements qui lui sont payables par la ministre. Cela se veut, en quelque sorte, le pendant du paragraphe 225(1) de la Loi en ce qui a trait aux CTI, à la différence près que les CTI peuvent être déduits du montant de TPS dû aux fins du calcul de la « taxe nette ». La compensation prévue au paragraphe 228(6) est réputée, pour sa part, s’opérer dès le moment, quel qu’il soit, où le contribuable produit sa déclaration de TPS, en autant qu’une demande concomitante de remboursement est faite à la ministre, laquelle peut être produite à même ladite déclaration, dans une « autre déclaration » ou dans « une demande produite conformément à la présente partie ».

[53] L’appelante insiste sur le fait que suivant le paragraphe 262(1) de la Loi, un remboursement doit être précédé d’une demande présentée en la forme et suivant les modalités déterminées par la ministre. Tant que cette demande n’a pas été faite, plaide-t-elle, le remboursement anticipé ne peut produire aucun effet, que ce soit sur le montant de taxe nette que le contribuable devra acquitter ou sur le calcul des intérêts et de la pénalité dont il pourrait être redevable en raison de la production tardive de sa déclaration de TPS. L’appelante reproche donc à la juge de première instance d’avoir associé les remboursements au calcul de la taxe nette, ce que, selon elle, le texte des paragraphes 262(1) et 228(6) de la Loi ne lui permettait pas de faire.

[54] C’est ici, à mon avis, qu’intervient le paragraphe 296(2.1) de la Loi. Cette disposition a été considérée par la Cour suprême du Canada dans l’affaire

*Canada Ltd. v. Canada*, 2009 SCC 20, [2009] 1 S.C.R. 657 (UPS). Although this case concerned a different type of rebate from those at issue in the case at bar, namely a rebate for overpaid GST, as provided for in subsection 261(1) of the Act, it is instructive as to the meaning and scope of subsection 296(2.1) of the Act, which deals with the treatment of rebates not claimed when the Minister of National Revenue makes an assessment, regardless of the type of rebate involved.

[55] Pursuant to subsection 296(1) of the Act, the Minister may assess, reassess or make an additional assessment in order to determine, in particular, the “net tax” and, where applicable, interest and penalties payable by a person. As for subsections 296(2) and 296(2.1), they deal with the treatment of credits, including ITCs (subsection 296(2)), and rebates (subsection 296(2.1)) not claimed by a taxpayer when the assessment is made. For all intents and purposes, credits and rebates receive the same treatment.

[56] In *UPS*, the taxpayer, United Parcel Service Canada Ltd. (UPS), had paid an amount on account of GST on imported goods that it did not have to pay. The overpayment resulted from mistakes made by UPS and its customers. In addition, UPS had not filed any rebate applications, as required under subsection 261(3) of the Act, nor had it filed, as it could have, rebate applications pursuant to provisions of the Act and the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, mentioned in paragraph 261(2)(c) of the Act. Instead, it had opted to file its monthly GST returns, in which it deducted the overpayment amounts from its own GST liability.

[57] The Minister of National Revenue (the Minister) disallowed the amount of \$2,937,123 that UPS had deducted for the period in question. The Minister only allowed UPS an adjustment of \$36,265. In addition, the Minister assessed interest of \$456,606.20 and a penalty of \$632,229.77.

*United Parcel Service du Canada Ltée c. Canada*, 2009 CSC 20, [2009] 1 R.C.S. 657 (UPS). Bien que cette affaire concernait un autre type de remboursement que ceux dont il est question en l’espèce, soit un remboursement pour de la TPS payée en trop, tel que le prévoit le paragraphe 261(1) de la Loi, elle nous renseigne sur le sens et la portée du paragraphe 296(2.1) de la Loi, lequel porte sur le traitement des remboursements non demandés lorsque le ministre du Revenu national établit une cotisation, quel que soit le type de remboursement en cause.

[55] Le paragraphe 296(1) de la Loi confère à la ministre le pouvoir d’établir une cotisation, une nouvelle cotisation ou encore une cotisation supplémentaire en vue de déterminer, notamment, la « taxe nette » de même que, lorsqu’applicables, les intérêts et pénalités payables par une personne. Les paragraphes 296(2) et 296(2.1), pour leur part, concernent le traitement, dans l’établissement de la cotisation, des crédits, y compris des CTI (paragraphe 296(2)), et des remboursements (paragraphe 296(2.1)) non demandés par un contribuable. Le traitement de l’un et l’autre est à toutes fins utiles identique.

[56] Dans l’arrêt *UPS*, le contribuable, United Parcel Service du Canada Ltée (United Parcel), avait payé, à l’égard de marchandises importées, un montant au titre de la TPS qu’il n’avait pas à payer. Ce trop-payé résultait d’erreurs commises par lui et ses clients. United Parcel n’avait par ailleurs produit aucune demande de remboursement, comme l’y obligeait le paragraphe 261(3) de la Loi, pas plus qu’il n’avait présenté, comme il aurait pu le faire, de demandes de remboursement aux termes des dispositions de la Loi et de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, identifiées à l’alinéa 261(2)c) de la Loi. Il avait plutôt opté de déduire, dans ses déclarations mensuelles de TPS, les montants payés en trop du montant de TPS dont il était lui-même redevable.

[57] Le ministre du Revenu national (le ministre) a refusé ces déductions, lesquelles s’élevaient, pour la période en cause, à 2 937 123 \$, n’accordant à United Parcel qu’un redressement de 36 265 \$ en plus de lui réclamer des intérêts au montant de 456 606,20 \$ et de lui infliger une pénalité de 632 229,77 \$.

[58] Although the Minister agreed that the \$2,900,858 balance constituted an overpayment within the meaning of subsection 261(1) of the Act and that this amount would not have been payable if errors had not been made, the Minister nevertheless maintained that UPS was not entitled to a rebate for this overpayment, in particular, because UPS had not followed the prescribed procedure to obtain the said rebate.

[59] The Supreme Court rejected that argument. In doing so, it cited subsection 296(2.1) of the Act. In its view, this provision required the Minister to apply the amount of a rebate “against the net tax” otherwise payable, when he determines that, in the assessment procedure, “a rebate would have been payable had it been claimed in an application, that it was not so claimed and that the period for claiming the rebate has expired” (*UPS*, at paragraph 29). The Supreme Court added the following comment as to the meaning and scope of this provision [at paragraph 30]:

As I read s. 296(2.1), even if no application for a rebate was made within the applicable limitation period, the rebate shall be applied by the Minister against the net tax owed by the taxpayer in the reassessment process if the Minister determines that a rebate would have been payable had it been claimed. The section refers to “allowable rebate”. Allowable rebate must mean a rebate that would have been allowable had the applicable procedure been followed. In other words, where these procedures have not been followed, it is not fatal to the rebate claim.

[60] Noting that the Minister had agreed that the \$2,900,858 balance constituted an overpayment and that UPS had not collected the overpayment from its customers, the Court held that if the appropriate procedures had been followed, the rebate would have been allowed. As a result, the Minister was obliged to apply the rebate to the net tax assessed against UPS pursuant to subsections 261(1) and 296(2.1) of the Act (*UPS*, at paragraph 33).

[58] Même s’il reconnaissait que la somme résiduaire de 2 900 858 \$ constituait un trop-payé au sens du paragraphe 261(1) de la Loi et que cette somme n’aurait pas été payable si des erreurs n’avaient pas été commises, le ministre soutenait néanmoins que United Parcel n’avait pas droit au remboursement de ce trop-payé parce que, notamment, il n’avait pas suivi la procédure requise pour obtenir ledit remboursement.

[59] La Cour suprême a écarté cet argument. Ce faisant, elle a invoqué le paragraphe 296(2.1) de la Loi, une disposition, selon elle, obligeant le ministre à appliquer le montant d’un remboursement « en réduction de la taxe nette » par ailleurs payable, lorsqu’il constate, lors de l’établissement d’une cotisation, « qu’un remboursement aurait été payable s’il avait fait l’objet d’une demande, qu’il n’a pas fait l’objet d’une telle demande et que le délai pour réclamer un remboursement est expiré » (*UPS*, au paragraphe 29). Elle a ajouté ceci, quant au sens et à la portée de cette disposition [au paragraphe 30] :

Selon mon interprétation du par. 296(2.1), même si aucune demande de remboursement n’a été produite avant l’expiration du délai applicable, si le ministre constate qu’un remboursement aurait dû être accordé s’il avait été réclaté, il doit, lors de l’établissement de la nouvelle cotisation, appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette due par le contribuable. Le paragraphe fait référence à un « montant de remboursement déductible ». Ce terme doit s’entendre d’un montant de remboursement qui aurait été accordé si la procédure applicable avait été suivie. Autrement dit, le non-respect de cette procédure n’est pas fatal pour la demande de remboursement.

[60] Prenant acte du fait que le ministre avait reconnu que le montant résiduaire de 2 900 858 \$ constituait un trop-payé et que ce trop-payé n’avait pas été perçu des clients de United Parcel, la Cour en a conclu que si les procédures appropriées avaient été suivies afin d’obtenir le remboursement de ce trop-payé, celui-ci aurait été accordé, faisant en sorte que le ministre était tenu d’appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette imposée à UPS, conformément aux paragraphes 261(1) et 296(2.1) de la Loi (*UPS*, au paragraphe 33).



[61] As I have already noted, the language of subsection 296(2.1) does not exclude any type of rebate from its application. The rebates provided for in subsections 261(1), 256.2(3) and 257(1) are grouped together in the same Division—Division VI, entitled “Rebates” (“*Remboursements*” in the French version)—of Part IX of the Act. Other than the eligibility requirements, there is no policy reason to distinguish them for the purposes of implementing subsection 296(2.1).

[62] Thus, it must be understood that the respondent would have been in a better position if it had simply failed to claim the rebates to which it was entitled. From the moment where, in assessing the respondent, the Minister would have determined that the respondent was entitled to the said rebates, it is not by simply offsetting the amount of net tax payable when the Minister made the determination that this benefit would have been obtained, but by actually reducing the amount of the said tax.

[63] In such a very real scenario, the net tax owed by the respondent would have been a negative amount, because the amount of rebates payable to the respondent were greater than the amount of the said tax. It is this negative amount of net tax that, pursuant to subsection 296(1) of the Act, the Minister would then have been required to assess. As a result, it was no longer open to the Minister to assess interest and a GST late-filing penalty.

[64] However, the appellant considers that subsection 296(2.1) does not apply in this case because the respondent filed rebate applications. She notes that Justice D’Auray admitted this. Insofar as this means that subsection 296(2.1) is of no assistance to the interpretive exercise that must be undertaken in this case, which is certainly not the conclusion that Justice D’Auray reached, this argument cannot be accepted. Justice D’Auray turned to subsection 296(2.1) to comment on how absurd it was that the respondent would have been better off if it had skirted its duty to file a rebate application and that it was equally absurd to report the GST that it was deemed to owe because, pursuant to the Act, it

[61] Comme je l’ai déjà souligné, le texte du paragraphe 296(2.1) n’exclut aucun type de remboursement de son application. Les remboursements prévus aux paragraphes 261(1), 256.2(3) et 257(1) sont regroupés sous la même section — la section VI, intitulée « Remboursements » (« *Rebates* » dans la version anglaise) — de la partie IX de la Loi. Outre les conditions d’ouverture qui leur sont propres, il n’y a aucune raison de principe de les distinguer pour les fins de la mise en œuvre du paragraphe 296(2.1).

[62] Ainsi, il faut comprendre que l’intimée aurait été en meilleure position si elle avait simplement fait défaut de demander les remboursements auxquels elle a droit. À partir du moment où, en la cotisant, la ministre aurait constaté qu’elle avait droit auxdits remboursements, ce n’est pas par la simple compensation du montant de taxe nette payable au moment du constat opéré par la ministre que cet avantage se serait matérialisé mais bien par la réduction même du montant de ladite taxe.

[63] Dans un tel scénario, bien réel, la taxe nette due par l’intimée se serait soldée par un montant négatif, le montant des remboursements payables à l’intimée étant supérieur à celui de ladite taxe. C’est ce montant négatif de taxe nette que la ministre, aux termes du paragraphe 296(1) de la Loi, aurait alors été tenue de cotiser, faisant en sorte qu’il n’y avait dès lors plus ouverture à l’imposition d’intérêts et de pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS.

[64] L’appelante estime toutefois que le paragraphe 296(2.1) ne s’applique pas en l’espèce puisque l’intimée a produit des demandes de remboursement. Elle précise que la juge D’Auray l’a d’ailleurs reconnu. Dans la mesure où cela signifie que le paragraphe 296(2.1) n’est d’aucune utilité à l’exercice d’interprétation qu’il faut faire en l’espèce, ce qui n’est certes pas la conclusion à laquelle en est arrivée la juge D’Auray, cet argument ne peut être retenu. La juge D’Auray s’en est remise au paragraphe 296(2.1) pour dénoncer l’incongruité résultant du fait qu’il aurait été préférable que l’intimée se soustraie à son obligation de soumettre une demande de remboursement et même à celle de déclarer la TPS qu’elle

was deemed to have acquired the reconstructed complex on its own.

[65] As Justice D'Auray noted, it is well settled that a literal interpretation which may produce illogical or absurd results must be set aside (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 27). The interpretation advanced by the appellant that the interest and the GST late-filing penalty that may be assessed must, in all circumstances, be calculated on the amount of net tax, without taking into consideration rebates payable, is, as we have seen, likely to produce absurd results.

[66] This is the conclusion reached by Justice D'Auray, and I cannot say that she erred in coming to this conclusion. To paraphrase Justice Miller in *Humber College*, it would be absurd, to say the least, if provisions intended to assist a taxpayer were to cause greater harm to a well-intentioned taxpayer than to a less well-intentioned taxpayer (*Humber College*, at paragraph 1). This cannot be the result Parliament sought in adopting subsection 280(1) and section 280.1 of the Act.

[67] More importantly, this interpretation fails to reflect the context in which subsection 280(1) and section 280.1 of the Act operate. Here, it is clear that the respondent is entitled to the rebates allowed in subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act and that the amount of these rebates exceeds the amount of tax that it owes. It is also clear that, as Justice D'Auray pointed out, these rebates and this tax are inextricably linked because they have to do with the same taxable supply and reporting period. Furthermore, the Minister agrees that if the respondent had filed its GST return with its rebate applications, on December 31, 2014, and had therefore followed the applicable procedure, the respondent would not have had to pay or remit any amount of tax, and no interest or penalty could have been assessed.

était réputée devoir parce que, par opération de la Loi, elle était réputée avoir acquis d'elle-même l'immeuble reconstruit.

[65] Il est bien établi, comme l'a rappelé la juge D'Auray, qu'une interprétation littérale susceptible de produire des résultats illogiques ou absurdes doit être écartée (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27). L'interprétation proposée par l'appelante voulant que les intérêts et la pénalité pouvant être imposés en cas de retard à produire une déclaration de TPS, doivent être calculés, en toutes circonstances, en fonction du montant de la taxe nette, sans égards aux remboursements par ailleurs payables, est susceptible de produire, comme on l'a vu, de tels résultats.

[66] C'est la conclusion à laquelle est parvenue la juge D'Auray et je ne saurais dire qu'elle a erré en concluant de la sorte. Pour paraphraser le juge Miller dans la décision *Humber College*, il serait pour le moins incongru que des dispositions censées aider un contribuable causent plus de tort à un contribuable bien intentionné qu'à celui qui l'est moins (*Humber College*, au paragraphe 1). Cela ne peut être le résultat que recherchait le Parlement en adoptant le paragraphe 280(1) et l'article 280.1 de la Loi.

[67] Mais plus important encore, cette interprétation ne rend pas compte du contexte dans lequel s'inscrivent le paragraphe 280(1) et l'article 280.1 de la Loi. Ici, il est acquis que l'intimée a droit aux remboursements prévus aux paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi et que le montant de ces remboursements excède celui de la taxe qu'elle doit par ailleurs. Il est acquis également que ces remboursements et cette taxe, comme l'a souligné la juge D'Auray, sont inextricablement liés puisqu'ils concernent une même fourniture taxable et une même période de déclaration. Au surplus, la ministre reconnaît que si l'intimée avait produit sa déclaration de TPS, accompagnée de ses demandes de remboursements, au 31 décembre 2014, et donc, si elle avait suivi la procédure applicable, aucun montant de taxe n'aurait eu à être payé ou versé et aucun intérêt ou pénalité n'aurait pu être imposé.

[68] Insofar as Parliament’s obvious intention in enacting subsections 256.2(3) and 257(1) of the Act, in particular, was to ensure that an unregistered taxpayer was not put at a disadvantage compared to a registered taxpayer, who, unlike a unregistered taxpayer, can deduct ITCs in calculating the amount of net tax payable, and also insofar as the Act allows an unregistered taxpayer who fails to file a rebate application when required in order to receive the same benefit, i.e., having “the rebate ... applied by the Minister against the net tax owed by the taxpayer” (*UPS*, at paragraph 30), subsection 280(1) and section 280.1 cannot have the meaning and scope that the applicant gives them.

[69] Indeed, I do not believe that Parliament, in enacting subsection 280(1) and section 280.1 of the Act, intended that the “amount” of interest and GST late-filing penalty to be paid or remitted, could, in circumstances such as those in this case, be calculated without taking into account the rebates payable to the taxpayer. In other words, in circumstances such as ours, this “amount” can only be the amount of tax actually owed by the taxpayer. Parliament would have had to express itself differently than it did in order for the Court to accept the appellant’s argument that it is clear and unequivocal that this “amount” cannot represent only the net tax, without taking into account the rebates due and payable to the taxpayer.

[70] As the Supreme Court of Canada pointed out in *Trustco*, “in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole” even if “[t]he relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary” (*Trustco*, at paragraph 10). The position defended by the appellant in this case, which consists of a decontextualized reading of subsection 280(1) and section 280.1 and is likely to produce results that Parliament may not have wanted, runs directly counter to this general principle. This position does not withstand scrutiny.

[68] Ainsi, dans la mesure où l’intention évidente du législateur, en adoptant les paragraphes 256.2(3) et 257(1) de la Loi, notamment, était de s’assurer qu’un contribuable non-inscrit ne soit pas désavantagé face au contribuable inscrit, lequel, contrairement au premier, peut déduire des CTI dans l’établissement du montant de la taxe nette dont il est redevable, et dans la mesure également où la Loi permet au contribuable non-inscrit qui fait défaut de produire une demande de remboursement dans les délais prescrits de profiter d’un même avantage, soit celui de voir « appliquer le montant du remboursement en réduction de la taxe nette due par [lui] » (*UPS*, au paragraphe 30), le paragraphe 280(1) et l’article 280.1 ne peuvent avoir le sens et la portée que l’appelante leur prête.

[69] En effet, je ne crois pas que le Parlement, en adoptant le paragraphe 280(1) et l’article 280.1 de la Loi, avait en tête que l’établissement du « montant » à payer ou à verser aux fins du calcul des intérêts et de la pénalité imposables pour production tardive de la déclaration de TPS, puisse, dans des circonstances comme celles qui prévalent en l’espèce, se faire sans égards aux remboursements par ailleurs payables au contribuable. En d’autres termes, ce « montant » ne peut représenter, dans des circonstances comme les nôtres, que le montant de taxe réellement dû par le contribuable. Il aurait fallu que le législateur s’exprime autrement qu’il ne l’a fait pour pouvoir se rendre à l’argument de l’appelante à l’effet qu’il est clair et non-équivoque que ce « montant » ne peut représenter que la taxe nette, sans prise en compte des remboursements par ailleurs dus et payables au contribuable.

[70] Comme l’a souligné la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Trustco*, les tribunaux « doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux » et ce même si « [l]’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier » (*Trustco*, au paragraphe 10). La position défendue par l’appelante en l’espèce, laquelle propose une lecture décontextualisée du paragraphe 280(1) et de l’article 280.1 et susceptible, par surcroît, de donner des résultats que le Parlement ne peut avoir souhaités, heurte de front ce principe général. Il n’y a pas lieu d’y faire droit.

[71] Therefore, I am of the view that the interest and GST late-filing penalty could only be calculated on the amount that the respondent actually owed the Minister for the reporting period in question. Because this amount was negative, I agree with Justice D'Auray that the Minister was not justified in imposing the interest and penalty that the Minister seeks to recover from the respondent.

[72] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

BOIVIN J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

[71] Je suis donc d'avis que les intérêts et la pénalité pour production tardive de la déclaration de TPS ne pouvaient être calculés que sur un montant reflétant ce que l'intimée devait réellement à la ministre pour la période de déclaration en cause. Comme ce montant était négatif, je suis d'accord avec la juge D'Auray pour dire que la ministre n'était pas justifiée d'imposer à l'intimée les intérêts et la pénalité qu'elle lui réclame.

[72] Pour tous ces motifs, je propose de rejeter l'appel, avec dépens en faveur de l'intimée.

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

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

IMM-3003-20  
2021 FC 376

IMM-3003-20  
2021 CF 376

**Alma Vasquez Angara** (*Applicant*)

**Alma Vasquez Angara** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Gascon J.—Held by videoconference between Montréal and Ottawa, April 7; Ottawa, April 30, 2021.

Cour fédérale, juge Gascon—Par vidéoconférence entre Montréal et Ottawa, 7 avril; Ottawa, 30 avril 2021.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision confirming prior decision of immigration officer who refused applicant's application to sponsor her adult son for permanent residence on basis son not member of family class as described in Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 117(1)(h) — Applicant asserting that, in issuing decision, IAD contravened fundamental principles of natural justice, violated her right to procedural fairness since she did not receive appeal record mandated by Immigration Appeal Division Rules (IAD Rules), r. 4, thus preventing her from knowing case she had to meet — Applicant seeking to have decision set aside, appeal reconsidered by another decision maker — In response, respondent arguing that decision reasonable in all respects; that no breach of procedural fairness occurring — Applicant, Filipino, permanent resident of Canada — Her 90-year-old mother still alive, residing in Philippines — Applicant undertaking to sponsor application of her adult son, Filipino, for permanent residence under Regulations, s. 117(1)(h) — Procedural fairness letter sent to applicant's son informing him that his sponsor, applicant, still having parent who could be sponsored to Canada (i.e., applicant's mother); as such, son not qualifying as member of family class under Regulations, s. 117(1)(h) — Officer informing applicant that her son's permanent resident application had been refused because not meeting requirements of Regulations — Applicant filing notice of appeal of Officer's refusal of her sponsored application to IAD — IAD requesting that applicant provide written information or arguments in support of her position that her son was person described in Regulations, s. 117(1)(h) — Neither applicant nor her counsel responding to IAD — No appeal record provided to IAD as part of its appeal process — Issues herein whether IAD breached its duty of procedural fairness by rendering decision, dismissing applicant's appeal in context*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, confirmant une décision antérieure dans laquelle un agent de l'immigration avait refusé la demande présentée par la demanderesse en vue de parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, au motif que ce dernier n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial définie à l'art. 117(1)(h) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — La demanderesse a affirmé qu'en rendant sa décision, la SAI a contrevenu aux principes fondamentaux de justice naturelle et a violé son droit à l'équité procédurale, car on ne lui a pas transmis le dossier d'appel qui devait lui être fourni aux termes de la règle 4 des Règles de la section d'appel de l'immigration (Règles de la SAI), l'empêchant ainsi de connaître la preuve qu'elle devait réfuter — La demanderesse a demandé que la décision soit annulée et que son appel soit réexaminé par un tribunal différemment constitué — En réponse, le défendeur a soutenu que la décision était raisonnable à tous égards et qu'aucun manquement à l'équité procédurale n'avait été commis — La demanderesse, née aux Philippines, est une résidente permanente du Canada — Sa mère âgée de 90 ans vit toujours et habite aux Philippines — La demanderesse a entrepris, en vertu de l'art. 117(1)(h) du Règlement, les démarches pour parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, un ressortissant des Philippines — Une lettre relative à l'équité procédurale a été envoyée au fils de la demanderesse pour l'informer que sa répondante, la demanderesse, avait encore un membre de sa famille qu'elle pouvait parrainer au Canada — en l'occurrence, sa mère — et que, par conséquent, son fils ne répondait pas à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial au sens de l'art. 117(1)(h) du Règlement — L'agent a informé la demanderesse que la demande de*

*where applicant not provided with appeal record pursuant to IAD Rules, r. 4, where IAD not having appeal record before it — In circumstances of this case, process followed by IAD was unfair; prevented applicant from having full, fair opportunity to know case she had to meet, to respond to it — Applicant's case resting solely on right to be heard, opportunity to respond to evidence that must be rebutted, which represents one component of duty to act fairly — In circumstances of present case, level of procedural fairness owed to applicant by IAD falling at higher end of spectrum — Also, conjunction of three elements (IAD Rules, r. 4, decision itself, Officer's notes and IAD letter) led to conclusion that, in issuing decision, IAD breaching its duty of procedural fairness towards applicant — IAD Rules, r. 4 important procedural protection of right to be heard; in circumstances of this case, failure to ensure that appeal record provided to applicant; that IAD had such record before dismissing appeal was breach of procedural fairness — Applicant also never receiving Officer's decision in entirety — Did not know sufficiently case she had to meet, not receiving all relevant documents; not given fair opportunity to respond to decision maker's concerns — Applicant's failure to notify IAD she needed appeal record before responding to IAD's request for information, arguments not removing her legal right to appeal record, entrenched in IAD Rules; not considered waiver of her right to fair process — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada confirming a prior decision of an immigration officer (Officer) who had refused the applicant's application to sponsor her adult son for permanent residence on the basis that he was not a member of the family

*résidence permanente de son fils avait été refusée parce qu'il ne satisfaisait pas aux exigences du Règlement — La demanderesse a produit un avis d'appel à la SAI à l'encontre du refus de sa demande de parrainage prononcé par l'agent — La SAI a écrit à la demanderesse pour lui demander de fournir par écrit des renseignements ou des arguments à l'appui de sa position voulant que son fils soit une personne visée à l'art. 117(1)h du Règlement — Ni la demanderesse ni son avocat n'ont répondu à la lettre de la SAI — Aucun dossier d'appel n'a été transmis à la SAI dans le cadre de son processus d'appel — Il s'agissait de savoir si la SAI a manqué à son obligation d'équité procédurale lorsqu'elle a rendu la décision et rejeté l'appel de la demanderesse, compte tenu du fait que le dossier d'appel n'a pas été transmis à la demanderesse conformément à la règle 4 des Règles de la SAI et que la SAI ne disposait pas de ce dossier d'appel — Eu égard aux circonstances de l'espèce, la procédure suivie par la SAI n'était pas équitable et elle n'a pas permis à la demanderesse d'avoir pleinement l'occasion de prendre connaissance de la preuve qu'elle devait réfuter et d'y répondre — La preuve de la demanderesse reposait exclusivement sur le droit d'être entendu et la possibilité de répondre aux éléments de preuve à réfuter, ce qui représente un volet de l'obligation d'agir équitablement — Eu égard aux circonstances de l'espèce, le degré d'équité procédurale auquel avait droit la demanderesse de la part de la SAI se situait à l'extrémité supérieure de l'échelle — En outre, la combinaison de trois éléments (la règle 4 des Règles de la SAI, la décision et les notes de l'agent, et la lettre de la SAI) a mené à la conclusion que la SAI a manqué à son devoir d'équité procédurale envers la demanderesse en rendant sa décision — La règle 4 des Règles de la SAI est une importante protection procédurale relative au droit de se faire entendre et, eu égard aux circonstances de l'espèce, le défaut de s'assurer de fournir le dossier d'appel à la demanderesse et de le transmettre à la SAI avant qu'elle ne rejette l'appel constituait un manquement à l'équité procédurale — La demanderesse n'a jamais reçu non plus l'intégralité de la décision de l'agent — Elle n'a pas suffisamment été mise au courant de la preuve qu'elle devait réfuter, elle n'a pas reçu tous les documents pertinents et elle n'a pas bénéficié d'une possibilité raisonnable de répondre aux préoccupations du décideur administratif — Le défaut de la demanderesse de dire à la SAI qu'elle avait besoin du dossier d'appel avant de répondre à la demande qu'elle lui a faite de fournir des renseignements et des arguments n'emportait pas déchéance du droit prévu par la loi de prendre connaissance du dossier d'appel — un droit consacré par les Règles de la SAI — et ne pouvait être interprété comme une renonciation de sa part à son droit à l'équité procédurale — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, confirmant une décision antérieure dans laquelle un agent de l'immigration (l'agent) avait refusé la demande présentée par la demanderesse en vue de parrainer la demande



class as described in paragraph 117(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The applicant asserted that, in issuing the decision, the IAD contravened the fundamental principles of natural justice and violated her right to procedural fairness since she did not receive the appeal record mandated by rule 4 of the *Immigration Appeal Division Rules* (IAD Rules), thus preventing her from knowing the case she had to meet. She sought to have the decision set aside and her appeal reconsidered by another decision maker. In response, the respondent argued that the decision was reasonable in all respects and that no breach of procedural fairness occurred.

The applicant was born in the Philippines and became a permanent resident of Canada in 2017. Her 90-year-old mother is still alive and resides in the Philippines. The applicant undertook to sponsor the application of her adult son, a national of the Philippines, for permanent residence under paragraph 117(1)(h) of the Regulations. A procedural fairness letter was sent to the applicant's son informing him that it appeared from the information on file that his sponsor, the applicant, still had a parent who may be sponsored to Canada (i.e., the applicant's mother) and that, as such, he did not qualify as a member of the family class under paragraph 117(1)(h) of the Regulations. The applicant responded to the procedural fairness letter and stated that, while her mother was still alive and could theoretically be sponsored to Canada, she would be refused on medical grounds. The applicant provided a medical certificate indicating that her mother was unfit to travel and required a constant caregiver. She further explained that she was also basing her request to sponsor her adult son on humanitarian and compassionate considerations, as she is alone in Canada, with no family in the country. The Officer informed the applicant that her son's permanent resident application had been refused because he did not meet the requirements of the Regulations. In his correspondence, the Officer attached the refusal letter sent to her son, which explained the reasons for refusal. No other documents were sent to the applicant or her son with the refusal letter. Afterwards, the applicant filed a notice of appeal of the Officer's refusal of her sponsored application to the IAD. The IAD sent a letter to the applicant requesting her to provide written information or arguments in support of her position that her son was a person described in paragraph 117(1)(h) of the Regulations. Neither the applicant nor her counsel responded to the IAD letter. As well, no appeal record was provided to the IAD as part of its appeal process. The IAD then issued its decision dismissing the applicant's sponsorship appeal. In the decision, the IAD stated that after review, it found that the applicant had failed to meet her onus of establishing that her son qualified as a member of the family class under paragraph 117(1)(h) of the Regulations.

de résidence permanente de son fils adulte, au motif que ce dernier n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial définie à l'alinéa 117(1)(h) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La demanderesse a affirmé qu'en rendant sa décision, la SAI a contrevenu aux principes fondamentaux de justice naturelle et a violé son droit à l'équité procédurale, car on ne lui a pas transmis le dossier d'appel qui devait lui être fourni aux termes de la règle 4 des *Règles de la section d'appel de l'immigration* (Règles de la SAI), l'empêchant ainsi de connaître la preuve qu'elle devait réfuter. Elle a demandé que la décision soit annulée et que son appel soit réexaminé par un tribunal différemment constitué. En réponse, le défendeur a soutenu que la décision était raisonnable à tous égards et qu'aucun manquement à l'équité procédurale n'avait été commis.

La demanderesse est née aux Philippines et a obtenu son statut de résidente permanente du Canada en 2017. Sa mère âgée de 90 ans vit toujours et habite aux Philippines. La demanderesse a entrepris, en vertu de l'alinéa 117(1)(h) du Règlement, les démarches pour parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, un ressortissant des Philippines. Une lettre relative à l'équité procédurale a été envoyée au fils de la demanderesse pour l'informer qu'il semblait, selon les renseignements contenus au dossier, que sa répondante, la demanderesse, ait encore un membre de sa famille qu'elle pouvait parrainer au Canada — en l'occurrence, sa mère — et que, par conséquent, son fils ne répondait pas à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial au sens de l'alinéa 117(1)(h) du Règlement. La demanderesse a répondu à la lettre relative à l'équité procédurale en affirmant que, même si sa mère était toujours vivante et pouvait théoriquement être parrainée pour venir au Canada, elle serait refusée pour des motifs d'ordre médical. La demanderesse a produit un certificat médical indiquant que sa mère était inapte à voyager et qu'elle nécessitait la présence constante de quelqu'un pour lui prodiguer des soins. Elle a expliqué également qu'elle fondait aussi sa demande de parrainage de son fils adulte sur des motifs d'ordre humanitaire, étant donné qu'elle est seule au Canada et n'a pas de famille ici. L'agent a informé la demanderesse que la demande de résidence permanente de son fils avait été refusée parce qu'il ne satisfaisait pas aux exigences du Règlement. Il a joint à cette lettre la lettre de refus qu'il avait envoyée à son fils et dans laquelle il expliquait les motifs de son refus. Aucun autre document n'a été envoyé à la demanderesse ou à son fils avec la lettre de refus. Par la suite, la demanderesse a produit un avis d'appel à la SAI à l'encontre du refus de sa demande de parrainage prononcé par l'agent. La SAI a écrit à la demanderesse pour lui demander de fournir par écrit des renseignements ou des arguments à l'appui de sa position voulant que son fils soit une personne visée à l'alinéa 117(1)(h) du Règlement. Ni la demanderesse ni son avocat n'ont répondu à la lettre de la SAI. En outre, aucun dossier d'appel n'a été transmis à la SAI dans le cadre de son processus d'appel. La

The issues were whether the IAD breached its duty of procedural fairness by rendering the decision and dismissing the applicant's appeal in a context where the applicant had not been provided with the appeal record pursuant to rule 4 of the IAD Rules, and the IAD did not have the appeal record before it.

*Held*, the application should be allowed.

In the circumstances of this case, the process followed by the IAD was unfair and prevented the applicant from having a full and fair opportunity to know the case she had to meet and to respond to it.

The duty to act fairly has two components: (1) the right to be heard and the opportunity to respond to the evidence that must be rebutted; and (2) the right to a fair and impartial hearing before an independent tribunal. The applicant's case solely related to the first component. In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court of Canada set out five non-exhaustive factors to be considered in determining the duty of procedural fairness owed in a particular situation (first factor refers to the nature of the decision; second factor relates to the role of the decision within the statutory scheme, the statutory language itself and the institutional and social context; third factor is the importance of the decision to the individuals affected; fourth factor is the legitimate expectations of the person challenging the administrative decision; fifth factor refers to the decision maker's process and the choice of procedures made in a given case). Applying the *Baker* factors to the decision, in the circumstances of this case, the level of procedural fairness owed to the applicant by the IAD fell at the higher end of the spectrum. In this case, the conjunction of three elements led to the conclusion that, in issuing the decision, the IAD breached its duty of procedural fairness towards the applicant. The three elements were rule 4 of the IAD Rules, the decision itself and the officer's notes and the IAD letter. Rule 4 of the IAD Rules dictates in clear terms that the respondent must prepare an appeal record and provide it to both the appellant and the IAD. This was not done in this case. In a context where the IAD owed a high level of procedural fairness to the applicant, the IAD breached its duty to act fairly in proceeding as it did and in dismissing the applicant's appeal before she had received the appeal record. Pursuant to subrule 4(1) of the IAD Rules, the appeal record to be prepared by the respondent must contain "any document

SAI a rendu la décision par laquelle elle a rejeté l'appel interjeté par la demanderesse de sa demande de parrainage. Dans la décision, la SAI a indiqué qu'après avoir effectué un examen, elle avait conclu que la demanderesse ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombait d'établir que son fils appartenait à la catégorie du regroupement familial conformément à l'alinéa 117(1)h) du Règlement.

Il s'agissait de savoir si la SAI a manqué à son obligation d'équité procédurale lorsqu'elle a rendu la décision et rejeté l'appel de la demanderesse, compte tenu du fait que le dossier d'appel n'a pas été transmis à la demanderesse conformément à la règle 4 des Règles de la SAI et que la SAI ne disposait pas de ce dossier d'appel.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Eu égard aux circonstances de l'espèce, la procédure suivie par la SAI n'était pas équitable et elle n'a pas permis à la demanderesse d'avoir pleinement l'occasion de prendre connaissance de la preuve qu'elle devait réfuter et d'y répondre.

L'obligation d'agir équitablement comporte deux volets : 1) le droit d'être entendu et la possibilité de répondre aux éléments de preuve à réfuter; et 2) le droit à une audience impartiale devant un tribunal indépendant. Le cas de la demanderesse ne concernait que le premier volet. Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a énoncé cinq facteurs contextuels non exhaustifs qu'il faut examiner pour déterminer l'obligation d'agir équitablement dans une situation en particulier (le premier facteur se rapporte à la nature de la décision; le deuxième facteur se rapporte au rôle de la décision dans le cadre statutaire qui la régit, au libellé de la loi elle-même et au contexte institutionnel et social; le troisième facteur concerne l'importance de la décision pour les personnes visées; le quatrième facteur est celui des attentes légitimes de la personne qui conteste la décision administrative; le cinquième facteur concerne le processus suivi par le décideur et le choix de procédure dans une affaire donnée). Application faite des facteurs de l'arrêt *Baker* à la décision et eu égard aux circonstances de l'espèce, le degré d'équité procédurale auquel avait droit la demanderesse de la part de la SAI se situait à l'extrémité supérieure de l'échelle. Dans la présente affaire, la combinaison de trois éléments a mené à la conclusion que la SAI a manqué à son devoir d'équité procédurale envers la demanderesse en rendant sa décision. Les trois éléments étaient la règle 4 des Règles de la SAI, la décision et les notes de l'agent, et la lettre de la SAI. La règle 4 des Règles de la SAI dispose en termes clairs que le défendeur doit préparer un dossier d'appel et le fournir tant à l'appelant qu'à la SAI, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce. Dans un contexte dans lequel elle était tenue de faire preuve d'un degré élevé d'équité procédurale envers la demanderesse, la SAI a manqué à son obligation d'agir équitablement

that the Minister has that is relevant to the applications, to the reasons for the refusal or to any issue in the appeal” as well as “the written reasons for the refusal.” The principles of natural justice dictate that an appellant must have knowledge of the case to be met before a decision is rendered by the decision maker. Here, without the appeal record, the applicant could not have had a full and fair opportunity to know the case against her since she was not informed of all the written reasons for the Officer’s refusal of her sponsorship application. Rule 4 of the IAD Rules is an important procedural protection of the right to be heard and, in the circumstances of this case, the failure to ensure that the appeal record was provided to the applicant and that the IAD had it before dismissing the appeal was a breach of procedural fairness.

In the circumstances of this case, the failure to act fairly was compounded by the fact that the applicant had never received the entirety of the Officer’s decision, which she appealed to the IAD. The Officer had sent the refusal letter to the applicant and to her son. However, nothing else was provided to the applicant at the time. In particular, the Global Case Management System (GCMS) notes supporting the Officer’s conclusion were not provided to the applicant. In the case of the applicant, the Officer’s GCMS notes provided more detailed information on the reasoning behind the Officer’s refusal of the sponsorship application and on his treatment of the applicant’s claims regarding her mother’s medical condition and inability to travel. Here, when the applicant filed her appeal before the IAD, she was unaware of all the reasons why her response to the Officer’s procedural fairness letter was insufficient and inadequate to alleviate the Officer’s concerns. These notes would have been included in the appeal record required to be prepared by the respondent under the IAD Rules. Since these notes were not provided to the applicant with the refusal letter, the only way for the applicant to be made aware of them and to know fully the case she had to meet would have been through the appeal record. In light of the higher level of procedural fairness due to the applicant, in the present circumstances, the applicant did not sufficiently know the case she had to meet, had not received all relevant documents and was not given a fair opportunity to respond to the decision maker’s concerns. The applicant had a right to have the opportunity to make arguments on the reasons invoked by the Officer and to address, in her appeal, the reasons explaining why her mother could not travel and be sponsored. The failure to provide the appeal record (or to have included the GCMS notes with the Officer’s refusal letter) meant that the applicant was deprived of her right to a fair process.

en agissant comme elle l’a fait et en rejetant l’appel de la demanderesse avant que cette dernière n’ait reçu le dossier d’appel. Aux termes du paragraphe 4(1) des Règles de la SAI, le dossier d’appel que prépare le défendeur doit comporter « tout document en la possession du ministre qui a trait aux demandes, aux motifs du refus ou à toute question en litige », ainsi que « les motifs écrits du refus ». Les principes de justice naturelle exigent qu’un appellant soit mis au courant des preuves qu’il doit fournir avant que le décideur administratif ne rende sa décision. En l’espèce, sans le dossier d’appel, la demanderesse ne pouvait pas avoir pleinement l’occasion d’être au courant de la preuve à réfuter, étant donné qu’elle n’a pas été informée de tous les motifs écrits justifiant le refus de sa demande de parrainage par l’agent. La règle 4 des Règles de la SAI est une importante protection procédurale relative au droit de se faire entendre et, eu égard aux circonstances de l’espèce, le défaut de s’assurer de fournir le dossier d’appel à la demanderesse et de le transmettre à la SAI avant qu’elle ne rejette l’appel constituait un manquement à l’équité procédurale.

Eu égard aux circonstances de l’espèce, le défaut d’agir équitablement a été aggravé par le fait que la demanderesse n’a jamais reçu l’intégralité de la décision de l’agent qu’elle a portée en appel devant la SAI. L’agent a envoyé la lettre de refus à la demanderesse et à son fils. Aucun autre élément n’a toutefois été communiqué à la demanderesse à ce moment-là. En particulier, les notes versées au Système mondial de gestion des cas (SMGC) à l’appui de la décision de l’agent n’ont pas été communiquées à la demanderesse. S’agissant de la demanderesse, les notes inscrites au SMGC par l’agent renfermaient des renseignements plus détaillés qui permettaient de comprendre le raisonnement que l’agent a suivi pour refuser la demande de parrainage, ainsi que les conclusions qu’il a tirées en réponse aux allégations formulées par la demanderesse au sujet de l’état de santé de sa mère et de son incapacité à voyager. En l’espèce, lorsqu’elle a interjeté appel à la SAI, la demanderesse n’était pas au courant de toutes les raisons pour lesquelles sa réponse à la lettre relative à l’équité procédurale de l’agent avait été jugée insuffisante pour répondre aux préoccupations de l’agent. Ces notes auraient été versées au dossier d’appel que les Règles de la SAI obligeaient le défendeur à préparer. Comme ces notes n’accompagnaient pas la lettre de refus que l’agent a adressée à la demanderesse, seul le dossier d’appel aurait permis à la demanderesse d’être informée de toutes les raisons du refus, en plus de lui donner accès aux notes de l’agent. Compte tenu du degré plus élevé d’équité procédurale auquel la demanderesse avait droit, eu égard aux faits de l’espèce, la demanderesse n’a pas suffisamment été mise au courant de la preuve qu’elle devait réfuter, elle n’a pas reçu tous les documents pertinents et elle n’a pas bénéficié d’une possibilité raisonnable de répondre aux préoccupations du décideur administratif. Elle avait le droit d’obtenir la possibilité de formuler des arguments au sujet des motifs fournis par l’agent et d’expliquer, dans son appel, les raisons pour lesquelles elle estimait que sa mère ne pouvait

The applicant was right in stating that she was not required to demonstrate that her failure to answer the IAD letter was reasonable in the circumstances. While it might have been preferable for the applicant to be more proactive and to tell the IAD that she needed or wanted to have the appeal record before responding to the IAD letter, the applicant's failure to do so did not remove her legal right to the appeal record, entrenched in the IAD Rules, or could not be construed as a waiver of her right to a fair process. Having access to the appeal record and to the full reasons for the Officer's refusal decision is a process different from the IAD's request for information and arguments made through the IAD letter. The two processes must not be conflated. Nothing in the IAD Rules empowers the IAD to proceed and dismiss a sponsorship appeal on the merits without the appeal record, and the absence of a response to the IAD letter does not change that. Finally, this was not a situation where the IAD determined that, pursuant to subsection 168(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the proceeding before it had been "abandoned" further to a failure to provide information required by the decision maker. If the IAD intended to sanction the applicant for her failure to respond to the IAD letter and provide the information and arguments, the proper decision would have been to consider the appeal abandoned under subsection 168(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. However, this is not what the IAD did and decided.

In conclusion, there was a breach of the principles of procedural fairness in the decision-making process followed by the IAD. The matter was thus returned to the IAD to have the applicant's sponsorship appeal redetermined by a differently constituted panel in accordance with these reasons.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, r. 22.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 420(1).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 162(2), 168(1), 174, 175.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 116, 117.  
*Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230, rr. 3, 4.

pas voyager et être parrainée. Le défaut de fournir le dossier d'appel — ou d'inclure les notes versées au SMGC dans la lettre de refus de l'agent — a fait en sorte que la demanderesse s'est vu nier son droit à l'équité procédurale.

La demanderesse a affirmé à bon droit qu'elle n'était pas tenue de démontrer que son défaut de répondre à la lettre de la SAI était raisonnable dans les circonstances. Il aurait peut-être été préférable que la demanderesse fasse preuve de plus d'initiative et qu'elle dise à la SAI qu'elle avait besoin du dossier d'appel ou souhaitait en prendre connaissance avant de répondre à la lettre de la SAI, mais le défaut de la demanderesse de prendre ces mesures n'emportait pas déchéance du droit prévu par la loi de prendre connaissance du dossier d'appel — un droit consacré par les Règles de la SAI — ou ne pouvait être interprétée comme une renonciation de sa part à son droit à l'équité procédurale. L'accès au dossier d'appel et à l'intégralité des motifs du refus de l'agent est une mesure différente de la demande de renseignements et d'arguments formulée par la SAI dans sa lettre. Il ne faut pas confondre les deux mesures. Rien dans les Règles de la SAI n'habilite la SAI à juger sur le fond un appel en matière de parrainage et de le rejeter sans dossier d'appel, et l'absence d'une réponse à la lettre de la SAI n'y change rien. Enfin, il ne s'agissait pas d'une situation dans laquelle la SAI a, en vertu du paragraphe 168(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, prononcé le « désistement » dans l'affaire dont elle était saisie par suite du défaut de l'intéressé de fournir les renseignements demandés. Si la SAI avait l'intention de sanctionner la demanderesse en raison de son défaut de répondre à la lettre de la SAI et de fournir les renseignements et arguments demandés, la SAI aurait plutôt dû prononcer le désistement de l'appel en vertu du paragraphe 168(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Toutefois, ce n'est pas ce que la SAI a fait et décidé.

En conclusion, il y a eu manquement aux principes d'équité procédurale dans le processus décisionnel suivi par la SAI. L'affaire a donc été renvoyée à la SAI pour qu'un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision sur l'appel de la demanderesse en matière de parrainage, conformément aux présents motifs.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 162(2), 168(1), 174, 175.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 116, 117.  
*Règles de la section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230, règles 3, 4.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 420(1).  
*Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, règle 22.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193.

## CONSIDERED:

*Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360.

## REFERRED TO:

*Sendwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 314, 69 Imm. L.R. (4th) 335; *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; *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. v. Atlantic Towing Limited*, 2021 FCA 26; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196; *Lipskaia v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 267; *Canadian Airport Workers Union v. International Association of Machinists and Aerospace Workers*, 2019 FCA 263, 52 C.L.R.B.R. (3d) 1; *Perez v. Hull*, 2019 FCA 238; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 940; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Foster Farms LLC v. Canada (International Trade Diversification)*, 2020 FC 656; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176; *Song v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 72; *Taghiyeva v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1262; *Singh Dhaliwal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 201, 384 F.T.R. 261.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Bulletin: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 19 “Appeals before the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board (IRB)” 20 January 2020.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Sendwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 314; *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; *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Limited*, 2021 CAF 26; *Association canadienne des avocats en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196; *Lipskaia c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 267; *Canadian Airport Workers Union c. Association internationale des machinistes et des travailleurs et travailleuses de l’aérospatiale*, 2019 CAF 263; *Perez c. Hull*, 2019 CAF 238; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 940; *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Sletchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Foster Farms LLC c. Canada (Diversification du commerce International)*, 2020 FC 656; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38; *Song c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 72; *Taghiyeva c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1262; *Singh Dhaliwal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 201.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Bulletin opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 19 « Appels à la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (CISR) » 20 janvier 2020.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision rendue par la Section d’appel de l’immigration de la



decision (2020 CanLII 119831) confirming an Immigration Officer's prior decision refusing the applicant's application to sponsor her adult son for permanent residence on the basis that the adult son was not a member of the family class as described in paragraph 117(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Mark Gruszczynski* for applicant.  
*Suzanne Trudel* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Canada Immigration Team*, Westmount, Quebec,  
for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
respondent.

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

GASCON J.:

#### I. Overview

[1] The applicant, Ms. Alma Vasquez Angara, is a citizen of the Philippines and became a permanent resident of Canada in December 2017. She is seeking judicial review of a decision issued in July 2020 by the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada [2020 CanLII 119831] (Decision). The IAD then confirmed a prior decision of an immigration officer (Officer) who had refused Ms. Angara's application to sponsor her adult son for permanent residence, on the basis that he was not a member of the family class as described in paragraph 117(1)(h) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR).

Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (2020 CanLII 119831), qui a confirmé une décision antérieure dans laquelle un agent de l'immigration avait refusé la demande présentée par la demanderesse en vue de parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, au motif que ce dernier n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial définie à l'alinéa 117(1)h) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU :

*Mark Gruszczynski* pour la demanderesse.  
*Suzanne Trudel* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Canada Immigration Team*, Westmount, Québec,  
pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le  
défendeur.

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

LE JUGE GASCON :

#### I. Aperçu

[1] La demanderesse, M<sup>me</sup> Alma Vasquez Angara, est une citoyenne des Philippines qui est devenue résidente permanente du Canada en décembre 2017. Elle sollicite le contrôle judiciaire d'une décision rendue en juillet 2020 [2020 CanLII 119831] (la décision) par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. La SAI confirmait alors une décision antérieure dans laquelle un agent de l'immigration (l'agent) avait refusé la demande présentée par M<sup>me</sup> Angara en vue de parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, au motif que ce dernier n'appartenait pas à la catégorie du regroupement familial définie à l'alinéa 117(1)h) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR ou le Règlement).



[2] Ms. Angara asserts that, in issuing the Decision, the IAD contravened the fundamental principles of natural justice and violated her right to procedural fairness as she did not receive the appeal record mandated by rule 4 of the *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230 (IAD Rules), thus preventing her from knowing the case she had to meet. She is asking the Court to set aside the Decision and order that another decision maker reconsider her appeal. In response, the Minister of Citizenship and Immigration (Minister) argues that the Decision is reasonable in all respects and that no breach of procedural fairness occurred.

[3] The only issue to be determined is whether the IAD breached its duty of procedural fairness by rendering the Decision and dismissing Ms. Angara's appeal in a context where Ms. Angara had not been provided with the appeal record pursuant to rule 4 of the IAD Rules, and the IAD did not have the appeal record before it. For the following reasons, I will grant Ms. Angara's application for judicial review.

## II. Background

### A. *The factual context*

[4] Ms. Angara was born in the Philippines and became a permanent resident of Canada on December 22, 2017.

[5] Ms. Angara's 90-year-old mother is still alive and resides in the Philippines.

[6] In February 2019, Ms. Angara undertook to sponsor the application of her adult son, Mr. Aldwyn Vasquez Angara, a national of the Philippines, for permanent residence under paragraph 117(1)(h) of the IRPR.

[7] On October 3, 2019, a procedural fairness letter (Procedural Fairness Letter) was sent to Mr. Angara, informing him that it appeared from the information on file that his sponsor, Ms. Angara, still had a parent who may

[2] M<sup>me</sup> Angara affirme qu'en rendant sa décision, la SAI a contrevenu aux principes fondamentaux de justice naturelle et a violé son droit à l'équité procédurale, car on ne lui a pas transmis le dossier d'appel qui devait lui être fourni aux termes de la règle 4 des *Règles de la section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230 (Règles de la SAI), l'empêchant ainsi de connaître la preuve qu'elle devait réfuter. Elle demande à la Cour d'annuler la décision et d'ordonner à la SAI de faire réexaminer son appel par un tribunal différemment constitué. En réponse, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) soutient que la décision est raisonnable à tous égards et qu'aucun manquement à l'équité procédurale n'a été commis.

[3] La seule question en litige est celle de savoir si la SAI a manqué à son obligation d'équité procédurale lorsqu'elle a rendu la décision et rejeté l'appel de M<sup>me</sup> Angara, compte tenu du fait que le dossier d'appel n'a pas été transmis à M<sup>me</sup> Angara conformément à la règle 4 des Règles de la SAI et que la SAI ne disposait pas de ce dossier d'appel. Pour les motifs qui suivent, je vais accueillir la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Angara.

## II. Le contexte

### A. *Les faits*

[4] Née aux Philippines, M<sup>me</sup> Angara obtient son statut de résidente permanente du Canada le 22 décembre 2017.

[5] La mère de M<sup>me</sup> Angara, âgée de 90 ans, vit toujours et habite aux Philippines.

[6] En février 2019, M<sup>me</sup> Angara entreprend, en vertu de l'alinéa 117(1)h) du RIPR, les démarches pour parrainer la demande de résidence permanente de son fils adulte, Aldwyn Vasquez Angara, un ressortissant des Philippines.

[7] Le 3 octobre 2019, une lettre relative à l'équité procédurale est envoyée à M. Angara pour l'informer qu'il semble, selon les renseignements contenus au dossier, que sa répondante, M<sup>me</sup> Angara, ait encore un membre

be sponsored to Canada (i.e., her mother) and that, as such, he did not appear to qualify as a member of the family class under paragraph 117(1)(h) of the IRPR. The case law has interpreted paragraph 117(1)(h) as a provision of last resort that could only be relied upon where an applicant has no living enumerated relatives to sponsor (*Sendwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 314, 69 Imm. L.R. (4th) 335, at paragraphs 19–23).

[8] Ms. Angara responded to the Procedural Fairness Letter and stated that, while her mother is still alive and could theoretically be sponsored to Canada, she would be refused on medical grounds. Ms. Angara provided a medical certificate indicating that her mother is unfit to travel and requires a constant caregiver. Ms. Angara further explained that she was also basing her request to sponsor her adult son on humanitarian and compassionate considerations, as she is alone in Canada, with no family in the country.

[9] By letter dated January 8, 2020, the Officer informed Ms. Angara that her son’s permanent resident application had been refused because he did not meet the requirements of the IRPR. In his correspondence, the Officer attached the refusal letter sent to her son, also dated January 8, 2020, which further explained the reasons for refusal as follows (Refusal Letter):

On the basis of the information before me, I find that your sponsor’s mother is still alive and residing in the Philippines and can therefore be sponsored to come to Canada as a permanent resident. As such, I am not satisfied that you qualify as a member of the family class per section R117(1)(h) of the Regulations.

I have considered the request for humanitarian and compassionate consideration brought forward by your sponsor however I find that there are insufficient humanitarian and compassionate grounds to warrant relief from your ineligibility to meet the definition of a family member in the any of the abovementioned classes.

de sa famille qu’elle peut parrainer au Canada — en l’occurrence, sa mère — et que, par conséquent, son fils ne semble pas répondre à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial au sens de l’alinéa 117(1)(h) du RPR. La jurisprudence interprète l’alinéa 117(1)(h) comme une disposition de dernier recours qui ne peut être invoquée que lorsque le demandeur n’a plus aucun membre vivant de sa famille visé à l’alinéa 117(1)(h) à parrainer (*Sendwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 314, aux paragraphes 19–23).

[8] M<sup>me</sup> Angara répond à la lettre relative à l’équité procédurale en affirmant que, même si sa mère est toujours vivante et peut théoriquement être parrainée pour venir au Canada, elle serait refusée pour des motifs d’ordre médical. M<sup>me</sup> Angara produit un certificat médical indiquant que sa mère est inapte à voyager et qu’elle nécessite la présence constante de quelqu’un pour lui prodiguer des soins. M<sup>me</sup> Angara explique également qu’elle fonde sa demande de parrainage de son fils adulte sur des motifs d’ordre humanitaire, étant donné qu’elle est seule au Canada et n’a pas de famille ici.

[9] Par lettre datée du 8 janvier 2020, l’agent informe M<sup>me</sup> Angara que la demande de résidence permanente de son fils est refusée parce qu’il ne satisfait pas aux exigences du RPR. L’agent joint à cette lettre la lettre de refus, également datée du 8 janvier 2020, qu’il a envoyée à son fils et dans laquelle il explique comme suit les motifs de son refus (la lettre de refus) :

[TRADUCTION] À la lumière des renseignements dont je dispose, je constate que la mère de votre répondante est toujours vivante, qu’elle vit aux Philippines et qu’elle peut donc être parrainée pour venir au Canada en tant que résidente permanente. Par conséquent, j’estime que vous ne répondez pas à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial au sens de l’alinéa 117(1)(h) du Règlement.

J’ai tenu compte de la demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire présentée par votre répondante. J’estime toutefois qu’il n’y a pas suffisamment de motifs d’ordre humanitaire pour justifier la prise d’une mesure spéciale qui permettrait de faire abstraction du fait que vous ne répondez pas à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial dans l’une ou l’autre des catégories susmentionnées.

[10] No other documents were sent to Ms. Angara or her son with the Refusal Letter.

#### B. *Decision*

[11] On February 4, 2020, Ms. Angara filed a notice of appeal of the Officer's refusal of her sponsored application to the IAD.

[12] On February 18, 2020, the IAD sent a letter to Ms. Angara (IAD Letter), requesting her to provide written information or arguments, by March 10, 2020, in support of her position that her son was a person described in paragraph 117(1)(h) of the IRPR. The letter contained the following information:

#### **Why was the visa refused?**

The person you want to sponsor does not appear to be a member of the Family Class because you are a major child. Canada's Immigration and Refugee Protection Regulations (the "Regulations") outline who is part of the Family Class. It most commonly includes:

- the sponsor's partner,
- a dependent child of the sponsor,
- the mother or father of the sponsor, and
- the grandparents of the sponsor.

...

#### **Can you show that the person you applied to sponsor is a member of the Family Class?**

If you have documents or if you want to make written arguments that show that the person you applied to sponsor is a member of the family class listed in subsection 117(1) of the Regulations, please send them to us as this will assist in our assessment of your file.

...

[10] Aucun autre document n'est envoyé à M<sup>me</sup> Angara ou à son fils avec la lettre de refus.

#### B. *La décision*

[11] Le 4 février 2020, M<sup>me</sup> Angara produit un avis d'appel à la SAI à l'encontre du refus de sa demande de parrainage prononcé par l'agent.

[12] Le 18 février 2020, la SAI écrit à M<sup>me</sup> Angara (la lettre de la SAI) pour lui demander de fournir par écrit, au plus tard le 10 mars 2020, des renseignements ou des arguments à l'appui de sa position voulant que son fils soit une personne visée à l'alinéa 117(1)(h) du RIPR. La lettre de la SAI contient les informations suivantes :

[TRADUCTION]

#### **Pourquoi le visa a-t-il été refusé?**

L'enfant que vous voulez parrainer ne semble pas appartenir à la catégorie du regroupement familial parce qu'il s'agit d'une personne majeure. Le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* du Canada (le Règlement) définit les personnes qui appartiennent à la catégorie du regroupement familial. Il s'agit le plus souvent des personnes suivantes :

- le conjoint du répondant,
- les enfants à charge du répondant,
- la mère ou le père du répondant,
- les grands-parents du répondant.

[...]

#### **Pouvez-vous démontrer que la personne que vous souhaitez parrainer appartient à la catégorie du regroupement familial?**

Si vous avez des documents à produire ou si vous voulez soumettre des arguments par écrit pour démontrer que la personne que vous voulez parrainer appartient à la catégorie du regroupement familial en tant que personne visée au paragraphe 117(1) du Règlement, veuillez nous les faire parvenir. Ces renseignements nous seront utiles pour évaluer votre dossier.

[...]

**What happens if you do not respond to this letter?**

If we do not hear from you by the deadline, the IAD can dismiss your appeal or declare it “abandoned”. This would mean that your appeal is over and the original decision about your case stands. If this happens, you will receive a Notice of Decision from the IAD.

**What happens after we receive your documents?**

...

The IAD will use all of this information to decide whether or not to hold a hearing on your appeal. It will schedule a hearing if it needs more information. If this happens, you will receive a letter from the IAD called a Notice to Appear. This will tell you when and where the hearing will take place. However, in many cases there is enough information for the IAD to decide the appeal based on the information on file.

**What happens next?**

If the IAD decides that the person you applied to sponsor is a member of the Family Class, it can allow your appeal.

If the IAD decides that the person you applied to sponsor is not a member of the family class, your appeal can be dismissed. What this means is that the IAD can find that the refusal of the sponsorship was valid if you cannot show that the person you sponsored is a member of the Family Class. If the IAD makes this decision, it cannot allow your appeal on humanitarian and compassionate grounds and cannot allow your appeal to proceed.

[13] Neither Ms. Angara nor her counsel responded to the IAD Letter.

[14] It also appears from the certified tribunal record that no appeal record was provided to the IAD as part of its appeal process.

[15] On July 2, 2020, the IAD issued its Decision dismissing Ms. Angara’s sponsorship appeal. In the Decision, the IAD stated that “[a]fter review”, it found that Ms. Angara had failed to meet her “onus of establishing that [her son] qualifies as a member of the family class under section 117(1)h) of the [IRPR].”

**Qu’arrive-t-il si vous ne répondez pas à la présente lettre?**

À défaut de recevoir une réponse de votre part au plus tard à la date limite, la SAI peut rejeter votre appel ou prononcer le « désistement ». Cela signifie que la SAI a mis fin à votre appel et que la décision initiale est maintenue. Dans un tel cas, vous recevrez un avis de décision de la SAI.

**Qu’arrive-t-il si nous recevons vos documents?**

[...]

La SAI utilisera tous ces renseignements pour décider de tenir ou non une audience sur votre appel. Elle fixera une date d’audience si elle a besoin de plus de renseignements. En pareil cas, la SAI vous enverra une lettre intitulée « Avis de convocation ». Ce document vous indiquera le lieu et la date de l’audience. Toutefois, dans de nombreux cas, les renseignements au dossier suffisent pour permettre à la SAI de juger l’appel sur dossier.

**Et ensuite?**

Si la SAI conclut que la personne que vous souhaitez parrainer appartient à la catégorie du regroupement familial, elle peut faire droit à votre appel.

Si la SAI décide que la personne que vous souhaitez parrainer n’appartient pas à la catégorie du regroupement familial, elle peut rejeter votre appel. Autrement dit, la SAI peut conclure que le refus de votre demande de parrainage était valide si vous n’arrivez pas à démontrer que la personne que vous parrainez appartient à la catégorie du regroupement familial. Si la SAI rend cette décision, elle ne peut pas faire droit à votre appel sur la base de motifs d’ordre humanitaire que vous avez invoqués, ce qui mettra fin au processus d’appel.

[13] Ni M<sup>me</sup> Angara ni son avocat ne répondent à la lettre de la SAI.

[14] Il ressort également du dossier certifié du tribunal qu’aucun dossier d’appel n’a été transmis à la SAI dans le cadre de son processus d’appel.

[15] Le 2 juillet 2020, la SAI rend la décision par laquelle elle rejette l’appel interjeté par M<sup>me</sup> Angara de sa demande de parrainage. Dans la décision, la SAI indique qu’« [a]près avoir effectué un examen », elle conclut que M<sup>me</sup> Angara ne s’est pas acquittée « du fardeau qui lui incombait d’établir que [son fils] appartient à la

### C. *The relevant provisions*

[16] The relevant provisions are contained in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), the IRPR and the IAD Rules.

[17] Subsection 162(2) of the IRPA provides that each division of the Immigration and Refugee Board, including the IAD, “shall deal with all proceedings before it as informally and quickly as the circumstances and the considerations of fairness and natural justice permit.” Pursuant to subsection 168(1) of the IRPA, each division “may determine that a proceeding before it has been abandoned if the Division is of the opinion that the applicant is in default in the proceedings, including by failing to appear for a hearing, to provide information required by the Division or to communicate with the Division on being requested to do so.” Finally, sections 174 and 175 of the IRPA apply specifically to the IAD and notably establish that the IAD is a “court of record.”

[18] Turning to the IRPR, sections 116 and 117 contain the detailed requirements for the family class of persons who may become permanent residents of Canada.

[19] As to the IAD Rules, they describe the procedural rules governing proceedings before the IAD. Rules 3 and 4 apply to appeals by a sponsor. The requirements regarding the production of an appeal record before the IAD, which are at the heart of Ms. Angara’s application for judicial review, are detailed in rule 4 of the IAD Rules. It reads as follows:

#### Appeal record

**4 (1)** The Minister must prepare an appeal record that contains

- (a) a table of contents;
- (b) the application for a permanent resident visa that was refused;

catégorie du regroupement familial conformément à l’alinéa 117(1)h) du *Règlement* ».

### C. *Les dispositions applicables*

[16] Les dispositions applicables se trouvent dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), le RIPR et les Règles de la SAI.

[17] Le paragraphe 162(2) de la LIPR énonce que chacune des sections de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, y compris la SAI, « fonctionne, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et avec célérité ». En vertu du paragraphe 168(1) de la LIPR, chacune des sections « peut prononcer le désistement dans l’affaire dont elle est saisie si elle estime que l’intéressé omet de poursuivre l’affaire, notamment par défaut de comparution, de fournir les renseignements qu’elle peut requérir ou de donner suite à ses demandes de communication ». Enfin, les articles 174 et 175 de la LIPR s’appliquent expressément à la SAI et indiquent notamment que la SAI est une « cour d’archives ».

[18] Pour ce qui est du RIPR, ses articles 116 et 117 énoncent les exigences détaillées auxquelles doivent satisfaire les personnes appartenant à la catégorie du regroupement familial pour pouvoir devenir résidents permanents du Canada.

[19] Quant aux Règles de la SAI, elles prévoient les règles de procédure qui s’appliquent aux audiences de la SAI. Les règles 3 et 4 s’appliquent aux appels interjetés par un répondant. Les exigences concernant la production d’un dossier d’appel devant la SAI, qui sont au cœur de la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Angara, sont énoncées en détail à la règle 4 des Règles de la SAI, qui se lit comme suit :

#### Dossier d’appel

**4 (1)** Le ministre prépare un dossier d’appel comportant :

- a) une table des matières;
- b) la demande de visa qui a été refusée;

(c) the application for sponsorship and the sponsor's undertaking;

(d) any document that the Minister has that is relevant to the applications, to the reasons for the refusal or to any issue in the appeal; and

(e) the written reasons for the refusal.

#### Providing the appeal record

(2) The Minister must provide the appeal record to the appellant and the Division.

#### Proof that record was provided

(3) The Minister must provide to the Division, together with the appeal record, a written statement of how and when the appeal record was provided to the appellant.

#### Time limit

(4) Documents provided under this rule must be received by their recipients no later than 120 days after the Minister received the notice of appeal.

#### Late appeal record

(5) If the Division does not receive the appeal record within the time limit set out in subrule (4), the Division may

(a) ask the Minister to explain, orally or in writing, why the appeal record was not provided on time and to give reasons why the appeal record should be accepted late; or

(b) schedule and start the hearing without the appeal record or with only part of the appeal record.

[20] Rule 4 of the IAD Rules thus expressly provides, in clear and strict terms, that the Minister must prepare an appeal record and provide it to the appellant and the IAD within 120 days of receiving the notice of appeal. As the Minister pointed out in his submissions, pursuant to paragraph 4(5)(b) of the IAD Rules, the IAD may schedule and start the hearing of an appeal without the appeal record or with only part of the appeal record, if the IAD does not receive the appeal record from the Minister within the prescribed time limit. I observe, however, that the IAD Rules only allow the IAD to “start

c) la demande de parrainage et l'engagement du répondant;

d) tout document en la possession du ministre qui a trait aux demandes, aux motifs du refus ou à toute question en litige;

e) les motifs écrits du refus.

#### Transmission du dossier d'appel

(2) Le ministre transmet le dossier d'appel à l'appelant et à la Section.

#### Preuve de transmission

(3) En même temps qu'il transmet le dossier d'appel à la Section, le ministre lui transmet une déclaration écrite indiquant à quel moment et de quelle façon il a transmis le dossier d'appel à l'appelant.

#### Délai

(4) Les documents transmis selon la présente règle doivent être reçus par leurs destinataires au plus tard cent vingt jours suivant la date à laquelle le ministre reçoit l'avis d'appel.

#### Retard de transmission

(5) Si la Section ne reçoit pas le dossier d'appel dans le délai prévu au paragraphe (4), elle peut :

a) soit demander au ministre d'expliquer, oralement ou par écrit, son retard et de justifier pourquoi le dossier en retard devrait être accepté;

b) soit fixer une date d'audience et commencer sans le dossier ou avec seulement une partie de celui-ci.

[20] La règle 4 des Règles de la SAI prévoit donc expressément, en termes clairs et stricts, que le ministre prépare un dossier d'appel et le transmet à l'appelant et à la SAI dans les 120 jours suivant la date à laquelle il a reçu l'avis d'appel. Comme le ministre l'a souligné dans ses observations, il est loisible à la SAI, en vertu de l'alinéa 4(5)b) des Règles de la SAI, de fixer une date d'audience et de commencer sans le dossier d'appel ou avec seulement une partie de celui-ci, si elle n'a pas reçu le dossier d'appel du ministre dans le délai prescrit. Je signale toutefois que, selon les Règles de la SAI, la SAI



the hearing” without the appeal record. Nowhere do the IAD Rules state that the IAD is allowed or authorized to finish the appeal process, to make a determination and to issue a decision without the appeal record.

#### D. *The standard of review*

[21] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), the Supreme Court of Canada (S.C.C.) set out a revised framework for determining the standard of review with respect to the merits of administrative decisions (*Vavilov*, at paragraph 10). In that decision, the S.C.C. articulated a new approach to determining the applicable standard of review, holding that administrative decisions should presumptively be reviewed on a standard of reasonableness, unless either the legislative intent or the rule of law requires that the standard of correctness be applied (*Vavilov*, at paragraphs 10, 17).

[22] The *Vavilov* decision did not deal directly with issues of procedural fairness, and the approach to be taken on this front has therefore not been modified (*Vavilov*, at paragraph 23). It has typically been held that correctness is the applicable standard of review for determining whether a decision maker complies with the duty of procedural fairness and the principles of fundamental justice (*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; *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. v. Atlantic Towing Limited*, 2021 FCA 26, at paragraph 107).

[23] However, the Federal Court of Appeal has affirmed that questions of procedural fairness are not truly decided according to any particular standard of review. Rather, it is a legal question for the reviewing courts, and the courts must be satisfied that procedural fairness has been met. When the duty of an administrative decision maker to act fairly is questioned or a breach of fundamental justice is invoked, it requires the reviewing courts to verify whether the procedure was fair having regard to all of the

ne peut que « commencer » sans le dossier d’appel. Les Règles de la SAI n’indiquent nulle part que la SAI est autorisée à mener à terme le processus d’appel, à tirer une conclusion ou à rendre une décision sans le dossier d’appel.

#### D. *La norme de contrôle*

[21] Dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), la Cour suprême du Canada (C.S.C.) a proposé un cadre d’analyse révisé pour déterminer la norme de contrôle applicable lorsqu’une cour de justice se penche sur le fond d’une décision administrative (*Vavilov*, au paragraphe 10). Dans cet arrêt, la C.S.C. a défini une nouvelle approche pour déterminer la norme de contrôle applicable, selon laquelle l’analyse des décisions administratives a comme point de départ une présomption voulant que la norme de la décision raisonnable soit la norme applicable, à moins que l’intention du législateur ou la primauté du droit ne commandent l’application de la norme de la décision correcte (*Vavilov*, aux paragraphes 10, 17).

[22] L’arrêt *Vavilov* ne traite pas directement de questions d’équité procédurale, et la démarche à adopter à cet égard n’a donc pas été modifiée (*Vavilov*, au paragraphe 23). Il est généralement reconnu que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle qui s’applique pour savoir si un décideur administratif a respecté son devoir d’équité procédurale et les principes de justice fondamentale (*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; *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Limited*, 2021 CAF 26, au paragraphe 107).

[23] La Cour d’appel fédérale a toutefois affirmé que les questions d’équité procédurale ne sont pas véritablement tranchées en fonction d’une norme de contrôle particulière. Il s’agit plutôt d’une question de droit qui relève des cours de révision, qui doivent être convaincues que l’équité procédurale a été respectée. Lorsque l’obligation d’un décideur administratif d’agir équitablement est remise en question ou lorsqu’on invoque un manquement à un principe de justice fondamentale,

circumstances (*Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, at paragraph 35; *Lipskaia v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 267, at paragraph 14; *Canadian Airport Workers Union v. International Association of Machinists and Aerospace Workers*, 2019 FCA 263, 52 C.L.R.B.R. (3d) 1, at paragraphs 24–25; *Perez v. Hull*, 2019 FCA 238, at paragraph 18; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121 (CPR), at paragraph 54). This assessment includes the five, non-exhaustive contextual factors set out by the S.C.C. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (*Baker*) (*Vavilov*, at paragraph 77). Those factors are: (1) the nature of the decision being made and the decision-making process followed by the public body in making it; (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the public 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 public body itself, and the nature of the deference accorded to it (*Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at paragraph 5; *Baker*, at paragraphs 23–28).

[24] It is up to the reviewing courts to make that determination and, in conducting this exercise, the courts are called upon to ask, “with a sharp focus on the nature of the substantive rights involved and the consequences for an individual, whether a fair and just process was followed” (CPR, at paragraph 54). Therefore, the ultimate question raised when procedural fairness and alleged breaches of fundamental justice are the object of an application for judicial review is not so much whether the decision was “correct”. It is rather whether, taking into account the particular context and circumstances at issue, the process followed by the decision maker was fair and offered the affected parties a right to be heard and a full and fair opportunity to know the case they have to meet and to respond to it (CPR, at paragraph 56; *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 940, at paragraphs 51–54). No deference is owed to

la cour de révision doit vérifier si la procédure était équitable compte tenu de l’ensemble des circonstances (*Association canadienne des avocats en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, au paragraphe 35; *Lipskaia c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 267, au paragraphe 14; *Canadian Airport Workers Union c. Association internationale des machinistes et des travailleurs et travailleuses de l’aérospatiale*, 2019 CAF 263, aux paragraphes 24–25; *Perez c. Hull*, 2019 CAF 238, au paragraphe 18; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 (CPR), au paragraphe 54). Cette analyse comporte l’examen des cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés par la C.S.C. dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*) (*Vavilov*, au paragraphe 77), à savoir : 1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi par l’organisme public pour y parvenir; 2) la nature du régime législatif et les dispositions législatives précises en vertu desquelles agit l’organisme public; 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 et la nature du respect dû à l’organisme (*Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, au paragraphe 5; *Baker*, aux paragraphes 23–28).

[24] Il appartient à la cour de révision de se prononcer sur la question et, dans le cadre de cette analyse, de se demander « en mettant nettement l’accent sur la nature des droits substantiels concernés et les conséquences pour la personne, si un processus juste et équitable a été suivi » (CPR, au paragraphe 54). Par conséquent, lorsqu’une demande de contrôle judiciaire porte sur l’équité procédurale et sur des manquements aux principes de justice fondamentale, la véritable question n’est pas tant de savoir si la décision était « correcte », mais plutôt si, compte tenu du contexte particulier et des circonstances de l’espèce, le processus suivi par le décideur administratif était équitable et s’il a permis aux parties de se faire entendre, d’avoir pleinement l’occasion de prendre connaissance de la preuve à réfuter et d’y répondre (CPR, au paragraphe 56; *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 940, aux paragraphes 51–54).

administrative decision makers on matters raising procedural fairness concerns.

### III. Analysis

[25] The Minister submits that nothing prevented the IAD from proceeding and dismissing Ms. Angara's sponsorship appeal without the appeal record, as the wording of subsection 4(5) of the IAD Rules in fact confirms that the IAD may proceed without it. The Minister further argues that, in the IAD Letter, the IAD had clearly indicated what kind of information was requested from Ms. Angara and that her appeal could be dismissed or declared abandoned if she did not respond to this letter. Ms. Angara indeed failed to provide any response to the IAD Letter. The Minister adds that Ms. Angara did not offer any explanation as to why she would require the appeal record in order to respond to the IAD Letter, even if only to inform the IAD that she felt she required the appeal record in order to properly present her submissions on appeal. Moreover, according to the Minister, Ms. Angara knew the case she had to meet and could therefore respond to it, as this was not the first time that she was required to explain why her adult son should be considered a member of the family class under paragraph 117(1)(h) of the IRPR Rules. For all these reasons, argues the Minister, no breach of procedural fairness occurred.

[26] I do not agree. I instead find that, in the circumstances of this case, the process followed by the IAD was unfair and prevented Ms. Angara from having a full and fair opportunity to know the case she had to meet and to respond to it.

#### *A. Extent of the IAD's duty of procedural fairness*

[27] The duty to act fairly has two components: (1) the right to be heard and the opportunity to respond to the evidence that must be rebutted; and (2) the right to

Il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'endroit du décideur administratif sur des questions ayant trait à l'équité procédurale.

### III. Analyse

[25] Le ministre fait valoir que rien n'empêchait la SAI de donner suite à l'appel interjeté par M<sup>me</sup> Angara de sa demande de parrainage et de le rejeter sans dossier d'appel, puisque le libellé du paragraphe 4(5) des Règles de la SAI confirme effectivement que la SAI peut y donner suite sans dossier d'appel. Le ministre soutient également que, dans sa lettre, la SAI indiquait clairement quels renseignements M<sup>me</sup> Angara devait fournir et que la SAI pouvait rejeter l'appel ou prononcer le désistement si M<sup>me</sup> Angara ne donnait pas suite à cette lettre. M<sup>me</sup> Angara n'y a effectivement pas répondu. Le ministre ajoute que M<sup>me</sup> Angara n'a pas expliqué pourquoi elle avait besoin du dossier d'appel pour répondre à la lettre de la SAI, et qu'elle n'a notamment pas informé la SAI des raisons pour lesquelles elle estimait avoir besoin du dossier d'appel pour être en mesure de bien présenter ses arguments en appel. De plus, selon le ministre, M<sup>me</sup> Angara était au courant de la preuve qu'elle devait réfuter et était donc en mesure de fournir une réponse, étant donné que ce n'était pas la première fois qu'elle était appelée à expliquer pourquoi son fils adulte devait être considéré comme appartenant à la catégorie du regroupement familial au sens de l'alinéa 117(1)h) du RIPR. Le ministre soutient que, pour toutes ces raisons, aucun manquement à l'équité procédurale n'a été commis.

[26] Je ne suis pas de cet avis. J'estime plutôt qu'en égard aux circonstances de l'espèce, la procédure suivie par la SAI n'était pas équitable et qu'elle n'a pas permis à M<sup>me</sup> Angara d'avoir pleinement l'occasion de prendre connaissance de la preuve qu'elle devait réfuter et d'y répondre.

#### *A. L'étendue de l'obligation d'équité procédurale de la SAI*

[27] L'obligation d'agir équitablement comporte deux volets : 1) le droit d'être entendu et la possibilité de répondre aux éléments de preuve à réfuter; et 2) le droit

a fair and impartial hearing before an independent tribunal (*Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3, at paragraph 82). Ms. Angara’s case solely relates to the first component.

[28] It is well established that the requirements of the duty of procedural fairness are “eminently variable”, inherently flexible and context-specific (*Vavilov*, at paragraph 77; *Baker*, at paragraph 21; *CPR*, at paragraph 40; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraph 113; *Foster Farms LLC v. Canada (International Trade Diversification)*, 2020 FC 656, at paragraphs 43–52). They do “not reside in a set of enacted rules” (*Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360, at paragraph 53). The actual level and extent of the duty will vary with the specific context and the different factual situations dealt with by the administrative body, as well as the nature of the disputes it must resolve (*Baker*, at paragraphs 25–26). In any situation, the exact nature and scope of the duty of procedural fairness will fluctuate depending on the attributes of the administrative tribunal and its enabling statute (*Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at paragraphs 39–42). In other words, whether a decision is procedurally fair must be determined on a case-by-case basis.

[29] The purpose of the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and to the statutory, institutional and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and to have them considered by the decision maker before the decision is rendered (*Baker*, at paragraphs 21–22; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176, at paragraph 18). Issues of procedural fairness and the duty to act fairly are not concerned with the merits of the decision, but rather relate to the process followed by the decision maker. Similarly, procedural fairness does not create substantive rights nor does it entitle a person to a given outcome or a particular result in the treatment of a matter. Ms. Angara cannot claim to have a right to the IAD agreeing with her on her sponsorship appeal.

à une audience impartiale devant un tribunal indépendant (*Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 82). Le cas de M<sup>me</sup> Angara ne concerne que le premier volet.

[28] Il est de jurisprudence constante que l’obligation d’équité procédurale est « éminemment variable », intrinsèquement souple et tributaire du contexte (*Vavilov*, au paragraphe 77; *Baker*, au paragraphe 21; *CPR*, au paragraphe 40; *Sletchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, au paragraphe 113; *Foster Farms LLC c. Canada (Diversification du commerce International)*, 2020 CF 656, aux paragraphes 43–52). Elle « ne réside pas dans un ensemble de règles adoptées » (*Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360, au paragraphe 53). La nature et l’étendue de l’obligation fluctuent en fonction du contexte particulier et des diverses situations factuelles examinées par le décideur administratif, ainsi que de la nature des différends qu’il est appelé à trancher (*Baker*, aux paragraphes 25–26). Dans tous les cas, la nature et la portée exactes de l’obligation d’équité procédurale varient selon les attributs du tribunal administratif et sa loi habilitante (*Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, aux paragraphes 39–42). Autrement dit, la question de savoir si une décision respecte les principes d’équité procédurale doit être tranchée au cas par cas.

[29] L’obligation d’équité procédurale vise à garantir que les décisions administratives sont rendues à l’issue d’une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, et qu’elles accordent aux personnes visées la possibilité de présenter leur point de vue et des éléments de preuve qui seront dûment pris en considération par le décideur administratif avant de rendre sa décision (*Baker*, aux paragraphes 21–22; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38, au paragraphe 18). Les questions d’équité procédurale et l’obligation d’agir équitablement ne concernent pas le bien-fondé de la décision rendue, mais plutôt le processus suivi par le décideur. De même, l’équité procédurale ne crée pas de droits substantiels et elle n’accorde pas à l’intéressé un droit à un certain résultat quant à l’issue de l’examen de sa cause. M<sup>me</sup> Angara ne peut donc prétendre avoir le droit d’exiger que la SAI lui donne raison dans le cadre de son appel en matière de parrainage.

[30] In *Baker*, the S.C.C. set out five non-exhaustive factors to be considered in determining the duty of procedural fairness owed in a particular situation. Applying the *Baker* factors to the Decision, I find that, in the circumstances of this case, the level of procedural fairness owed to Ms. Angara by the IAD falls at the higher end of the spectrum. The first *Baker* factor refers to the nature of the decision being made and the process followed in making it. The closer an administrative process (and decision) resembles a court process, the higher the level of procedural protection will need to be (*Baker*, at paragraph 23). In this case, section 174 of the IRPA provides that the IAD is a court of record having all the powers, rights and privileges vested in a superior court of record with respect to any matter necessary for the exercise of its jurisdiction. While the nature of the process to arrive at the Decision is more informal and differs from the usual court process, the IAD is tasked with making an adjudicative decision based on its appreciation of the evidence and the application of strict requirements for enumerated relatives able to be sponsored into Canada under section 117 of the IRPR. As mentioned above, the IRPA and the IAD Rules set up a detailed set of rules governing appeals by a sponsor. This is not a purely discretionary decision made from a ministerial position, and this suggests a situation calling for a higher level of procedural fairness.

[31] The second factor relates to the role of the decision within the statutory scheme, the statutory language itself and the institutional and social context. These elements all inform the processes owed to a party (*Baker*, at paragraphs 22 and 28). A statute should not be read as to insert procedural steps that do not exist or are not contemplated. However, in this case, the IRPA, the IRPR and the IAD Rules provide for specific procedural steps in the consideration of appeals of sponsorship requests. For instance, the IAD Rules contain provisions governing the different types of appeals heard by the decision maker as well as processes for obtaining the record, presenting documents, testifying in hearings and issuing decisions. The statutory process set out in section 117 of the IRPR and in the IAD Rules is meant to ensure that applicants make their case in their initial submissions,

[30] Dans l'arrêt *Baker*, la C.S.C. a énoncé cinq facteurs non exhaustifs qui doivent être pris en considération pour définir l'obligation d'équité procédurale dans une situation donnée. Après avoir appliqué les facteurs de l'arrêt *Baker* à la présente affaire, je conclus qu'eu égard aux circonstances de l'espèce, le degré d'équité procédurale auquel avait droit M<sup>me</sup> Angara de la part de la SAI se situe à l'extrémité supérieure de l'échelle. Le premier facteur de l'arrêt *Baker* porte sur la nature de la décision recherchée et sur le processus suivi pour y parvenir. Plus le processus administratif — et la décision — ressemble à une prise de décision de nature judiciaire, plus élevé devra être le degré de protection procédurale (*Baker*, au paragraphe 23). Dans le cas qui nous occupe, l'article 174 de la LIPR prévoit que la SAI est une cour d'archives qui possède les attributs d'une cour supérieure sur toute question relevant de sa compétence. Bien que le processus suivi pour parvenir à sa décision soit plus informel et diffère du processus judiciaire habituel, la SAI est chargée de rendre une décision de nature adjudicative basée sur son appréciation de la preuve et sur l'application de facteurs stricts en ce qui concerne les membres de la famille pouvant être parrainés au Canada en vertu de l'article 117 du RIPR. Comme je l'ai déjà mentionné, la LIPR et les Règles de la SAI énoncent un ensemble détaillé de règles pour les appels interjetés par les répondants. Il ne s'agit pas d'une décision purement discrétionnaire prise du point de vue du ministre, ce qui suggère qu'une telle décision commande un degré plus élevé d'équité procédurale.

[31] Le deuxième facteur se rapporte au rôle que joue la décision dans la cadre statutaire qui la régit, au libellé de la loi elle-même et au contexte institutionnel et social. Tous ces éléments influencent la nature des protections procédurales auxquelles une partie a droit (*Baker*, aux paragraphes 22 et 28). On ne devrait pas interpréter une loi en y ajoutant des mesures procédurales qui n'existent pas ou qui n'y sont pas envisagées. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, la LIPR, le RIPR et les Règles de la SAI prévoient des étapes procédurales spécifiques pour l'examen des appels de demandes de parrainage. Par exemple, les Règles de la SAI renferment des dispositions régissant les différents types d'appels que peut entendre le décideur administratif, ainsi que les formalités à remplir pour obtenir le dossier, soumettre des documents, témoigner à l'audience et rendre des décisions.



and put their best foot forward in their application materials, but it provides that applicants are entitled to receive an appeal record. Since the IRPA does not contain a further appeal procedure of the IAD's appeal decisions, these are determinative of the issues being appealed (subject to judicial review before this Court). Therefore, this second factor also weighs in favour of solid procedural protections (*Baker*, at paragraph 24).

[32] The third *Baker* factor is the importance of the decision to the individuals affected. Generally, the more important a decision is to the life of an affected individual, the greater the level of procedural fairness that will be mandated. Ms. Angara states that the Decision is of major importance to her as sponsoring her adult son is the only option she has to be surrounded by a family member in Canada. In this case, I am satisfied that the Decision is far from being negligible for Ms. Angara, and that this third factor also supports a heightened level of fairness and procedural rights.

[33] The next factor mentioned in *Baker* is the legitimate expectations of the person challenging the administrative decision. In essence, if a legitimate expectation is found to exist with respect to a procedure to be followed, it will affect the content of the duty of fairness owed to the individuals affected by the decision (*Baker*, at paragraph 26). In the present case, the specific provisions of the IAD Rules dealing with the availability of an appeal record certainly establish a particular practice and process, to which Ms. Angara was entitled and which she could legitimately expect to benefit from. Furthermore, as mentioned by Ms. Angara in her submissions, the provisions of the IAD Rules on the appeal record are echoed in one of the IAD's own operational bulletins. More specifically, the Operational Bulletin ENF 19 – “Appeals before the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board (IRB)” [20 January 2020] (Bulletin) sets out instructions and directions to its officers regarding the preparation of the appeal record,

Le processus prévu à l'article 117 du RIPR et dans les Règles de la SAI vise à s'assurer que les demandeurs fassent valoir leur position dans leurs observations initiales et présentent leurs meilleurs arguments dans les documents accompagnant leur demande, mais il prévoit également que les demandeurs ont le droit de recevoir un dossier d'appel. Comme la LIPR ne contient pas d'autre mécanisme d'appel des décisions rendues par la SAI, celles-ci tranchent en dernier ressort les questions faisant l'objet de l'appel (sous réserve du contrôle judiciaire de notre Cour). Par conséquent, ce deuxième facteur joue également en faveur de la reconnaissance de solides protections procédurales (*Baker*, au paragraphe 24).

[32] Le troisième facteur énoncé dans l'arrêt *Baker* concerne l'importance de la décision pour les personnes visées. De façon générale, plus la décision est importante pour la vie des personnes concernées, plus le degré d'équité procédurale requis sera élevé. M<sup>me</sup> Angara affirme que la décision est d'une importance capitale pour elle, car le parrainage de son fils adulte est la seule option dont elle dispose pour s'assurer de la présence d'un membre de sa famille au Canada. Dans le cas qui nous occupe, je suis convaincu que la décision est loin d'être négligeable pour M<sup>me</sup> Angara. J'estime donc que ce troisième facteur justifie également un degré élevé d'équité procédurale.

[33] Le facteur suivant mentionné dans l'arrêt *Baker* est celui des attentes légitimes de la personne qui conteste la décision administrative. Essentiellement, la reconnaissance de l'existence d'une attente légitime en ce qui concerne la procédure à suivre a une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision (*Baker*, au paragraphe 26). En l'espèce, les dispositions des Règles de la SAI qui traitent explicitement de la possibilité de consulter le dossier d'appel établissent certainement une pratique et un processus particulier auxquels M<sup>me</sup> Angara avait droit et dont elle pouvait légitimement s'attendre à bénéficier. En outre, comme l'a mentionné M<sup>me</sup> Angara dans ses observations, les dispositions des Règles de la SAI applicables au dossier d'appel sont reprises dans l'un des bulletins opérationnels de la SAI. Plus précisément, le Bulletin opérationnel ENF 19 — « Appels à la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) » [20 janvier 2020]



which parallel the provisions of the IAD Rules. In the section dealing with the procedure for family class sponsorship appeals, the Bulletin notably states, at section 8.6, that the “[Canada Border Service Agency] hearings office must provide the appeal record to the appellant or their counsel and a copy to the IAD”, and that the record provided to the IAD “must be accompanied by a written statement saying how and when the appeal record was provided to the appellant”. In these circumstances, I accept that this could have caused Ms. Angara to have a legitimate expectation that the IAD would follow the specific process set out in the IAD Rules and in its own administrative guidelines. Again, this attracts a higher level of procedural fairness.

[34] The last *Baker* factor refers to the decision maker’s process and the choice of procedures made in a given case. Where, as here, the statute is not silent on the applicable procedural mechanisms and Parliament has instead itemized specific procedures to be followed by the decision maker, this militates in favour of a level of procedural fairness located towards the higher end of the range. In the case of Ms. Angara, there was a need to follow a particular process, namely the preparation of an appeal record to be made available to Ms. Angara and to be provided to the IAD by the Minister.

[35] In light of the foregoing, and after balancing the various *Baker* factors against the particular circumstances surrounding Ms. Angara’s sponsorship appeal, I conclude that the level of procedural fairness owed to Ms. Angara in the context of her sponsorship appeal resided towards the higher end of the spectrum.

#### B. *Application to this case*

[36] In this case, the conjunction of three elements leads me to conclude that, in issuing the Decision, the IAD breached its duty of procedural fairness towards Ms. Angara.

(Bulletin) renferme des instructions et des directives à l’intention de ses agents concernant la préparation du dossier d’appel. Ces dispositions correspondant à celles prévues par les Règles de la SAI. Dans le chapitre portant sur la procédure à suivre pour les appels en matière de parrainage de membres de la catégorie du regroupement familial, le Bulletin indique notamment, à la section 8.6, que « [le bureau des audiences de l’Agence des services frontaliers du Canada] doit d’abord transmettre le dossier d’appel à l’appelant ou à son conseil, puis en fournir une copie à la SAI » et que le dossier transmis à la SAI « doit être accompagn[é] d’une déclaration écrite indiquant quand et comment le ministre a fait parvenir le dossier d’appel à l’appelant ». Dans ces conditions, je suis d’accord que M<sup>me</sup> Angara pouvait légitimement s’attendre à ce que la SAI suive la procédure précise prévue par les Règles de la SAI et par ses propres lignes directrices administratives. Là encore, la situation commande un degré plus élevé d’équité procédurale.

[34] Le dernier des facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* concerne le processus suivi par le décideur administratif et le choix de procédure dans une affaire donnée. Lorsque, comme en l’espèce, la loi n’est pas muette sur les mécanismes procéduraux applicables et que le législateur a effectivement précisé en détail la procédure à suivre par le décideur, la situation milite en faveur d’un degré d’équité procédurale se situant près de l’extrémité supérieure de l’échelle. Dans le cas de M<sup>me</sup> Angara, il était nécessaire de suivre une procédure particulière, à savoir la préparation d’un dossier d’appel qui devait être mis à la disposition de M<sup>me</sup> Angara et que le ministre devait transmettre à la SAI.

[35] Vu ce qui précède et après avoir soupesé les divers facteurs de l’arrêt *Baker* à la lumière des circonstances particulières entourant l’appel en matière de parrainage de M<sup>me</sup> Angara, je conclus que le degré d’équité procédurale auquel avait droit M<sup>me</sup> Angara dans le contexte de son appel se situe à l’extrémité supérieure de l’échelle.

#### B. *L’application à la présente affaire*

[36] Dans le cas qui nous occupe, la combinaison de trois éléments m’amène à conclure que la SAI a manqué à son devoir d’équité procédurale envers M<sup>me</sup> Angara en rendant sa décision.

## (1) Rule 4 of the IAD Rules

[37] First, as mentioned above, rule 4 of the IAD Rules dictates in clear terms that the Minister must prepare an appeal record and provide it to both the appellant and the IAD. This was not done in this case.

[38] The Minister argues that no legal disposition requires the IAD to wait until the Minister has provided the appeal record before proceeding with the hearing of a sponsorship appeal, and that this opened the door for the IAD to act as it did. I am not persuaded by this argument as it goes far beyond the permissive language found in rule 4 of the IAD Rules. True, paragraph 4(5)(b) of the IAD Rules allows the IAD to schedule and start the hearing without the appeal record. Nevertheless, it does not go beyond that. Nowhere do the IAD Rules state that the IAD can make a determination on the merits of an appeal without the benefit of the appeal record that the Minister is otherwise required to provide, or that it can proceed to adjudicate a matter on the merits when the appellant has not received the appeal record. In other words, there is no provision in the IAD Rules vesting the IAD with the power to dismiss an appeal without an appeal record, or to indirectly deny an appellant's unequivocal legal right to receive the appeal record. As rightly stated by Ms. Angara, there is no authority or precedent allowing the IAD to circumvent rule 4 of the IAD Rules and to render a decision without eventually ensuring that the appellant has been provided with the appeal record.

[39] In a context where the IAD owed a high level of procedural fairness to Ms. Angara, the IAD breached its duty to act fairly in proceeding as it did and in dismissing Ms. Angara's appeal before she had received the appeal record.

[40] I pause to point out that, pursuant to subrule 4(1) of the IAD Rules, the appeal record to be prepared by the Minister must contain "any document that the Minister has that is relevant to the applications, to the reasons for the refusal or to any issue in the appeal" as well as "the written reasons for the refusal."

## 1) La règle 4 des Règles de la SAI

[37] Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, la règle 4 des Règles de la SAI dispose en termes clairs que le ministre doit préparer un dossier d'appel et le fournir tant à l'appellant qu'à la SAI, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce.

[38] Le ministre affirme qu'aucune disposition législative n'oblige la SAI à attendre que le ministre lui ait fourni le dossier d'appel avant d'entendre l'appel en matière de parrainage, de sorte qu'il était loisible à la SAI d'agir comme elle l'a fait. Je ne suis pas convaincu par cet argument, car il déborde largement le cadre du libellé permissif de la règle 4 des Règles de la SAI. Certes, l'alinéa 4(5)b) des Règles de la SAI permet à la SAI de fixer la date de l'audience et de commencer l'audience sans dossier d'appel. Mais il ne dit rien de plus. Les Règles de la SAI n'indiquent nulle part que la SAI peut rendre une décision sur le fond d'un appel sans disposer du dossier d'appel que le ministre est par ailleurs tenu de lui fournir, ou qu'elle peut statuer sur le fond de l'affaire lorsque l'appellant n'a pas reçu le dossier d'appel. Autrement dit, on ne trouve dans les Règles de la SAI aucune disposition conférant à la SAI le pouvoir de rejeter un appel sans dossier d'appel, ou de priver indirectement l'appellant de son droit légal incontestable d'obtenir le dossier d'appel. Comme l'affirme à juste titre M<sup>me</sup> Angara, il n'existe aucun précédent ou source permettant à la SAI de contourner la règle 4 des Règles de la SAI ou de rendre une décision sans s'assurer que l'appellant ait d'abord reçu le dossier d'appel.

[39] Dans un contexte dans lequel elle était tenue de faire preuve d'un degré élevé d'équité procédurale envers M<sup>me</sup> Angara, la SAI a donc manqué à son obligation d'agir équitablement en agissant comme elle l'a fait et en rejetant l'appel de M<sup>me</sup> Angara avant que cette dernière n'ait reçu le dossier d'appel.

[40] J'ouvre ici une parenthèse pour souligner qu'aux termes du paragraphe 4(1) des Règles de la SAI, le dossier d'appel que prépare le ministre doit comporter « tout document en la possession du ministre qui a trait aux demandes, aux motifs du refus ou à toute question en litige », ainsi que « les motifs écrits du refus. »

[41] The principles of natural justice dictate that an appellant must have knowledge of the case to be met before a decision is rendered by the decision maker. Here, I am satisfied that, without the appeal record, Ms. Angara could not have had a full and fair opportunity to know the case against her, as she was not informed of all the written reasons for the Officer's refusal of her sponsorship appeal. Rule 4 of the IAD Rules is an important procedural protection of the right to be heard and, in the circumstances of this case, the failure to ensure that the appeal record was provided to Ms. Angara and that the IAD had it before dismissing the appeal was a breach of procedural fairness.

[42] I make one other observation. In the Decision, the IAD ultimately determined that, "[a]fter review", Ms. Angara had not met her onus under paragraph 117(1)(h) of the IRPR and that her appeal was "dismissed". I cannot help but wonder what the IAD could have actually "reviewed" before making its determination on Ms. Angara's sponsorship appeal, as the IAD did not have the benefit of having the Minister's appeal record before it at the time of the Decision. Arguably, this not only reflects the unfairness of the process followed but it also calls into question the reasonableness of the Decision, as a conclusion based on an absent record can hardly be found to be intelligible, to constitute "an internally coherent and rational chain of analysis" or be "justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker" (*Vavilov*, at paragraph, 85).

(2) The Decision and the Officer's notes

[43] Second, in the circumstances of this case, the failure to act fairly is compounded by the fact that Ms. Angara had never received the entirety of the Officer's decision, which she appealed to the IAD.

[44] On January 8, 2020, the Officer had sent the Refusal Letter to Ms. Angara and to her son. However, nothing

[41] Les principes de justice naturelle exigent qu'un appelant soit mis au courant des preuves qu'il doit fournir avant que le décideur administratif ne rende sa décision. En l'espèce, je suis convaincu que, sans le dossier d'appel, M<sup>me</sup> Angara ne pouvait pas avoir pleinement l'occasion d'être au courant de la preuve à réfuter, étant donné qu'elle n'a pas été informée de tous les motifs écrits justifiant le refus de sa demande de parrainage par l'agent. La règle 4 des Règles de la SAI est une importante protection procédurale relative au droit de se faire entendre et, eu égard aux circonstances de l'espèce, le défaut de s'assurer de fournir le dossier d'appel à M<sup>me</sup> Angara et de le transmettre à la SAI avant qu'elle ne rejette l'appel constituait un manquement à l'équité procédurale.

[42] J'ajoute une autre observation. Dans sa décision, la SAI a finalement estimé, « [a]près avoir effectué un examen », que M<sup>me</sup> Angara ne s'était pas acquittée du fardeau que lui incombait l'alinéa 117(1)(h) du RIPR, et elle a « rejeté » son appel. Je ne peux m'empêcher de me demander ce que la SAI a bien pu « examiner » avant de se prononcer sur l'appel en matière de parrainage de M<sup>me</sup> Angara, étant donné que la SAI n'avait pas en main le dossier d'appel du ministre lorsqu'elle a rendu la décision. Dans un certain sens, cette façon de procéder témoigne non seulement de l'iniquité de la procédure suivie, mais permet également de s'interroger sur le caractère raisonnable de la décision, étant donné qu'une conclusion tirée sans dossier peut difficilement être considérée comme une décision intelligible « fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle » ou comme étant « justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, aux paragraphes 85).

2) La décision et les notes de l'agent

[43] Deuxièmement, eu égard aux circonstances de l'espèce, le défaut d'agir équitablement est aggravé par le fait que M<sup>me</sup> Angara n'a jamais reçu l'intégralité de la décision de l'agent qu'elle a portée en appel devant la SAI.

[44] Le 8 janvier 2020, l'agent a envoyé la lettre de refus à M<sup>me</sup> Angara et à son fils. Aucun autre élément n'a

else was provided to Ms. Angara at the time. In particular, the Global Case Management System (GCMS) notes supporting the Officer's conclusion were not provided to Ms. Angara. These GCMS notes, which were attached to the affidavit of Hélène Jarry submitted by the Minister in his response to Ms. Angara's application for judicial review, read as follows:

Reply to PFL reviewed. Sponsor submits a letter stating that while her mother is still alive and can be sponsored to immigrate to Canada, the latter would be refused on medical grounds anyway. The sponsor provides a medical certificate issued to her mother who currently 90 years old. The medical certificate states that PA's mother has been diagnosed with "greater trochanter fracture secondary to fall". The medical certificate further states that a physical examination revealed muscle wasting on both lower extremities and that apart from being unfit to travel short or long distances, the patient needs a constant caregiver. The sponsor requests humanitarian and compassionate consideration citing that she is lonely in Canada with no family there. While I understand the sponsor's desire to have someone in Canada, PA does not qualify as an eligible family member as sponsor has a parent that is eligible to be sponsored. Apart from the fact that it is not for the sponsor to determine whether her mother would be inadmissible to Canada on medical grounds, I also see no barrier for sponsor to return to the Philippines to be with her son. I have considered the request for humanitarian and compassionate consideration however there are insufficient H&C grounds to warrant the overcoming of PA's ineligibility under the class he has submitted the application. I am satisfied that PA is not a member of the family class in respect to the sponsor under R117(1)(h)(ii). Application is therefore refused.

[45] It is settled law that an immigration officer's GCMS notes form part of his or her reasons for a decision (*Song v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC

toutefois été communiqu e à M<sup>me</sup> Angara à ce moment-là. En particulier, les notes versées au Système mondial de gestion des cas (SMGC)   l'appui de la décision de l'agent n'ont pas été communiquées à M<sup>me</sup> Angara. Ces notes versées au SMGC, qui étaient jointes à l'affidavit souscrit par Hélène Jarry que le ministre a soumis en réponse à la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Angara, sont les suivantes :

[TRADUCTION] J'ai examin e la réponse de la répondante à la lettre relative à l'équité procédurale. La répondante a soumis une lettre dans laquelle elle affirme que, bien que sa mère soit encore en vie et qu'elle puisse être parrain e en vue de venir au Canada, sa demande serait de toute façon refus e pour des motifs d'ordre médical. La répondante a produit un certificat médical d livr e à sa mère, qui est actuellement  g e de 90 ans. Le certificat médical indique que la mère du demandeur principal a reçu un diagnostic de « fracture du grand trochanter faisant suite à une chute ». Le certificat médical indique également qu'un examen médical a r v l e une fonte musculaire aux deux extrémités inférieures et constat e l'incapacité de la patiente de parcourir de courtes ou de longues distances. La patiente nécessite la présence constante de quelqu'un pour s'occuper d'elle. La répondante a demand e que la demande soit examin e sur le fondement de raisons d'ordre humanitaire, au motif qu'elle est seule au Canada et n'a pas de famille sur place. Bien que je comprenne le souhait de la répondante d'avoir un membre de sa famille auprès d'elle au Canada, le demandeur principal ne peut être consid r e comme un membre de la famille admissible, étant donn e que la répondante a un membre de sa famille qui peut être parrain e. Outre le fait qu'il n'appartient pas à la répondante de décider si la demande de sa mère serait refus e au Canada pour des motifs d'ordre médical, j'estime que rien n'empêche la répondante de retourner aux Philippines pour retrouver son fils. J'ai tenu compte de la demande fond e sur des raisons d'ordre humanitaire. J'estime toutefois qu'il n'y a pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire pour justifier la prise d'une mesure spéciale permettant de faire abstraction du fait que le demandeur principal ne répond pas à la définition de membre de la catégorie du regroupement familial qu'il invoque au soutien de sa demande. Je suis convaincu que le demandeur principal n'appartient pas à la catégorie du regroupement familial par rapport à la répondante au sens du sous-alin e 117(1)(h)(ii) du Règlement. La demande est par conséquent refus e.

[45] Il est de jurisprudence constante que les notes de l'agent qui sont versées au SMGC font partie des motifs de sa décision (*Song c. Canada (Citoyenneté et*

72, at paragraph 18), and that these notes must be considered by a reviewing court on judicial review of an administrative decision. In the case of Ms. Angara, the Officer's GCMS notes provided more detailed information on the reasoning behind the Officer's refusal of the sponsorship application, and on his treatment of Ms. Angara's claims regarding her mother's medical condition and inability to travel.

[46] Here, those GCMS notes were not provided to Ms. Angara with the Officer's decision and, when she filed her appeal before the IAD, Ms. Angara was unaware of all the reasons why her response to the Officer's Procedural Fairness Letter was insufficient and inadequate to alleviate the Officer's concerns. The first opportunity she had to review the Officer's GCMS notes was when she received the Minister's response in the context of this application for judicial review. I agree with Ms. Angara that these GCMS notes would have been included in the appeal record required to be prepared by the Minister under the IAD Rules (as they are part of the written reasons for the refusal) and that, since these notes were not provided to Ms. Angara with the Refusal Letter, the only way for Ms. Angara to be made aware of them and to know fully the case she had to meet would have been through the appeal record. In other words, given that the GCMS notes were not included with the Officer's Refusal Letter sent to Ms. Angara in January 2020, only the appeal record would have allowed Ms. Angara to fully know the reasons for the refusal, and would have given her access to the Officer's notes.

[47] Ms. Angara's application to sponsor a family member was refused by the Officer despite Ms. Angara's representations about her mother's medical condition and inability to travel, and the Refusal Letter did not provide Ms. Angara with the complete analysis made by the Officer. I acknowledge that, had the Officer's GCMS notes been provided to Ms. Angara with the Refusal Letter, it would have been more difficult for her to claim

*Immigration*), 2019 CF 72, au paragraphe 18), et que la cour de révision saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative doit tenir compte de ces notes. S'agissant de M<sup>me</sup> Angara, les notes inscrites au SMGC par l'agent renferment des renseignements plus détaillés qui permettent de comprendre le raisonnement que l'agent a suivi pour refuser la demande de parrainage, ainsi que les conclusions qu'il a tirées en réponse aux allégations formulées par M<sup>me</sup> Angara au sujet de l'état de santé de sa mère et de son incapacité à voyager.

[46] En l'espèce, ces notes versées au SMGC n'ont pas été transmises à M<sup>me</sup> Angara avec la décision de l'agent et, lorsqu'elle a interjeté appel à la SAI, M<sup>me</sup> Angara n'était pas au courant de toutes les raisons pour lesquelles sa réponse à la lettre relative à l'équité procédurale de l'agent avait été jugée insuffisante pour répondre aux préoccupations de l'agent. La première occasion qui lui a été fournie de prendre connaissance des notes versées par l'agent au SMGC s'est présentée lorsqu'elle a reçu la réponse du ministre dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Je suis d'accord avec M<sup>me</sup> Angara pour dire que ces notes inscrites au SMGC auraient normalement été versées au dossier d'appel que les Règles de la SAI obligeaient le ministre à préparer (puisqu'elles font partie des motifs écrits du refus) et que, comme ces notes n'ont pas été fournies à M<sup>me</sup> Angara avec la lettre de refus, ce n'est que par le biais du dossier d'appel que M<sup>me</sup> Angara pouvait en prendre connaissance et être pleinement informée de la preuve qu'elle devait réfuter. En d'autres termes, comme les notes versées au SMGC n'accompagnaient pas la lettre de refus que l'agent a adressée à M<sup>me</sup> Angara en janvier 2020, seul le dossier d'appel aurait permis à M<sup>me</sup> Angara d'être informée de toutes les raisons du refus, en plus de lui donner accès aux notes de l'agent.

[47] La demande présentée par M<sup>me</sup> Angara en vue de parrainer un membre de sa famille a été refusée par l'agent malgré les affirmations faites par M<sup>me</sup> Angara au sujet de l'état médical et de l'incapacité de voyager de sa mère, et la lettre de refus ne permettait pas à M<sup>me</sup> Angara de prendre connaissance de l'intégralité de l'analyse effectuée par l'agent. J'admets que, si les notes versées par l'agent au SMGC avaient été fournies

that the failure to receive the appeal record prevented her from knowing the case she had to meet in her appeal to the IAD. However, in this case, the GCMS notes were not included with the Refusal Letter and it is precisely for that reason that Ms. Angara required the appeal record in order to know the case she had to face in her sponsorship appeal.

[48] In light of the higher level of procedural fairness due to Ms. Angara, I am satisfied that, in the present circumstances, Ms. Angara did not sufficiently know the case she had to meet, had not received all relevant documents and was not given a fair opportunity to respond to the decision maker's concerns. I am mindful of the fact that the GCMS notes remain succinct and that the only additional information contained in these notes is the fact that the Officer thought "it [was] not for the sponsor to determine whether her mother would be inadmissible to Canada on medical grounds" and that the Officer "[saw] no barrier for [the] sponsor to return to the Philippines to be with her son." But Ms. Angara was unaware of these reasons underlying for the Officer's refusal, and it was her right to know about them in the context of her appeal. Ms. Angara had a right to have the opportunity to make arguments on the reasons invoked by the Officer and to address, in her appeal, the reasons explaining why her mother could not travel and be sponsored. The failure to provide the appeal record (or to have included the GCMS notes with the Officer's Refusal Letter) means that Ms. Angara was deprived of her right to a fair process.

### (3) The IAD Letter

[49] Third, I do not accept the Minister's claim that, in any event, Ms. Angara's failure to respond to the IAD Letter was sufficient to dismiss her sponsorship appeal. I instead agree with Ms. Angara that she was not required to demonstrate that her failure to answer the IAD Letter was reasonable in the circumstances.

à M<sup>me</sup> Angara avec la lettre de refus, il lui aurait été plus difficile de prétendre que le fait qu'elle n'avait pas reçu le dossier d'appel l'empêchait de connaître la preuve qu'elle devait réfuter dans le cadre de son appel devant la SAI. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, les notes versées au SMGC n'accompagnaient tout simplement pas la lettre de refus, et c'est précisément la raison pour laquelle M<sup>me</sup> Angara réclamait le dossier d'appel afin d'être mise au courant des éléments de preuve auxquels elle aurait à répondre dans le cadre de son appel en matière de parrainage.

[48] Compte tenu du degré plus élevé d'équité procédurale auquel M<sup>me</sup> Angara avait droit, je suis convaincu qu'eu égard aux faits de l'espèce, M<sup>me</sup> Angara n'a pas suffisamment été mise au courant de la preuve qu'elle devait réfuter, qu'elle n'a pas reçu tous les documents pertinents et qu'elle n'a pas bénéficié d'une possibilité raisonnable de répondre aux préoccupations du décideur administratif. Je suis conscient du fait que les notes versées au SMGC sont succinctes et que le seul renseignement complémentaire qu'elles contiennent est le fait que, selon l'agent, même s'[TRADUCTION] « il n'appartient pas à la répondante de décider si la demande de sa mère serait refusée au Canada pour des motifs d'ordre médical [...] rien n'empêche la répondante de retourner aux Philippines pour retrouver son fils ». Or, M<sup>me</sup> Angara n'a pas été informée de ces motifs fournis par l'agent pour refuser sa demande, et elle avait le droit de les connaître dans le cadre de son appel. Elle avait le droit d'obtenir la possibilité de formuler des arguments au sujet des motifs fournis par l'agent et d'expliquer, dans son appel, les raisons pour lesquelles elle estimait que sa mère ne pouvait pas voyager et être parrainée. Le défaut de fournir le dossier d'appel — ou d'inclure les notes versées au SMGC dans la lettre de refus de l'agent — a fait en sorte que M<sup>me</sup> Angara s'est vu nier son droit à l'équité procédurale.

### 3) La lettre de la SAI

[49] Troisièmement, je ne retiens pas l'argument du ministre suivant lequel, en tout état de cause, le défaut de M<sup>me</sup> Angara de répondre à la lettre de la SAI constituait une raison suffisante pour rejeter son appel en matière de parrainage. Je partage plutôt l'avis de M<sup>me</sup> Angara lorsqu'elle affirme qu'elle n'était pas tenue de démontrer



[50] The Minister contends that Ms. Angara only has herself to blame for not having received the appeal record, as she failed to respond to the IAD's request for information and arguments contained in the IAD Letter and never indicated that she needed the appeal record in order to prepare her case. In other words, the Minister suggests that, by failing to respond to the IAD Letter, Ms. Angara would have indirectly waived her right to the appeal record. I am not persuaded by this argument. I acknowledge that it might have been preferable for Ms. Angara to be more proactive and to tell the IAD that she needed or wanted to have the appeal record before responding to the IAD Letter. Had Ms. Angara sent a letter to the IAD informing the decision maker that she required the Officer's record and file prior to making arguments in support of her appeal, the situation in which Ms. Angara finds herself now would likely not have arisen. However, I do not agree that the failure of Ms. Angara to do so removes her legal right to the appeal record, entrenched in the IAD Rules, or could be construed as a waiver of her right to a fair process.

[51] Having access to the appeal record and to the full reasons for the Officer's refusal decision is a process different from the IAD's request for information and arguments made through the IAD Letter. The two processes must not be conflated. Ms. Angara's failure to respond to the IAD Letter does not and cannot imply a waiver of her distinct right to the appeal record. Nothing in the IAD Rules empowers the IAD to proceed and dismiss a sponsorship appeal on the merits without the appeal record, and the absence of a response to the IAD Letter does not change that.

[52] I further underline that, in the Decision, the IAD determined that, "[a]fter review", Ms. Angara had not met her onus under paragraph 117(1)(h) of the IRPR and that her appeal was "dismissed." This is not

que son défaut de répondre à la lettre de la SAI était raisonnable dans les circonstances.

[50] Le ministre fait valoir que M<sup>me</sup> Angara ne peut s'en prendre qu'à elle-même en ce qui concerne le fait qu'elle n'a pas reçu le dossier d'appel, car elle n'a pas répondu à la demande de renseignements et d'observations que lui avait adressée la SAI dans sa lettre, et elle n'a jamais précisé qu'elle avait besoin du dossier d'appel pour préparer sa cause. En d'autres termes, le ministre affirme qu'en ne répondant pas à la lettre de la SAI, M<sup>me</sup> Angara aurait renoncé indirectement à son droit au dossier d'appel. Cet argument ne me convainc pas. Je reconnais qu'il aurait peut-être été préférable que M<sup>me</sup> Angara fasse preuve de plus d'initiative et qu'elle dise à la SAI qu'elle avait besoin du dossier d'appel ou souhaitait en prendre connaissance avant de répondre à la lettre de la SAI. Si M<sup>me</sup> Angara avait envoyé une lettre à la SAI pour l'informer qu'elle avait besoin du dossier de l'agent avant de présenter ses arguments à l'appui de son appel, la situation dans laquelle M<sup>me</sup> Angara se retrouve maintenant ne se serait probablement pas produite. Cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que le défaut de M<sup>me</sup> Angara de prendre ces mesures emporte déchéance du droit prévu par la loi de prendre connaissance du dossier d'appel — un droit consacré par les Règles de la SAI — ou que son inaction pourrait être interprétée comme une renonciation de sa part à son droit à l'équité procédurale.

[51] L'accès au dossier d'appel et à l'intégralité des motifs du refus de l'agent est une mesure différente de la demande de renseignements et d'arguments formulée par la SAI dans sa lettre. Il ne faut pas confondre les deux mesures. Le défaut de M<sup>me</sup> Angara de répondre à la lettre de la SAI n'emporte pas et ne saurait emporter renonciation au droit distinct de M<sup>me</sup> Angara de recevoir le dossier d'appel. Rien dans les Règles de la SAI n'habilite la SAI à juger sur le fond un appel en matière de parrainage et de le rejeter sans dossier d'appel, et le fait que M<sup>me</sup> Angara n'ait pas répondu à la lettre de la SAI n'y change rien.

[52] Je tiens par ailleurs à souligner que, dans sa décision, la SAI indique qu'« [a]près avoir effectué un examen », elle estime que M<sup>me</sup> Angara ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait aux termes de

a situation where the IAD determined that, pursuant to subsection 168(1) of the IRPA, the proceeding before it had been “abandoned” further to a failure to provide information required by the decision maker. If the IAD intended to sanction Ms. Angara for her failure to respond to the IAD Letter and to provide the information and arguments, the proper decision would have been to consider the appeal abandoned under subsection 168(1) of the IRPA. In such a situation, the failure to provide the appeal record to Ms. Angara and its absence before the IAD would likely not have constituted a breach of procedural fairness vitiating the IAD’s determination, as the IAD would have deemed the appeal abandoned further to Ms. Angara’s default to respond. Here, however, this is not what the IAD did and decided, as the IAD elected to dismiss Ms. Angara’s appeal, without the appeal record.

#### IV. Conclusion

[53] For all the reasons detailed above, there was a breach of the principles of procedural fairness in the decision-making process followed by the IAD. I am satisfied that, without the appeal record and considering that the Officer’s Refusal Letter did not include the GCMS notes, Ms. Angara could not have been aware of the substance of the case against her and that she did not have a full and fair opportunity to be heard, to respond to the evidence against her and to understand the case she had to meet. I am convinced that the administrative process followed by the IAD did not achieve the high level of procedural fairness required by the circumstances of this matter, and that it was procedurally unfair. I must therefore allow Ms. Angara’s application for judicial review and return the matter to the IAD to have Ms. Angara’s sponsorship appeal redetermined by a differently constituted panel, in accordance with the Court’s reasons.

l’alinéa 117(1)h) du RIPR et qu’en conséquence, elle « reje[te] » son appel. Il ne s’agit pas d’une situation dans laquelle la SAI aurait, en vertu du paragraphe 168(1) de la LIPR, prononcé le « désistement » dans l’affaire dont elle était saisie par suite du défaut de l’intéressé de fournir les renseignements demandés. Si la SAI avait l’intention de sanctionner M<sup>me</sup> Angara en raison de son défaut de répondre à la lettre de la SAI et de fournir les renseignements et arguments demandés, la SAI aurait plutôt dû prononcer le désistement de l’appel en vertu du paragraphe 168(1) de la LIPR. En pareil cas, le défaut de transmettre le dossier d’appel à M<sup>me</sup> Angara et le fait que la SAI ne disposait pas de ce dossier n’aurait probablement pas constitué un manquement à l’équité procédurale qui aurait vicié la décision de la SAI, puisque cette dernière aurait prononcé le désistement de l’appel en raison du défaut de M<sup>me</sup> Angara de répondre. Toutefois, en l’espèce, ce n’est pas ce que la SAI a fait et décidé, puisqu’elle a choisi de rejeter l’appel de M<sup>me</sup> Angara sans dossier d’appel.

#### IV. Conclusion

[53] Pour tous les motifs que je viens d’exposer, je conclus qu’il y a eu manquement aux principes d’équité procédurale dans le processus décisionnel suivi par la SAI. Je suis convaincu que, sans dossier d’appel, et compte tenu du fait que les notes versées au SMGC n’ont pas été jointes à la lettre de refus de l’agent, M<sup>me</sup> Angara était dans l’impossibilité d’être au courant des éléments essentiels de la preuve produite contre elle et qu’elle n’a pas eu pleinement l’occasion de se faire entendre, de répondre à la preuve présentée contre elle et de comprendre les preuves et les arguments auxquels elle devait répondre. J’estime que le processus administratif suivi par la SAI ne respectait pas le degré élevé d’équité procédurale que commandaient les faits de la présente affaire et que le processus suivi était inéquitable sur le plan procédural. Je dois par conséquent faire droit à la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Angara et renvoyer l’affaire à la SAI pour qu’elle soit remise à un tribunal différemment constitué afin qu’il rende une nouvelle décision sur l’appel en matière de parrainage de M<sup>me</sup> Angara, conformément aux motifs de la Cour.

[54] Ms. Angara requested that this Court grant party-to-party costs in her favour, pursuant to subsection 420(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, because she presented an offer of terms of settlement on January 29, 2021 in order to avoid further financial expenditure, unnecessary delays and the wasting of court resources, which offer was rejected by the Minister. I cannot agree with Ms. Angara on this point.

[55] It is not disputed that, pursuant to rule 22 of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, costs are not usually granted in immigration matters, except when special reasons exist. The threshold for establishing “special reasons” is high and must be assessed in the context of the particular circumstances of each case (*Taghiyeva v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1262, at paragraphs 17–22; *Singh Dhaliwal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 201, 384 F.T.R. 261, at paragraphs 29–30). I do not find that the circumstances of this case are similar or close to those rare situations which have justified an order of costs in immigration matters, and I decline to make such an order against the Minister. I am not convinced that, in contesting Ms. Angara’s application for judicial review, the Minister or his counsel acted in such an unfair, oppressive or improper manner or engaged in such an abusive conduct that an award of costs could be triggered. Special reasons do not arise merely because a party elects to exercise a legal option and is not successful.

[56] There are no questions of general importance to be certified.

#### JUDGMENT in IMM-3003-20

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted, without costs.

[54] M<sup>me</sup> Angara a demandé à la Cour de lui adjuger les dépens partie-partie conformément au paragraphe 420(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, au motif que, le 29 janvier 2021, elle a présenté une offre de règlement — qui a été rejetée par le ministre — afin d’éviter d’autres dépenses, des retards inutiles et le gaspillage des ressources judiciaires. Je ne puis donner raison à M<sup>me</sup> Angara sur ce point.

[55] Il n’est pas contesté que, selon la règle 22 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, aucuns dépens ne sont en principe adjugés dans les affaires d’immigration, sauf s’il existe des raisons spéciales. Le critère minimal à respecter pour démontrer l’existence de « raisons spéciales » est rigoureux et doit être apprécié en fonction des circonstances particulières de chaque espèce (*Taghiyeva c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1262, aux paragraphes 17–22; *Singh Dhaliwal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 201, aux paragraphes 29–30). Je ne pense pas que les circonstances de la présente affaire soient semblables ou analogues aux rares situations ayant justifié une adjudication des dépens en matière d’immigration, et je refuse par conséquent de condamner le ministre aux dépens. Je ne suis pas convaincu que le fait pour le ministre ou son avocat d’avoir contesté la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Angara signifie qu’ils ont agi de manière à ce point injuste, oppressive ou abusive pour justifier une condamnation aux dépens. On ne peut conclure à l’existence de raisons spéciales du simple fait qu’une partie a choisi de se prévaloir d’une option que lui offre la loi et n’a pas obtenu gain de cause.

[56] Il n’y a aucune question de portée générale à certifier.

#### JUGEMENT au dossier IMM-3003-20

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, sans dépens.

2. The July 2, 2020, decision of the Immigration Appeal Division dismissing the sponsorship appeal of the applicant is set aside.
  3. The matter is referred back to the Immigration Appeal Division for re-determination on the merits by a differently constituted panel, in accordance with the Court's reasons.
  4. No question of general importance is certified.
2. La décision du 2 juillet 2020 par laquelle la Section d'appel de l'immigration a rejeté l'appel en matière de parrainage de la demanderesse est annulée.
  3. L'affaire est renvoyée à la Section d'appel de l'immigration pour qu'un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision au fond, conformément aux motifs de la Cour.
  4. Il n'y a aucune question de portée générale à certifier.

A-414-18  
2020 FCA 10

A-414-18  
2020 CAF 10

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

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

v.

c.

**Zaghlol Kassab** (*Respondent*)

**Zaghlol Kassab** (*intimé*)

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

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

Federal Court of Appeal, Dawson, Rennie and Rivoalen JJ.A.—Toronto, November 27, 2019; Ottawa, January 16, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Rennie et Rivoalen, J.C.A.—Toronto, 27 novembre 2019; Ottawa, 16 janvier 2020.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision allowing judicial review of visa officer's conclusion that respondent inadmissible for being "prescribed senior official" in service of designated regime that engaged in serious human rights abuses — Respondent citizen of Iraq, engineer — Applied for permanent residence as sponsored refugee under Convention Refugees Abroad Class — Held positions in Iraqi government three levels in reporting hierarchy below Saddam Hussein — Visa officer concluding that respondent's roles indicative of being senior official in top 50 percent of Iraqi government public service hierarchy, respondent therefore inadmissible to Canada — Federal Court holding that more fulsome examination needed from purposive viewpoint, contextually when considering whether civil appointment constituting senior member of public service — Adding that relying on "top half" test unreasonable — Whether Federal Court erring in finding it necessary to conduct broader analysis to determine whether individual actually able to exert significant influence on exercise of government power or to benefit from their position — Federal Court erred — Reasonable for visa officer to conclude that respondent senior member of Iraqi public service, inadmissible — Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam not supporting conclusion that some positions enumerated in s. 16 requiring factual inquiry into whether incumbent able to exert significant influence or benefit from their position — Question to ask under Regulations, s. 16(d) is whether individual senior member of public service — Federal Court bound by Adam — Erring in not adopting "top half" test in respect of s. 16(d) — Visa officer's interpretation of "prescribed senior official" consistent with text of definition, purpose of Act, s. 35, Regulations, s. 16 — Federal Court's interpretation contrary to Parliament's intent — Legislation not requiring respondent to be able to influence government policy — Sufficient that individual*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire de la conclusion d'un agent des visas selon laquelle l'intimé était interdit de territoire pour avoir occupé « un poste de rang supérieur » au sein d'un régime désigné qui commettait de graves violations des droits de la personne — L'intimé est un citoyen de l'Irak et est ingénieur — Il a présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugié parrainés au sens de la Convention outre-frontières — Il a occupé au sein du gouvernement irakien des postes classés trois échelons sous celui de Saddam Hussein — Selon l'agent des visas, les fonctions de l'intimé ont permis de démontrer qu'il occupait un poste dont le rang se situait dans la moitié supérieure de la hiérarchie de la fonction publique du gouvernement irakien et qu'il était donc interdit de territoire — La Cour fédérale a statué qu'un examen plus exhaustif, d'un point de vue téléologique et contextuel, s'imposait pour déterminer si un fonctionnaire occupe un poste de rang supérieur dans la fonction publique — Elle a ajouté qu'il était déraisonnable d'appliquer le critère de la « moitié supérieure » — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'il était nécessaire d'effectuer une analyse plus globale afin de déterminer si la personne était effectivement en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par son gouvernement ou en tirait certains avantages — La Cour fédérale a commis une erreur — Il était raisonnable pour l'agent des visas de conclure que l'intimé occupait un poste de rang supérieur dans la fonction publique irakienne et qu'il était donc interdit de territoire — L'arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam n'appuie pas la conclusion selon laquelle certains postes énumérés à l'art. 16 nécessitent un examen des faits pour savoir si le titulaire du poste était en mesure d'exercer une influence importante ou de tirer avantage de*

*occupied senior position in reporting hierarchy of public service of designated regime — Appeal allowed.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review of a visa officer's conclusion that the respondent was inadmissible for being a "prescribed senior official" in the service of a designated regime that engaged in serious human rights abuses.

The respondent is a citizen of Iraq and holds a PhD in electrical engineering. He and his wife applied for permanent residence as sponsored refugees under the Convention Refugees Abroad Class. There was no dispute about the positions held by the respondent while employed by the government of Iraq. He was responsible for the rehabilitation of all telecommunication networks of the electricity sector in Iraq following the first Gulf War, and as director of other departments, had been three levels in the reporting hierarchy below Saddam Hussein. While the respondent admitted that he had held positions in the Iraqi government, he stated that he and his family were devout, practising Catholics and that he was never a member of the Ba'ath Party. The visa officer did not find the respondent's religious faith or lack of association with the Ba'ath Party to be pertinent. The visa officer found that it was reasonable to conclude that the respondent's roles were indicative of being a senior official in the top 50 percent of the Iraqi government public service hierarchy and that the respondent was therefore inadmissible to Canada. The Federal Court held, *inter alia*, that certain positions enumerated under section 16 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* are not clearly defined, including subsection 16(d), "senior members of the public service". It further held that because a civil hierarchy may be less structured than that of a military hierarchy, when considering whether a civil appointment constitutes a senior member of the public service, a more fulsome examination should be done both from a purposive viewpoint and contextually. The Federal Court added that relying on the "top half" test, wherein the position is considered senior if it is in the top half of the organization, is unreasonable. Referring to the decision of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam*, the Federal Court stated that if it

*son poste — En ce qui concerne l'art. 16d), la question est de savoir si l'intéressé est ou était un fonctionnaire ayant occupé un poste de rang supérieur — La Cour fédérale était liée par l'arrêt Adam — Elle a eu tort de ne pas adopter le critère de « moitié supérieure » à l'égard de l'art. 16d) — L'interprétation par l'agent des visas de la définition de l'expression « occuper un poste de rang supérieur » était conforme à la définition et à l'objectif de l'art. 35 de la Loi et celui de l'art. 16 du Règlement — L'interprétation de la Cour fédérale était contraire à la volonté du législateur — Les dispositions législatives n'exigent pas que l'intimé ait été en mesure d'influencer la politique du gouvernement — Il suffit qu'une personne ait occupé un poste de rang supérieur au sein de la hiérarchie de la fonction publique d'un régime désigné — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire de la conclusion d'un agent des visas selon laquelle l'intimé était interdit de territoire pour avoir occupé « un poste de rang supérieur » au sein d'un régime désigné qui commettait de graves violations des droits de la personne.

L'intimé est un citoyen de l'Irak et détient un doctorat en génie électrique. Lui et sa femme ont présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugiés parrainés au sens de la Convention outre-frontières. Les parties se sont entendues sur les postes que l'intimé a occupés lorsqu'il travaillait pour le gouvernement irakien. Il a été responsable de la réhabilitation de tous les réseaux de télécommunications du secteur de l'électricité en Irak, après la première guerre du Golfe et, en sa qualité de directeur d'autres services, il a occupé un poste classé trois échelons sous celui de Saddam Hussein dans la hiérarchie. Bien que l'intimé ait reconnu avoir occupé des postes au sein du gouvernement irakien, il a affirmé que lui-même et sa famille étaient de fervents catholiques pratiquants et qu'il n'a jamais été membre du parti Ba'ath. L'agent des visas a conclu que la foi religieuse ou l'absence de lien de l'intimé avec le parti Ba'ath n'étaient pas pertinentes. Selon l'agent des visas, il était raisonnable de conclure que les fonctions de l'intimé ont permis de démontrer qu'il occupait un poste dont le rang se situait dans la moitié supérieure de la hiérarchie de la fonction publique du gouvernement irakien et qu'il était donc interdit de territoire. La Cour fédérale a statué notamment que certains postes énumérés à l'article 16 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sont pas clairement définis, notamment celui des « hauts fonctionnaires » à l'alinéa 16d). Elle a statué en outre que, puisqu'il est possible qu'une hiérarchie civile soit moins structurée qu'une hiérarchie militaire, un examen plus exhaustif, d'un point de vue téléologique et contextuel, s'impose pour déterminer si un fonctionnaire occupe un poste de rang supérieur dans la fonction publique. La Cour fédérale a ajouté qu'il était déraisonnable d'appliquer le critère de la « moitié supérieure », selon lequel si le poste est dans la moitié supérieure



is found that an individual has held a position enumerated in section 16 of the Regulations, “there is an irrefutable presumption that the individual is or was a prescribed senior official”. Thereafter, the Court cited no authority for the proposition that the “irrefutable presumption” applies only to some, but not all, of the positions enumerated in section 16.

The principal issue was whether the Federal Court erred in finding that it was necessary to conduct a broader analysis to determine whether the individual was actually able to exert significant influence on the exercise of government power or to benefit from their position.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred. It was reasonable for the visa officer to conclude that the respondent was a senior member of the Iraqi public service and so to be inadmissible pursuant to paragraph 35(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Nothing in *Adam* supports the conclusion of the Federal Court that some, not all, of the positions enumerated in section 16 of the Regulations require a factual inquiry into whether the incumbent was actually able to exert significant influence or benefit from their position. In every case the question is whether an individual falls within one of the positions enumerated in section 16. In the case of paragraph 16(d) the question is whether a person is or was a senior member of the public service. The Federal Court’s conclusion was inconsistent with the Court’s statement in *Adam* of the legislation’s rationale. This rationale is that senior officials are considered able to exert significant influence on the exercise of government power. The decision in *Adam* was a binding precedent on the Federal Court. The Federal Court ought to have followed *Adam* while providing written reasons explaining why the decision was viewed to be problematic. The Federal Court erroneously stated that it had not adopted the “top half” test in respect of paragraph 16(d) of the Regulations. The “top half” test refers to the guidance contained in Citizenship and Immigration Canada’s Chapter 18 of the *Enforcement Manual (ENF)*. This test has been applied by the Federal Court without any further contextual analysis in numerous decisions. The Federal Court erred in law by failing to reference these prior decisions and by failing to give cogent reasons supporting the conclusion that they were wrong.

de l’organisation, on peut considérer qu’il est un poste de rang supérieur. Citant la décision de la Cour dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration) c. Adam*, la Cour fédérale a indiqué que, s’il est déterminé qu’une personne a occupé l’un des postes énumérés à l’article 16 du Règlement, « il existe alors [...] une présomption irrefutable selon laquelle l’intéressé occupe ou occupait un poste de rang supérieur ». La Cour n’a ensuite invoqué aucune jurisprudence pour étayer l’affirmation selon laquelle la « présomption irrefutable » ne s’applique qu’à l’égard de certains postes énumérés à l’article 16 et non à tous les postes.

Il s’agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu’il était nécessaire d’effectuer une analyse plus globale afin de déterminer si la personne était effectivement en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par son gouvernement ou en tirait certains avantages.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur. Il était raisonnable pour l’agent des visas de conclure que l’intimé occupait un poste de rang supérieur dans la fonction publique irakienne et qu’il était donc interdit de territoire au titre de l’alinéa 35(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Rien dans l’arrêt *Adam* n’appuie la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle certains postes énumérés à l’article 16 du Règlement, et non tous les postes, nécessitent un examen des faits pour savoir si le titulaire du poste était effectivement en mesure d’exercer une influence importante ou de tirer avantage de son poste. Quoi qu’il en soit, la question est de savoir si le poste de l’intéressé correspond à l’un des postes énumérés à l’article 16. En ce qui concerne l’alinéa 16d), la question est de savoir si l’intéressé est ou était un fonctionnaire ayant occupé un poste de rang supérieur. La conclusion de la Cour fédérale allait à l’encontre de la déclaration de la Cour dans l’arrêt *Adam* quant à la justification des dispositions législatives. Cette justification s’appuie sur le fait que les personnes qui occupent un poste de rang supérieur sont considérées comme étant en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par le gouvernement. Le jugement rendu dans l’arrêt *Adam* était un précédent faisant autorité pour la Cour fédérale. La Cour fédérale aurait dû suivre l’arrêt *Adam* tout en présentant des motifs écrits expliquant pourquoi l’arrêt a été considéré comme posant problème. La Cour fédérale a à tort déclaré qu’elle n’avait pas adopté le critère de « moitié supérieure » à l’égard de l’alinéa 16d) du Règlement. Le critère de « moitié supérieure » fait référence aux directives contenues dans le chapitre 18 du guide opérationnel *Exécution de la loi (ENF)*, publié par Citoyenneté et Immigration Canada. Ce critère a été appliqué par la Cour fédérale sans aucune analyse contextuelle approfondie dans de nombreuses décisions. La Cour fédérale a commis une erreur de droit en omettant de faire référence à ces décisions

The visa officer's interpretation of the definition of "prescribed senior official" was consistent with the text of the definition and the purpose of sections 35 of the Act and 16 of the Regulations. Because of the broad class of persons rendered inadmissible under these provisions, the Minister is given discretion to grant relief against inadmissibility under section 42.1 of the Act. Persons who actually lacked the ability to exert significant influence may be relieved from a finding of inadmissibility. Their admission would not offend the purpose of the legislation. It is for the Minister to consider if the admission of a former senior member of the public service would be contrary to the national interest. On this inquiry, religion, non-membership in the Ba'ath Party and the respondent's sphere of influence may well be relevant factors for the Minister to consider. The Federal Court's interpretation, i.e. that an officer should also look to evidence of the individual's responsibilities and duties, as well as the nature of the position held, would defeat the purpose of a list of prescribed offices and would be contrary to Parliament's intent. All of the positions held by the respondent were senior positions in the Iraqi public service. While the respondent may not have been able to influence government policy, the legislation does not require this. If an officer is satisfied that an individual occupied a senior position in the reporting hierarchy of the public service of a designated regime, the officer may reasonably conclude that the individual was a "senior member of the public service" and a "prescribed senior official" within the meaning of paragraph 35(1)(b) of the Act and section 16 of the Regulations.

antérieures et en ne fournissant pas de motifs convaincants qui appuient la conclusion selon laquelle elles étaient erronées.

L'interprétation par l'agent des visas de la définition de l'expression « occuper un poste de rang supérieur » était conforme à la définition et à l'objectif de l'article 35 de la Loi et celui de l'article 16 du Règlement. Compte tenu de la vaste catégorie de personnes rendues interdites de territoire aux termes de ces dispositions, le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'accorder une dispense à l'encontre d'une interdiction de territoire en application de l'article 42.1 de la Loi. Les personnes qui n'étaient effectivement pas en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir peuvent être exemptées d'une interdiction de territoire. Leur admission ne serait pas contraire à l'objectif de la disposition législative. Il incombe au ministre d'examiner si l'admission d'un ancien fonctionnaire ayant occupé un poste de rang supérieur dans la fonction publique serait contraire à l'intérêt national. La religion, le fait que l'intimé n'était pas membre du parti Ba'ath, ainsi que sa sphère d'influence, pourraient bien être des facteurs pertinents que le ministre devra examiner lors de cette enquête. L'interprétation de la Cour fédérale, à savoir qu'un agent devrait également prendre en compte non seulement les éléments de preuve concernant les fonctions et les responsabilités de la personne concernée, mais aussi la nature du poste occupé, irait à l'encontre de l'objet d'une liste de postes de rang supérieur et serait contraire à la volonté du législateur. Tous les postes occupés par l'intimé étaient des postes de rang supérieur au sein de la fonction publique irakienne. Même si l'intimé n'était peut-être pas en mesure d'influencer la politique du gouvernement, les dispositions législatives ne l'exigent pas. S'il est convaincu qu'une personne a occupé un poste de rang supérieur au sein de la hiérarchie de la fonction publique d'un régime désigné, l'agent peut conclure raisonnablement que la personne était un « haut fonctionnaire » et une personne qui « occup[ait] un poste de rang supérieur », au sens de l'alinéa 35(1)(b) de la Loi et de l'article 16 du Règlement.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 19(1)(f), (1.1).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 35, 42.1.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 16.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam*, [2001] 2 F.C. 337, 266 N.R. 92 (C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19(1)(f), (1.1).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C., 2001, ch. 27, art. 35, 42.1.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 16.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Adam*, [2001] 2 C.F. 337 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Tareen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1260, [2015] F.C.J. No. 1308 (QL); *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895.

## REFERRED TO:

*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Ndibwami v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 924, 359 F.T.R. 182; *Gebremedhin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 380, 431 F.T.R. 42; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 440 N.R. 269; *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 992, 276 F.T.R. 241; *Stone v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 81, 404 F.T.R. 104; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 318 N.R. 365.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Enforcement Manual (ENF)*, Chapter ENF 18: “War crimes and crimes against humanity”.  
Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

APPEAL from a Federal Court decision (2018 FC 1215) allowing an application for judicial review of a visa officer’s conclusion that the respondent was inadmissible for being a “prescribed senior official” in the service of a designated regime that engaged in serious human rights abuses. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Maria Burgos* for appellant.  
*Max Chaudhary, Loughlin Adams-Murphy* and *Arvin Afzali* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Chaudhary Law Office*, North York, Ontario, for respondent.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Tareen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1260, [2015] A.C.F. n° 1308 (QL); *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Ndibwami c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 924; *Gebremedhin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 380; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 992; *Stone c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 81; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89.

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 18 : « Crimes de guerre et crimes contre l’humanité ».  
Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2016.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2018 CF 1215), qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire de la conclusion d’un agent des visas selon laquelle l’intimé était interdit de territoire pour avoir occupé « un poste de rang supérieur » au sein d’un régime désigné qui commettait de graves violations des droits de la personne. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Maria Burgos* pour l’appelant.  
*Max Chaudhary, Loughlin Adams-Murphy* et *Arvin Afzali* pour l’intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelant.  
*Chaudhary Law Office*, North York (Ontario), pour l’intimé.

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

[1] DAWSON J.A.: Paragraph 35(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), renders a foreign national inadmissible for:

**Human or international rights violations**

**35 (1) ...**

**(b)** being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; [Underlining added.]

[2] The term “prescribed senior official” is defined in section 16 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations):

**Application of paragraph 35(1)(b) of the Act**

**16** For the purposes of paragraph 35(1)(b) of the Act, a prescribed senior official is a person who, by virtue of the position they hold or held, is or was able to exert significant influence on the exercise of government power or is or was able to benefit from their position, and includes

- (a) heads of state or government;
- (b) members of the cabinet or governing council;
- (c) senior advisors to persons described in paragraph (a) or (b);
- (d) senior members of the public service;
- (e) senior members of the military and of the intelligence and internal security services;
- (f) ambassadors and senior diplomatic officials; and
- (g) members of the judiciary. [Underlining added.]

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Aux termes de l’alinéa 35(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C., 2001, ch. 27 [la Loi], un étranger devient interdit de territoire pour les faits suivants :

**Atteinte aux droits humains et internationaux**

**35 (1) [...]**

**b)** occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement — au sein d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre, se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l’humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l’humanité et les crimes de guerre*; [Soulignements ajoutés.]

[2] L’expression « occup[er] un poste de rang supérieur » est définie à l’article 16 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) :

**Application de l’alinéa 35(1)b) de la Loi**

**16** Pour l’application de l’alinéa 35(1)b) de la Loi, occupent un poste de rang supérieur les personnes qui, du fait de leurs fonctions — actuelles ou anciennes —, sont ou étaient en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement ou en tirent ou auraient pu en tirer certains avantages, notamment :

- a) le chef d’État ou le chef du gouvernement;
- b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;
- c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);
- d) les hauts fonctionnaires;
- e) les responsables des forces armées et des services de renseignement ou de sécurité intérieure;
- f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;
- g) les juges. [Soulignements ajoutés.]

[3] As explained in more detail below, the principal issue raised on this appeal is whether the Federal Court erred in finding that, notwithstanding an individual was a senior member of the public service of a designated government, for the individual to be deemed to be inadmissible it was necessary to conduct a broader analysis to determine whether the individual was actually able to exert significant influence on the exercise of government power or to benefit from their position.

[4] For the reasons developed below, I have concluded that the Federal Court erred.

#### Factual background

[5] For a person to be inadmissible under paragraph 35(1)(b), the Minister of Public Safety must designate the government they work or worked for to be a regime that engages, or has engaged, “in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity”. To date 11 regimes have been designated. Of relevance to this appeal is that the governments of Ahmed Hassan Al-Bakr and Saddam Hussein, in power in Iraq from 1968 until May 22, 2003, are designated governments.

[6] The respondent, Zaghlol Kassab, is a citizen of the Republic of Iraq and an engineer who holds a PhD in electrical engineering. From April 1969 until June 2000 he was employed by the governments of Ahmed Hassan Al-Bakr and Saddam Hussein in a variety of positions.

[7] The respondent and his wife applied for permanent residence in Canada as sponsored refugees under the Convention Refugees Abroad Class. While a visa officer was satisfied that the respondent and his wife each met the definition of Convention refugee, the visa officer concluded that there were reasonable grounds to believe that the respondent is inadmissible to Canada for being a “prescribed senior official” in the service of a designated regime that engaged in serious human rights abuses.

[3] Comme je l’expliquerai plus en détail ci-dessous, la question principale soulevée dans le présent appel est de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que, même si une personne était un haut fonctionnaire d’un gouvernement désigné, pour que cette personne soit réputée interdite de territoire, il était nécessaire d’effectuer une analyse plus globale afin de déterminer si la personne était effectivement en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par son gouvernement ou en tirait ou aurait pu en tirer certains avantages.

[4] Pour les motifs exposés ci-dessous, j’ai conclu que la Cour fédérale a commis une erreur.

#### Contexte factuel

[5] Pour qu’une personne soit interdite de territoire au titre de l’alinéa 35(1)b), le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile doit désigner le gouvernement pour lequel elle travaille ou a travaillé comme un régime qui se livre ou s’est livré au « terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l’humanité ou un crime de guerre ». À ce jour, 11 régimes ont été désignés. Dans le présent appel, il est pertinent de noter que les gouvernements d’Ahmed Hassan Al-Bakr et de Saddam Hussein, au pouvoir en Irak entre 1968 et le 22 mai 2003, sont des gouvernements désignés.

[6] L’intimé, Zaghlol Kassab, est un citoyen de la République d’Irak et un ingénieur qui détient un doctorat en génie électrique. Entre avril 1969 et juin 2000, il a travaillé pour les gouvernements d’Ahmed Hassan Al-Bakr et de Saddam Hussein au sein desquels il a occupé différents postes.

[7] L’intimé et sa femme ont présenté une demande de résidence permanente au Canada à titre de réfugiés parrainés au sens de la Convention outre-frontières. Bien qu’un agent des visas ait conclu que l’intimé et sa femme répondaient chacun à la définition de réfugié au sens de la Convention, il a conclu qu’il existait des motifs raisonnables de croire que l’intimé était interdit de territoire, car il « occup[ait] un poste de rang supérieur » au sein d’un régime désigné qui commettait de graves violations des droits de la personne.

[8] The respondent successfully challenged the finding of inadmissibility in the Federal Court. For reasons cited 2018 FC 1215 [reasons], the Federal Court allowed the application for judicial review, remitted the matter to a different visa officer for reconsideration and certified the following question:

In determining whether an individual is a prescribed senior official within the meaning of paragraph 35(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, SC 2001, c 27 on the basis that the individual may be a senior member of the public service as enumerated in subsection 16(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, when significant evidence is put forward that the individual was unable to exert significant influence or benefit from their position, can an officer conclude that an individual is a senior member of the public service solely on the basis that the individual is within the top half of the government hierarchy, or is the officer required to conduct a broader analysis and consider such evidence?

[9] This is an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration from the judgment of the Federal Court.

[10] Importantly, there is no dispute about the positions the respondent held while employed by the government of Iraq. At the request of the visa officer, the respondent provided documents setting out the title of each position he held in the government, the dates he served in each position, the duties of each position and, for each position, the number of persons senior to him in the hierarchical structure and the number of persons junior to him or that he supervised.

[11] Three positions were of particular concern to the visa officer and they were enumerated in the procedural fairness letter sent to the respondent.

[12] First, from April 1991 to September 1993, the respondent was the Chief Engineer reporting to the “Director General of the Energy Production”. The respondent was responsible for the rehabilitation of all telecommunication networks of the electricity sector in

[8] L’intimé a contesté avec succès la conclusion d’interdiction de territoire devant la Cour fédérale. Pour les motifs cités dont la référence est 2018 CF 1215 [motifs], la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire, a renvoyé l’affaire à un autre agent des visas aux fins de réexamen et a certifié la question suivante :

Au moment de déterminer si, aux termes de l’alinéa 35(1)b) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, une personne occupe un poste de rang supérieur au sens du Règlement compte tenu du fait qu’elle pourrait être un haut fonctionnaire visé à l’alinéa 16d) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, l’agent peut-il conclure que cette personne est un haut fonctionnaire en se fondant exclusivement sur le fait que son poste se situe dans la moitié supérieure de la hiérarchie gouvernementale, en dépit d’éléments de preuve valables établissant qu’elle n’était pas en mesure d’exercer une influence significative ni de tirer avantage de son poste, ou doit-il effectuer une analyse globale et tenir compte de tels éléments de preuve?

[9] La Cour est saisie d’un appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration du jugement de la Cour fédérale.

[10] Qui plus est, les parties s’entendent sur les postes que l’intimé a occupés lorsqu’il travaillait pour le gouvernement irakien. À la demande de l’agent des visas, l’intimé a fourni des documents où sont précisés le titre de chaque poste qu’il a occupé au sein du gouvernement, la période à laquelle il a occupé chaque poste, les tâches pour le poste et, pour chaque poste, le nombre de personnes occupant un poste de rang supérieur au sien, dans la structure hiérarchique, ainsi que le nombre de personnes occupant un poste de rang inférieur au sien ou qu’il supervisait.

[11] Ces postes ont fait l’objet d’une attention particulière de la part de l’agent des visas et ils ont été énumérés dans la lettre d’équité procédurale transmise à l’intimé.

[12] Premièrement, entre avril 1991 et septembre 1993, l’intimé a occupé le poste d’ingénieur en chef relevant du [TRADUCTION] « directeur général de la production énergétique ». L’intimé a été responsable de la réhabilitation de tous les réseaux de télécommunications



Iraq following the first Gulf War. He supervised 10 teams employing a total of 90 engineers and technicians.

[13] Second, from October 1993 to December 1994, the respondent was the “Head of Telecommunication Department/Centre of Electronic Systems”. The respondent was responsible for the telecommunication services “to the entities of the ministry of Industry”. During this period the Centre was supervised by the Military Industrialization Commission. The respondent was three levels in the reporting hierarchy below Saddam Hussein.

[14] Finally, from January 1995 to August 1995, the respondent was the “Director of Centre for Electronic Systems”. The respondent was responsible for telecommunication, computers and control services for the “entities of the ministry of Industry”. Again, the respondent was three levels in the reporting hierarchy below Saddam Hussein.

[15] While the respondent admitted that he held these and other senior positions in the Iraqi government, and the duties performed in each position, he stated that he and his family are and were devout, practising Catholics and that he was never a member of the Ba’ath Party. The respondent stated that these facts resulted in significant informal restrictions being placed upon his mobility and his ability to exert influence regarding governmental power within the Iraqi public service. This was the evidence of the respondent’s ability to exert influence or benefit considered by the Federal Court and referenced in the certified question.

#### The decision of the visa officer

[16] The visa officer did not find the respondent’s religious faith or lack of association with the Ba’ath Party to be pertinent. Consequently, the visa officer did not find the respondent’s statement that he had no decision-making power in his positions to be credible. In

du secteur de l’électricité en Irak, après la première guerre du Golfe. Il a supervisé 10 équipes composées au total de 90 ingénieurs et techniciens.

[13] Deuxièmement, entre octobre 1993 et décembre 1994, l’intimé a été [TRADUCTION] « chef du service de télécommunications et directeur du centre des systèmes électroniques ». L’intimé était responsable des services de télécommunications offerts [TRADUCTION] « aux entités du ministère de l’Industrie ». Pendant cette période, le centre était supervisé par la Commission d’industrialisation militaire. L’intimé occupait un poste classé trois échelons sous celui de Saddam Hussein dans la hiérarchie.

[14] Enfin, entre janvier 1995 et août 1995, l’intimé a été [TRADUCTION] « directeur du centre des systèmes électroniques ». L’intimé était responsable des services informatiques, de télécommunications et de contrôle pour les [TRADUCTION] « entités du ministère de l’Industrie ». Là encore, l’intimé occupait un poste classé trois échelons sous celui de Saddam Hussein dans la hiérarchie.

[15] Bien que l’intimé ait reconnu avoir occupé ces postes et d’autres postes de rang supérieur au sein du gouvernement irakien et avoir exécuté les tâches relatives à chacun de ces postes, il a affirmé que lui-même et sa famille étaient et sont de fervents catholiques pratiquants et qu’il n’a jamais été membre du parti Ba’ath. L’intimé a allégué que ces faits ont donné lieu à des restrictions informelles importantes apportées à sa mobilité et à sa capacité à influencer l’exercice du pouvoir par son gouvernement au sein de la fonction publique irakienne. C’est la preuve de la capacité de l’intimé à influencer l’exercice du pouvoir ou à pouvoir en tirer certains avantages qui a été examinée par la Cour fédérale et qui a été mentionnée dans la question certifiée.

#### Décision de l’agent des visas

[16] L’agent des visas a conclu que la foi religieuse ou l’absence de lien de l’intimé avec le parti Ba’ath n’étaient pas pertinentes. Par conséquent, l’agent des visas n’a pas estimé que la déclaration de l’intimé, selon laquelle il n’avait aucun pouvoir décisionnel dans

the view of the visa officer, the respondent held a number of managerial positions so that while he may not have reached the upper echelons of the Iraqi public service it was reasonable to conclude that his roles were indicative of being a senior official in the top 50 percent of the Iraqi government public service hierarchy. It followed that the respondent was, in the view of the visa officer, inadmissible to Canada.

#### The decision of the Federal Court

[17] The Federal Court correctly stated that the standard of review to be applied to the decision of the visa officer is reasonableness (reasons, paragraph 17).

[18] After setting out the applicable legislative provisions, the Federal Court’s analysis is contained in the following paragraphs [25 to 33]:

Based on the authorities before me, there are two stages to the analysis that an officer must undertake when determining if an individual is a prescribed senior official within the meaning of paragraph 35(1)(b) of the IRPA.

At the first stage of the analysis, the officer should look to see whether the individual has held one of the positions enumerated in section 16 of the Regulations. If the officer determines that the individual has held one of the enumerated positions, then, as the Respondent rightly points out, there is an irrefutable presumption that the individual is or was a prescribed senior official (*Hussein v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 759 at para 14 [*Hussein*], citing *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Adam*, [2001] 2 FC 337 (CA) at para 7 [*Adam*]). For this reason, paragraph 35(1)(b) has often been termed an absolute liability provision (*Younis v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1157 at para 28). If the officer determines that the individual has not held one of the enumerated positions, the officer may then consider whether the individual, despite not holding an enumerated position, was able to exercise significant influence on the regime’s actions or policies or was able to benefit from their position (*Kojic v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 816 at para 18 [*Kojic*]).

l’exercice de ses fonctions, était crédible. Selon l’agent des visas, l’intimé a occupé plusieurs postes de direction, de sorte que, même s’il n’a pas atteint les plus hauts échelons de la fonction publique irakienne, il était raisonnable de conclure que ses fonctions ont permis de démontrer qu’il occupait un poste dont le rang se situait dans la moitié supérieure de la hiérarchie de la fonction publique du gouvernement irakien. Par conséquent, l’agent des visas a estimé que l’intimé était interdit de territoire.

#### La décision de la Cour fédérale

[17] La Cour fédérale a affirmé à juste titre que la norme de contrôle à appliquer à la décision de l’agent des visas est celle de la décision raisonnable (motifs, au paragraphe 17).

[18] Après avoir énoncé les dispositions législatives applicables, la Cour fédérale a fait l’analyse contenue dans les paragraphes [25 à 33] suivants :

Compte tenu de la jurisprudence dont je dispose, l’analyse qu’un agent doit entreprendre pour déterminer si un individu donné occupe un poste de rang supérieur – au sens du règlement – visé à l’alinéa 35(1)(b) de la LIPR comporte deux étapes.

À la première étape de l’analyse, l’agent doit déterminer si l’intéressé a occupé l’un des postes énumérés à l’article 16 du Règlement. Si tel est le cas, il existe alors – comme l’a fait remarquer avec raison le défendeur – une présomption irréfutable selon laquelle l’intéressé occupe ou occupait un poste de rang supérieur (*Hussein c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 759, au paragraphe 14 [*Hussein*], citant *Canada (Ministre de Citoyenneté et Immigration) c. Adam*, [2001] 2 CF 337 (CA), au paragraphe 7 [*Adam*]). L’alinéa 35(1)(b) a pour cette raison souvent été décrite comme une disposition de responsabilité absolue (*Younis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1157, au paragraphe 28). S’il détermine que l’intéressé n’a pas occupé l’un des postes énumérés, l’agent peut alors se demander s’il était malgré tout en mesure d’influencer sensiblement les actions et politiques du régime en place ou s’il a pu en tirer certains avantages (*Kojic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 816, au paragraphe 18 [*Kojic*]).

If the officer determines that the individual is or was a prescribed senior official, they should then proceed to the second stage of the analysis, the application of paragraph 35(1)(b) of the IRPA. At this stage, the individual deemed to be or have been a prescribed senior official does not have the opportunity to demonstrate that even though he or she in theory had high-level responsibilities, he or she was not able to exert any influence on the exercise of government power: *Hussein*, above at para 14.

Although the second stage of this analysis is straightforward, the first stage is not necessarily so. In *Adam*, the individual in question was a cabinet minister in a designated regime. In such a case, or in a case involving a member of the judiciary or a head of state, the first stage of the analysis is quite clear – the individual’s position is clearly enumerated in section 16 of the Regulations, and the individual is therefore a prescribed senior official; there is, in effect, absolute liability.

However, several of the other positions enumerated in section 16 are less clearly defined, including subsection 16(d), “senior members of the public service”. For such subsections, it may not be clear from an individual’s job title alone whether they hold or held an enumerated position. Therefore, a further examination should be done to determine whether or not the individual falls within the scope of “senior members of the public service”.

As the Respondent highlights, past decisions of this Court have established the proper approach for this further examination with respect to subsection 16(e), which relates to senior members of the military. If it can be demonstrated that the individual falls within the top half of the military hierarchy, that is sufficient to find that the individual is a senior member of the military within the meaning of subsection 16(e) (*Sekularac v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 381 at para 15).

However, that approach does not appear to have been adopted in respect of subsection 16(d) by this Court or the Federal Court of Appeal. Given that a civil hierarchy may be less structured than a military hierarchy, when considering whether a civil appointment constitutes a senior member of the public service, a more fulsome examination should be done both from a purposive viewpoint and contextually. An officer may consider whether the individual’s job title falls within the top half of the government hierarchy [the Top Half Test], but he or she should also

Si l’agent détermine que l’intéressé occupe ou occupait un poste de rang supérieur au sens du règlement, il doit alors passer à la deuxième étape de l’analyse, qui consiste à appliquer l’alinéa 35(1)b) de la LIPR. À ce stade, la personne réputée occuper ou avoir occupé un poste de rang supérieur n’a pas la possibilité de démontrer qu’elle n’était pas en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par son gouvernement même si elle jouissait en principe de hautes responsabilités : *Hussein*, précité, au paragraphe 14.

Bien que la seconde étape de cette analyse soit simple, il n’en va pas nécessairement de même pour la première. Dans l’arrêt *Adam*, la personne en cause était un ministre de cabinet dans un régime désigné. Dans un tel cas, ou dans celui d’un juge ou d’un chef d’État, par exemple, la première étape de l’analyse à suivre est tout à fait claire : le poste en question est manifestement mentionné à l’article 16 du Règlement, de sorte que son titulaire occupe un poste de rang supérieur au sens du règlement. Il s’agit là, de fait, d’une responsabilité absolue.

Cependant, plusieurs des autres postes énumérés à l’article 16 sont moins clairement définis, notamment celui des « hauts fonctionnaires » à l’alinéa 16d). Dans le cas des alinéas concernés, il est possible que l’intitulé du poste ne permette pas à lui seul de déterminer si la personne occupe ou occupait un poste parmi ceux énumérés. Par conséquent, un examen plus approfondi est nécessaire pour pouvoir déterminer si cette personne est visée par l’alinéa relatif aux « hauts fonctionnaires ».

Comme le souligne le défendeur, des décisions antérieures de la Cour ont établi l’approche qu’il convient d’adopter aux fins de cet examen plus approfondi à l’égard de l’alinéa 16e), lequel concerne les responsables des forces armées. S’il peut être démontré que le poste de l’intéressé se situe dans la moitié supérieure de la hiérarchie militaire, ce dernier est alors considéré comme un responsable des forces armées au sens de l’alinéa 16e) (*Sekularac c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 381, au paragraphe 15).

Cependant, ni la Cour ni la Cour d’appel fédérale ne semblent avoir adopté une telle approche à l’égard de l’alinéa 16d). Puisqu’il est possible qu’une hiérarchie civile soit moins structurée qu’une hiérarchie militaire, un examen plus exhaustif, d’un point de vue téléologique et contextuel, s’impose pour déterminer si un fonctionnaire occupe un poste de rang supérieur dans la fonction publique. L’agent peut se demander si l’intitulé du poste relève de la moitié supérieure de la hiérarchie gouvernementale (le critère de la moitié supérieure), mais il lui faut

look to evidence of the individual's responsibilities and duties, as well as the nature of the position held.

I acknowledge *ENF 18: War Crimes and Crimes Against Humanity Manual* [the Manual], which offers guidance to visa officers regarding the analysis they should take under paragraph 35(1)(b) of the IRPA. The following passage from the Manual is quoted in the NSSD Assessment:

In addition to the evidence required, it must be established that the position the person holds or held is a senior one. In order to establish that the person's position was senior, the position should be related to the hierarchy in which the functionary operates .... If it can be demonstrated that the position is in the top half of the organization, the position can be considered senior. This can be further established by evidence of the responsibilities attached to the position and the type of work actually done or the types of decisions made (if not by the Applicant then by holders of similar positions).

Notwithstanding the Manual, in a case such as this, involving a senior member of the public service, where there is highly relevant evidence suggesting that an individual was unable to yield [sic] meaningful influence or benefit from their position, relying on the Top Half Test alone is unreasonable. [Underlining added.]

[19] While what was at issue was the reasonableness of the officer's interpretation of paragraph 35(1)(b) of the Act and, in turn, paragraph 16(d) of the Regulations, the Federal Court did not in its reasons consider whether the visa officer's decision was consistent with the principles of statutory interpretation and the text, context and purpose of the applicable legislation.

[20] As the Minister argues, and as explained below, the reasons of the Federal Court are problematic in at least two important respects.

également prendre en compte non seulement les éléments de preuve concernant les fonctions et les responsabilités de la personne concernée, mais aussi la nature du poste occupé.

Je prends acte du *Guide ENF 18 Crimes de guerre et crimes contre l'humanité* (le guide), qui fournit aux agents des visas des directives concernant l'analyse à effectuer au titre de l'alinéa 35(1)(b) de la LIPR. L'extrait suivant du guide est reproduit dans l'évaluation de la DESN :

Outre la preuve nécessaire, on doit établir que le poste est de rang supérieur. À cette fin, on doit situer le poste dans la hiérarchie où le fonctionnaire travaille. [...] Si l'on peut prouver que le poste est dans la moitié supérieure de l'organisation, on peut considérer qu'il est un poste de rang supérieur. Un autre moyen de l'établir est celui des preuves de responsabilités liées au poste et du type de travail effectué ou des types de décisions prises (à défaut d'être prises par le demandeur, par les titulaires de postes analogues).

Malgré ce que prévoit le guide, dans une affaire comme celle de l'espèce, où il est question d'un fonctionnaire ayant occupé un poste de rang supérieur et où il existe des éléments de preuve extrêmement pertinents tendant à démontrer qu'il n'était pas en mesure d'exercer [sic] une influence importante ni de tirer avantage de son poste, il est déraisonnable de s'appuyer exclusivement sur le critère de la moitié supérieure. [Non souligné dans l'original.]

[19] Même si la question en litige était le caractère raisonnable de l'interprétation par l'agent de l'alinéa 35(1)(b) de la Loi, puis de l'alinéa 16(d) du Règlement, la Cour fédérale n'a pas, dans ses motifs, examiné la question de savoir si la décision de l'agent des visas était conforme aux principes d'interprétation législative, ainsi qu'au texte, au contexte et à l'objet des dispositions législatives applicables.

[20] Comme le ministre l'affirme et comme il est expliqué ci-dessous, les motifs de la Cour fédérale sont problématiques à l'égard d'au moins deux éléments importants.

The Federal Court erred in law

[21] First, the Federal Court correctly stated, at paragraphs 26 and 27, the nature of the analysis to be conducted. Referring to the decision of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Adam*, [2001] 2 F.C. 337, 266 N.R. 92 (C.A.), the Federal Court stated that if it is found that an individual has held a position enumerated in section 16 of the Regulations “there is an irrefutable presumption that the individual is or was a prescribed senior official”. Thereafter, the Court cited no authority for the proposition advanced in paragraph 29 of the reasons that the “irrefutable presumption” applies only to some, but not all, of the positions enumerated in section 16.

[22] In *Adam*, one of the questions addressed by this Court was whether paragraph 19(1)(l) and subsection 19(1.1) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, then in force “contain a rebuttable presumption”.

[23] The provisions then at issue read as follows:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(l) persons who are or were senior members of or senior officials in the service of a government that is or was, in the opinion of the Minister, engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations or war crimes or crimes against humanity within the meaning of subsection 7(3.76) of the *Criminal Code*, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(l), “senior members of or senior officials in the service of a government” means persons who, by virtue of the position they hold or have held, are or were able to exert a significant influence on the exercise of government power and, without limiting its generality, includes

(a) heads of state or government;

La Cour fédérale a commis une erreur de droit

[21] Premièrement, la Cour fédérale a correctement indiqué, aux paragraphes 26 et 27, la nature de l’analyse à effectuer. Citant la décision de notre Cour dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration) c. Adam*, [2001] 2 C.F. 337(C.A.), la Cour fédérale a indiqué que, s’il est déterminé qu’une personne a occupé l’un des postes énumérés à l’article 16 du Règlement, « il existe alors [...] une présomption irréfutable selon laquelle l’intéressé occupe ou occupait un poste de rang supérieur ». La Cour n’a ensuite invoqué aucune jurisprudence pour étayer l’affirmation avancée au paragraphe 29 des motifs selon laquelle la « présomption irréfutable » ne s’applique qu’à l’égard de certains postes énumérés à l’article 16 et non à tous les postes.

[22] Dans l’arrêt *Adam*, l’une des questions traitées par notre Cour était de savoir si l’alinéa 19(1)l) et le paragraphe 19(1.1) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, alors en vigueur, « cont[enaient] une présomption réfutable ».

[23] Les dispositions alors en cause étaient rédigées ainsi :

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

[...]

l) celles qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d’un gouvernement qui, de l’avis du ministre, se livre ou s’est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l’humanité, au sens du paragraphe 7(3.76) du *Code criminel*, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national.

(1.1) Les personnes visées par l’alinéa (1)l) sont celles qui, du fait de leurs présentes ou anciennes fonctions, sont ou étaient en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement, notamment :

a) le chef d’État ou le chef du gouvernement;

(b) members of the cabinet or governing council;

b) les membres du cabinet ou du conseil exécutif;

(c) senior advisors to persons described in paragraph (a) or (b);

c) les principaux conseillers des personnes visées aux alinéas a) et b);

(d) senior members of the public service;

d) les hauts fonctionnaires;

(e) senior members of the military and of the intelligence and internal security apparatus;

e) les responsables des forces armées, des services de renseignement ou de la sécurité intérieure;

(f) ambassadors and senior diplomatic officials; and

f) les ambassadeurs et les membres du service diplomatique de haut rang;

(g) members of the judiciary. [Underlining added.]

g) les juges. [Soulignements ajoutés.]

[24] The provisions, while not identical, are substantially similar to those now at issue.

[24] Les dispositions, bien qu'elles ne soient pas identiques, sont essentiellement similaires à celles qui sont ici en cause.

[25] At paragraph 8 of the Court's reasons in *Adam*, the majority, quoting with approval from an earlier decision of the Federal Court, described the legislative scheme in the following terms:

[25] Au paragraphe 8 des motifs de la Cour, dans l'arrêt *Adam*, la majorité, citant avec approbation une décision antérieure de la Cour fédérale, a précisé ce qui suit concernant le régime législatif :

.... The scheme of the legislation is to consider senior members or officials of a government as persons who were able to exert a significant influence on the exercise of the government's power such that they must take responsibility for the objectionable acts of their government. Persons holding specific positions within a government are deemed to be senior members of, or senior officials in the service of a government for that purpose. It is on that basis that the applicant, as an ambassador, was considered to be a person within the meaning of paragraph 19(1)(l). [Underlining added.]

[...] Le but des dispositions législatives est de considérer les membres supérieurs ou les fonctionnaires d'un gouvernement comme des personnes qui étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement, de sorte qu'ils doivent être tenus responsables des actes répréhensibles de celui-ci. Les personnes occupant certains postes au sein d'un gouvernement sont présumées être des membres supérieurs de celui-ci ou des fonctionnaires supérieurs à son service à cette fin. C'est pour cette raison que le requérant, en qualité d'ambassadeur, a été considéré comme une personne visée par l'alinéa 19(1)l. [Non souligné dans l'original.]

[26] At paragraph 11 of the Court's reasons, the majority concluded that the Federal Court "correctly determined that paragraph 19(1)(l) does not contain a rebuttable presumption and that the Board erred in deciding that it did."

[26] Au paragraphe 11 des motifs de la Cour, la majorité a conclu que la Cour fédérale « a correctement décidé que l'alinéa 19(1)l ne contient pas de présomption réfutable et que la Commission a commis une erreur en jugeant qu'il en contenait une ».

[27] Nothing in the decision in *Adam* supports the conclusion of the Federal Court in this case that some, not all, of the positions enumerated in section 16 of the Regulations require a factual inquiry into whether the

[27] Rien dans l'arrêt *Adam* n'appuie la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle, en l'espèce, certains postes énumérés à l'article 16 du Règlement, et non tous les postes, nécessitent un examen des faits pour savoir si



incumbent was actually able to exert significant influence or benefit from their position. In every case the question is whether an individual falls within one of the positions enumerated in section 16 of the Regulations. In the case of paragraph 16(d) the question is whether a person is or was a senior member of the public service.

[28] The Federal Court's conclusion is inconsistent with this Court's statement in *Adam* of the legislation's rationale. This rationale is that senior officials are considered, by virtue of their position, to be able to exert significant influence on the exercise of government power. Thus, persons holding specific positions are by virtue of their position deemed to be prescribed senior officials.

[29] Similarly, this Court's statement that then paragraph 19(1)(l) did not contain a rebuttable presumption applied to all individuals falling within the definition of "senior members of or senior officials in the service of a government". Unlike the Federal Court, this Court drew no distinction between the enumerated exemplars set out in what was then subsection 19(1.1) of the Act [*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2].

[30] The decision in *Adam* was a binding precedent on the Federal Court, and the Court erred in failing to follow *Adam*. To the extent the Federal Court believed the *Adam* decision to be problematic, rather than purporting to overrule the decision, the Federal Court ought to have followed it while providing written reasons explaining why the decision was viewed to be problematic (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraph 21).

[31] The next concern, related to this concern, is the Federal Court's erroneous statement, at paragraph 31, that the Federal Court had not adopted the "top half" test in respect of paragraph 16(d) of the Regulations.

le titulaire du poste était effectivement en mesure d'exercer une influence importante ou de tirer avantage de son poste. Quoiqu'il en soit, la question est de savoir si le poste de l'intéressé correspond à l'un des postes énumérés à l'article 16 du Règlement. En ce qui concerne l'alinéa 16d), la question est de savoir si l'intéressé est ou était un fonctionnaire ayant occupé un poste de rang supérieur.

[28] La conclusion de la Cour fédérale va à l'encontre de la déclaration de notre Cour dans l'arrêt *Adam* quant à la justification des dispositions législatives. Cette justification s'appuie sur le fait que les personnes qui occupent un poste de rang supérieur sont considérées, du fait de leurs fonctions, comme étant en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par le gouvernement. Ainsi, les personnes occupant certains postes sont, du fait de leurs fonctions, réputées occuper un poste de rang supérieur.

[29] De même, la déclaration de notre Cour, selon laquelle l'alinéa 19(1)l) ne contenait pas une présomption réfutable, s'appliquait à toutes les personnes correspondant à la définition de « [personnes] qui, à un rang élevé, font ou ont fait partie ou sont ou ont été au service d'un gouvernement ». Contrairement à la Cour fédérale, notre Cour n'a pas établi une distinction entre les exemples représentatifs alors énumérés au paragraphe 19(1.1) de la Loi [*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2].

[30] Le jugement rendu dans l'arrêt *Adam* était un précédent faisant autorité pour la Cour fédérale et celle-ci a commis une erreur en ne le suivant pas. Dans la mesure où la Cour fédérale estimait que l'arrêt *Adam* posait problème, au lieu d'affirmer qu'elle écartait le jugement, la Cour fédérale aurait dû le suivre tout en présentant des motifs écrits expliquant pourquoi l'arrêt a été considéré comme posant problème (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, au paragraphe 21).

[31] La préoccupation suivante, qui est liée à cette préoccupation, est la déclaration erronée de la Cour fédérale, au paragraphe 31, selon laquelle celle-ci n'a pas adopté le critère de « moitié supérieure » à l'égard de l'alinéa 16d) du Règlement.

[32] The “top half” test refers to the guidance contained in Chapter 18 of the Operational Manual [*Enforcement Manual (ENF)*], issued by what formerly was Citizenship and Immigration Canada, dealing with “War Crimes and Crimes Against Humanity”. The Manual instructs that with respect to persons described in paragraphs 16(c), (d), (e) and senior diplomatic officials described in subsection 16(f):

In order to establish that the person’s position was senior, the position should be related to the hierarchy in which the functionary operates. Copies of organization charts can be located from the *Europa World Year Book*, *Encyclopedia of the Third World*, *Country Reports on Human Rights Practices* (U.S. Department of State). If it can be demonstrated that the person is in the top half of the organization, the position can be considered senior.

[33] Contrary to the conclusion of the Federal Court in this case, the “top half” test has been applied by the Federal Court without any further contextual analysis in the following decisions relating to inadmissibility based on senior membership in the public service:

*Ndibwami v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 924, 359 F.T.R. 182

*Gebremedhin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 380, 431 F.T.R. 42

[34] In *Tareen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1260, [2015] F.C.J. No. 1308 (QL), while the Federal Court did not refer to the “top half” test, at paragraph 40 the Court wrote:

Senior members of the public service are examples of officials able to exert significant influence on the exercise of government power, or able to benefit from their position. A finding that an individual is or was a senior member of the public service of a government described in paragraph 35(1)(b) of the IRPA is sufficient for a finding of inadmissibility. Like paragraph 34(1)(f), ministerial relief is available to individuals found inadmissible under this provision. As a result, *Ezokola* does not assist the applicants. The Officer was not required to consider whether Mr. Tareen was complicit in the Taliban regime. He was only required to consider whether Mr. Tareen was a senior

[32] Le critère de « moitié supérieure » fait référence aux directives contenues dans le chapitre 18 du guide opérationnel [*Exécution de la loi (ENF)*], publié par ce qui était autrefois Citoyenneté et Immigration Canada et traitant des « Crimes de guerre et crimes contre l’humanité ». Ce guide indique ce qui suit à l’égard des personnes décrites aux alinéas 16c), d), e) et des membres du service diplomatique de haut rang décrits à l’alinéa 16f) :

À cette fin, on doit situer le poste dans la hiérarchie où le fonctionnaire travaille. On peut trouver des exemplaires d’organigrammes dans des ouvrages comme *Europa World Year Book* et *Encyclopedia of the Third World, Country Reports on Human Rights Practices* (du Département d’État des É.-U.). Si l’on peut prouver que le poste est dans la moitié supérieure de l’organisation, on peut considérer qu’il est un poste de rang supérieur.

[33] Contrairement à la conclusion de la Cour fédérale en l’espèce, le critère de la « moitié supérieure » a été appliqué par la Cour fédérale sans aucune analyse contextuelle approfondie des décisions suivantes relatives à l’interdiction de territoire pour exercice de la fonction de haut fonctionnaire :

*Ndibwami c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 924

*Gebremedhin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 380

[34] Dans la décision *Tareen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1260, [2015] A.C.F. n° 1308 (QL), bien que la Cour fédérale n’ait pas fait référence au critère de la « moitié supérieure », elle a écrit ce qui suit, au paragraphe 40 :

Les hauts fonctionnaires comptent parmi les personnes qui sont en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement ou d’en tirer certains avantages. La conclusion qu’une personne est ou a été un haut fonctionnaire d’un gouvernement visé à l’alinéa 35(1)b) de la LIPR suffit pour conclure à l’interdiction de territoire. Tout comme dans le cas de l’alinéa 34(1)f), les personnes déclarées interdites de territoire en vertu de cette disposition peuvent demander une dispense ministérielle. Par conséquent, l’arrêt *Ezokola* n’est d’aucun secours pour les demandeurs. L’agent n’avait pas l’obligation de se demander si M. Tareen s’était fait complice

official of that regime within the meaning of section 16 of the Regulations. [Underlining added.]

[35] The doctrine of judicial comity operates to prevent the same legal issue from being decided differently by members of the same Court—the doctrine promotes certainty and predictability in the law. The doctrine is a manifestation of the principle of *stare decisis*. The Federal Court has applied the doctrine, holding that while decisions rendered by colleagues are persuasive and should be given considerable weight, a departure is authorized when a judge is convinced that the prior decision is wrong and can advance cogent reasons in support of this view (*Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 440 N.R. 269, at paragraph 47, citing *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 992, 276 F.T.R. 241, at paragraph 29 and *Stone v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 81, 404 F.T.R. 104, at paragraph 12).

[36] In my view, the Federal Court erred in law by failing to reference these prior, conflicting decisions and by failing to give cogent reasons supporting the conclusion that the prior jurisprudence was wrong.

[37] I have dealt with the reasons of the Federal Court in some detail because of the importance of the doctrine of *stare decisis*. However, it is well settled that on an appeal to this Court from a judgment of the Federal Court rendered on judicial review of a decision of an administrative decision maker, this Court is to “step into the shoes” of the Federal Court and focus upon the decision of the administrative decision maker (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 46 and 47). In the present case, this Court must consider whether the visa officer’s interpretation of the term “prescribed senior official” was an interpretation that the language of the Act and Regulations “can reasonably bear.” (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 40).

du régime des talibans. Il était uniquement tenu de se demander si M. Tareen occupait un poste de rang supérieur au sein de ce régime au sens de l’article 16 du Règlement. [Non souligné dans l’original.]

[35] La doctrine de la courtoisie judiciaire a pour effet d’empêcher que la même question de droit soit tranchée différemment par les membres du même tribunal. Cette doctrine promeut la certitude et la prévisibilité du droit. La doctrine est une manifestation du principe du *stare decisis*. La Cour fédérale a appliqué la doctrine, en concluant que, bien que les décisions rendues par d’autres juges aient une force persuasive et qu’une grande importance doive leur être accordée, le juge peut écarter une décision antérieure lorsqu’il est convaincu que celle-ci est erronée et qu’il peut fournir des motifs convaincants à l’appui de cette opinion (*Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308, au paragraphe 47, citant *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 992, au paragraphe 29 et *Stone c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 81, au paragraphe 12).

[36] À mon avis, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en omettant de faire référence à ces décisions antérieures contradictoires et en ne fournissant pas de motifs convaincants qui appuient la conclusion selon laquelle la jurisprudence antérieure était erronée.

[37] Compte tenu de l’importance de la doctrine du *stare decisis*, j’ai abordé de façon assez détaillée les motifs de la Cour fédérale. Cependant, il est bien établi que, lors d’un appel devant notre Cour d’une décision rendue par la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire d’une décision d’un décideur administratif, notre Cour doit se « met[tre] à la place » de la Cour fédérale et se concentrer sur la décision du décideur administratif (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 46 et 47). En l’espèce, notre Cour doit examiner si l’interprétation par l’agent des visas de l’expression « occuper un poste de rang supérieur » était une interprétation « que permet raisonnablement » le libellé de la Loi et du Règlement. (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 40).

Was the visa officer’s interpretation of the term “prescribed senior official” and the application of that term to the facts before him reasonable?

[38] As explained above, the visa officer applied the “top half” test. As, without doubt, the respondent had held positions within the “top half” of the Iraqi government public service, the visa officer reasoned that it followed that the respondent had served as a senior member of the public service of a designated regime. The respondent therefore fell within the definition of a “prescribed senior official” and was inadmissible pursuant to paragraph 35(1)(b) of the Act. On the officer’s interpretation of the definition, the respondent’s religion and political affiliation were not pertinent.

[39] I pause here to note that the visa officer did not conduct a formal, statutory interpretation exercise before determining that neither the respondent’s religious faith nor his lack of association with the Ba’ath Party was pertinent. Rather, he applied the guidance contained in the relevant Operational Manual. The Manual, as set out in paragraph 32 above, instructed that to determine whether a position was senior, an officer was to consider whether the position was one in the top half of the organization’s hierarchy.

[40] The Federal Court concluded that it was unreasonable to apply the “top half” test to a senior member of the public service when there was evidence suggesting that the individual was in fact unable to yield meaningful influence or benefit from the position.

[41] The visa officer’s decision was predicated upon his interpretation of “prescribed senior official”. It follows that to assess the reasonableness of the officer’s decision it is necessary to look to the legal or factual considerations that constrained the visa officer. This includes the publicly available Operational Manual, the governing legislative scheme and the principles of statutory interpretation.

L’interprétation par l’agent des visas de l’expression « occuper un poste de rang supérieur » et l’application de cette expression aux faits qui lui ont été présentés étaient-elles raisonnables?

[38] Comme je l’ai expliqué, l’agent des visas a appliqué le critère de la « moitié supérieure ». L’intimé ayant occupé, sans aucun doute, des postes situés dans la « moitié supérieure » de la fonction publique du gouvernement irakien, l’agent des visas a conclu que l’intimé avait été un haut fonctionnaire au sein d’un régime désigné. L’intimé était donc visé par la définition de l’expression « occuper un poste de rang supérieur » et était interdit de territoire en vertu de l’alinéa 35(1)b) de la Loi. Selon l’interprétation par l’agent de la définition de l’expression, la religion et l’affiliation politique de l’intimé n’étaient pas pertinentes.

[39] Je m’arrête ici pour souligner que l’agent des visas n’a pas procédé à une interprétation législative avant de conclure que ni la foi religieuse ni l’absence de lien avec le parti Ba’ath de l’intimé n’étaient pertinentes. Il a plutôt appliqué les lignes directrices du guide opérationnel approprié. Ce guide, comme l’indique le paragraphe 32 ci-dessus, expliquait que, pour déterminer si un poste était de rang supérieur, un agent devait examiner si le poste était dans la moitié supérieure de la hiérarchie de l’organisation.

[40] La Cour fédérale a conclu qu’il était déraisonnable d’appliquer le critère de la « moitié supérieure » à un haut fonctionnaire lorsque les éléments de preuve tendaient à démontrer qu’il n’était, en fait, pas en mesure d’exercer une influence importante ni de tirer avantage de son poste.

[41] La décision de l’agent des visas était fondée sur son interprétation de l’expression « occuper un poste de rang supérieur ». Il s’ensuit que, pour évaluer le caractère raisonnable de la décision de l’agent, il est nécessaire de prendre en compte les considérations juridiques ou de fait auxquelles l’agent des visas a été assujéti. Cela comprend le guide opérationnel accessible au public, le régime législatif applicable et les principes d’interprétation législative.

[42] I turn first to the Operational Manual. This Manual informs or explains in greater detail the visa officer's decision. Further, guidelines such as those found in the Manual have been held to provide a useful indicator of what constitutes a reasonable interpretation of a given provision of the Act (*Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraph 32). This said, such guidelines are not legally binding.

[43] I next turn to the principles of statutory interpretation—not for the purpose of conducting a *de novo* analysis—but rather to consider whether the visa officer's decision is consistent with the text, context and purpose of the relevant provisions.

[44] As to the relevant text, paragraph 35(1)(b) of the Act renders a permanent resident or foreign national inadmissible on the basis of their status. The provision requires an inquiry into whether a person holds or held a specified position, namely were they a “prescribed senior official”? This is to be contrasted with paragraph 35(1)(a) of the Act which renders a person inadmissible for their own actions: committing a specified offense outside of Canada. No such direct culpability is required in the case of paragraph 35(1)(b).

[45] Section 16 of the Regulations provides a non-exhaustive definition of the term “prescribed senior official”. In material part for the purpose of this appeal, a “prescribed senior official” is one “who, by virtue of the position they hold or held, is or was able to exert significant influence on the exercise of government power”. The definition then goes on to expressly include within the definition “senior members of the public service”.

[46] In the third edition of her work *Statutory Interpretation* (Toronto: Irwin Law, 2016), at page 80, Professor Ruth Sullivan explains that non-exhaustive definitions “are usually introduced by the expression ‘includes,’ or ‘does not include,’ followed by a directive which adds or subtracts from the ordinary (or technical)

[42] J'examinerai d'abord le guide opérationnel. Ce guide éclaire plus en détail la décision de l'agent des visas. En outre, on considère que les lignes directrices, telles que celles contenues dans le guide, donnent une indication utile de ce qui constitue une interprétation raisonnable d'une disposition donnée de la Loi (*Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, au paragraphe 32). Cela dit, ces lignes directrices ne sont pas juridiquement contraignantes.

[43] J'examinerai ensuite les principes d'interprétation législative, non pas dans le but d'effectuer une analyse *de novo*, mais plutôt pour se demander si la décision de l'agent des visas est conforme au texte, au contexte et à l'objet des dispositions pertinentes.

[44] Quant au libellé pertinent, l'alinéa 35(1)b) de la Loi rend un résident permanent ou étranger interdit de territoire en raison de son statut. La disposition exige la tenue d'une enquête pour savoir si une personne occupe ou a occupé un certain poste, à savoir un « poste de rang supérieur ». Ce doit être mis en contraste avec l'alinéa 35(1)a) de la Loi qui rend une personne interdite de territoire en raison de ses propres actions : commettre, hors du Canada, une certaine infraction. Aucune responsabilité directe de ce type n'est exigée en ce qui concerne l'alinéa 35(1)b).

[45] L'article 16 du Règlement donne une définition non exhaustive de l'expression « occuper un poste de rang supérieur ». En grande partie aux fins du présent appel, « occupent un poste de rang supérieur » les personnes « qui, du fait de leurs fonctions — actuelles ou anciennes —, sont ou étaient en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement ». Puis la suite de la définition inclut expressément les « hauts fonctionnaires ».

[46] Dans la troisième édition de son ouvrage *Statutory Interpretation* (Toronto : Irwin Law, 2016), à la page 80, la professeure Ruth Sullivan explique que les définitions non exhaustives [TRADUCTION] « sont généralement introduites par l'expression 'inclut' ou 'n'inclut pas', suivie d'une consigne qui constitue un ajout ou un

meaning of the defined term.” She provides the following example:

In this Part,

“nets” includes crab pots and lobster traps but does not include gill nets.

[47] Professor Sullivan then explains [at page 80]:

This definition presupposes that the interpreter knows or will be able to determine the ordinary meaning of “nets” in this context. The point of the definition is not to fix the meaning of “nets” but to ensure that provisions governing the use of nets apply equally to crab pots and lobster traps, which are functional equivalents, and do not apply to gill nets, which are meant to be governed by different rules.

[48] Applying this principle to the definition of “prescribed senior official”, the definition is worded so as to ensure that “senior members of the public service” are included within the definition of a “prescribed senior official”. In every case, the focus of the inquiry is to be on whether a member of the public service qualifies as a “senior” member of the public service. Senior members of the public service are deemed “by virtue of the position they hold or held” to be or to have been “able to exert significant influence” on the regime.

[49] The text of the definition also includes as prescribed senior officials those who, while not holding an enumerated position, are or were actually able to exert significant influence or to benefit from their position.

[50] The visa officer’s interpretation of the definition of “prescribed senior official” was consistent with the text of the definition.

[51] I now turn to the purpose of section 35 of the Act and section 16 of the Regulations. Section 35 is an

retranchement par rapport au sens ordinaire (ou technique) du terme défini ». Elle fournit l’exemple suivant :

[TRADUCTION] Dans la présente partie, le terme « filets » inclut les casiers à crabes et les casiers à homards. En revanche, il n’inclut pas les filets maillants.

[47] La professeure Sullivan donne ensuite l’explication suivante [à la page 80] :

[TRADUCTION] Cette définition présuppose que la personne qui interprète sait ou sera en mesure d’établir le sens ordinaire du terme « filets » dans ce contexte. La définition ne vise pas à donner un sens figé du terme « filets », mais plutôt à veiller à ce que les dispositions régissant l’utilisation des filets s’appliquent aussi bien aux casiers à crabes qu’aux casiers à homards, qui sont des équivalents fonctionnels, et non aux filets maillants qui sont censés être régis par des règlements différents.

[48] En appliquant ce principe à la définition de l’expression « occuper un poste de rang supérieur », la définition est formulée de manière à veiller à ce que les « hauts fonctionnaires » soient inclus dans la définition d’une personne « occup[ant] un poste de rang supérieur ». Quoiqu’il en soit, l’enquête doit porter sur la question de savoir si un membre de la fonction publique peut être considéré comme un « haut fonctionnaire ». « [D]u fait de leurs fonctions — actuelles ou anciennes — », les hauts fonctionnaires sont réputés être ou avoir été « en mesure d’influencer sensiblement » le régime.

[49] La définition inclut également, à titre de personnes occupant un poste de rang supérieur, celles qui, bien qu’elles n’occupent ou n’aient pas occupé un poste parmi ceux énumérés, sont ou étaient effectivement en mesure d’exercer une influence importante ou de tirer avantage de leur poste.

[50] L’interprétation par l’agent des visas de la définition de l’expression « occuper un poste de rang supérieur » était conforme à la définition.

[51] J’examinerai maintenant l’objectif de l’article 35 de la Loi et celui de l’article 16 du Règlement.



inadmissibility provision designed to exclude persons implicated in human or international rights violations. Section 16 is intended to provide clarity as to the scope of persons to be excluded as a result of their position in a designated regime. Among others, senior advisors to heads of government and cabinet, senior members of the public service and military and senior diplomatic officials are rendered inadmissible. A broad net is cast to avoid the evidentiary challenges posed by having to establish that any particular individual has or had influence on the exercise of government power.

[52] In *Adam*, at paragraph 8, the majority of this Court adopted the statement that the focus, or purpose, of the predecessor legislation was to “ensure, as far as possible, that Canada does not become a haven for persons who have engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, war crimes or crimes against humanity.” I agree that this remains the purpose of the current legislation. To this I would add that the purpose also includes preventing the admission into Canada of persons deemed, by virtue of the position they hold or held in a designated regime, to be or to have been able to exert significant influence on the exercise of their government’s power. The provision seeks to hold such individuals responsible for the actions of their government and render them inadmissible.

[53] The officer’s interpretation of the definition is consistent with this purpose.

[54] Finally, I turn to the legislation’s context. In my view, there are two important contextual factors.

[55] The first is found in section 42.1 of the Act, which permits the responsible Minister, either on the application of a foreign national or on the Minister’s own initiative, to, among other things “declare that the matters

L’article 35 est une disposition d’interdiction de territoire qui vise à exclure les personnes ayant pris part à des violations des droits de la personne ou du droit international. L’article 16 a pour objet d’apporter plus de clarté concernant les personnes visées par cette exclusion en raison du poste qu’elles occupent dans un régime désigné. Les principaux conseillers des chefs de gouvernement et de cabinet, les hauts fonctionnaires et les membres des forces armées et du service diplomatique de haut rang, entre autres, sont interdits de territoire. On a élargi la définition pour éviter de se heurter aux difficultés de réunir des éléments de preuve posées par le fait de devoir établir qu’une personne en particulier influence ou a influencé l’exercice du pouvoir par le gouvernement.

[52] Dans l’arrêt *Adam*, au paragraphe 8, la majorité de la Cour a souscrit à la déclaration selon laquelle l’objet ou l’objectif de la disposition législative antérieure était « d’éviter, dans la mesure du possible, que le Canada ne devienne un refuge pour les personnes qui se sont livrées à des actes de terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou à des crimes de guerre ou contre l’humanité ». J’admets que cela demeure l’objectif des dispositions législatives actuelles. J’ajouterais à cela que l’objectif est aussi d’empêcher l’admission au Canada de personnes qui, du fait de leurs fonctions — actuelles ou anciennes —, dans un régime désigné, sont réputées être ou avoir été en mesure d’influencer sensiblement l’exercice du pouvoir par leur gouvernement. L’objectif de la disposition est de rendre ces personnes responsables des mesures prises par leur gouvernement et de les interdire de territoire.

[53] L’interprétation par l’agent de la définition concorde avec cet objectif.

[54] Enfin, j’examinerai le contexte de la disposition législative. À mon avis, il existe deux facteurs contextuels importants.

[55] Le premier facteur est mentionné à l’article 42.1 de la Loi. Il permet au ministre responsable, sur demande d’un étranger ou de sa propre initiative, entre autres, de « déclarer que les faits visés [...], aux alinéas [...] 35(1)b

referred to in ... paragraphs ... 35(1)(b) ... do not constitute inadmissibility in respect of the foreign national". The Minister may make such a declaration if satisfied that the declaration "is not contrary to the national interest."

[56] Subsection 42.1(3) specifies that:

**42.1 ...**

**Considerations**

(3) In determining whether to make a declaration, the Minister may only take into account national security and public safety considerations, but, in his or her analysis, is not limited to considering the danger that the foreign national presents to the public or the security of Canada. [Underlining added.]

[57] The relevance of section 42.1 is this. The combined effect of paragraph 35(1)(b) of the Act and section 16 of the Regulations is to deem senior members of the public service to be able to exercise significant influence on their government by virtue of the office they hold. Because of the broad class of persons rendered inadmissible under these provisions, the Minister is given discretion to grant relief against inadmissibility. Section 42.1 permits this, and recognizes that in a particular case the admission of a senior member of the public service may not be contrary to Canada's national interest. The inquiry into the national interest is to be a narrow one: would the admission of a particular individual give rise to foreign or domestic national security or public safety concerns? The narrow focus of the inquiry permits individuals who, notwithstanding the office they hold or held, lack or lacked the ability to benefit from their position or to wield significant influence, to argue that their admission would not be contrary to Canada's national interest. Put another way, persons who actually lacked the ability to exert significant influence may be relieved from a finding of inadmissibility. Their admission would not offend the purpose of the legislation.

[...] n'emportent pas interdiction de territoire à l'égard de l'étranger ». Le ministre peut faire une telle déclaration s'il est convaincu qu'elle « ne serait pas contraire à l'intérêt national ».

[56] Le paragraphe 42.1(3) précise ce qui suit :

**42.1 [...]**

**Considérations**

(3) Pour décider s'il fait la déclaration, le ministre ne tient compte que de considérations relatives à la sécurité nationale et à la sécurité publique sans toutefois limiter son analyse au fait que l'étranger constitue ou non un danger pour le public ou la sécurité du Canada. [Soulignements ajoutés.]

[57] La pertinence de l'article 42.1 est la suivante. L'effet combiné de l'alinéa 35(1)(b) de la Loi et de l'article 16 du Règlement est que les hauts fonctionnaires sont réputés être en mesure d'exercer une influence importante sur leur gouvernement du fait du poste qu'ils occupent. Compte tenu de la vaste catégorie de personnes rendues interdites de territoire aux termes de ces dispositions, le ministre dispose d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'accorder une dispense à l'encontre d'une interdiction de territoire. L'article 42.1 permet cela et reconnaît que, dans un cas particulier, l'admission d'un fonctionnaire occupant un poste de rang supérieur dans la fonction publique peut ne pas être contraire à l'intérêt national du Canada. L'enquête sur l'intérêt national doit être à portée limitée : l'admission d'une personne en particulier donnerait-elle lieu à des préoccupations en matière de sécurité à l'échelle nationale ou internationale ou de sécurité publique? La portée étroite de l'enquête permet aux intéressés qui, bien qu'ils ne sont ou n'étaient pas en mesure de tirer avantage du poste qu'ils occupent ou occupaient ou d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir, de faire valoir que leur admission ne serait pas contraire à l'intérêt national du Canada. Autrement dit, les personnes qui n'étaient effectivement pas en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir peuvent être exemptées d'une interdiction de territoire. Leur admission ne serait pas contraire à l'objectif de la disposition législative.

[58] This contextual factor supports the reasonableness of the officer's interpretation. It is for the Minister to later consider if the admission of a former senior member of the public service would be contrary to the national interest. On this inquiry, religion, non-membership in the Ba'ath Party and the respondent's sphere of influence may well be relevant factors for the Minister to consider.

[59] The second contextual factor looks to paragraph 16(b) of the Regulations in the context of the other positions enumerated in section 16.

[60] The Federal Court was of the view that for a number of the enumerated positions, such as heads of state or cabinet ministers, "the individual's position is clearly enumerated in section 16 of the Regulations, and the individual is therefore a prescribed senior official; there is, in effect, absolute liability" (reasons, paragraph 28). However, for other enumerated positions "a more fulsome examination should be done .... An officer ... should also look to evidence of the individual's responsibilities and duties, as well as the nature of the position held" (reasons, paragraph 31). The visa officer's decision in this case was found to be unreasonable because his inquiry was limited to the respondent's place in the hierarchy of the public service—in the view of the Federal Court it was necessary to consider whether the respondent was in fact able to exert meaningful influence or benefit from his position (reasons, paragraph 33).

[61] However, on this interpretation there is no principled reason why the occupant or former occupant of any enumerated position would not be able to avoid a finding of inadmissibility on the basis that he or she did not actually benefit or exert any significant influence on their government. The Federal Court's interpretation would, for example, permit a head of state to argue that as a constitutional monarch he or she did not in fact exert significant influence and so is not inadmissible. This approach would defeat the purpose of a list of prescribed offices and would be contrary to Parliament's intent.

[58] Le facteur contextuel appuie le caractère raisonnable de l'interprétation faite par l'agent. Il incombe au ministre d'examiner plus tard si l'admission d'un ancien fonctionnaire ayant occupé un poste de rang supérieur dans la fonction publique serait contraire à l'intérêt national. La religion, le fait que l'intimé n'était pas membre du parti Ba'ath, ainsi que sa sphère d'influence, pourraient bien être des facteurs pertinents que le ministre devra examiner lors de cette enquête.

[59] Le deuxième facteur contextuel concerne l'alinéa 16b) du Règlement, dans le contexte des autres postes énumérés à l'article 16.

[60] La Cour fédérale a estimé que, pour plusieurs des postes mentionnés, comme celui de chef d'État ou de ministre de cabinet, « le poste en question est manifestement mentionné à l'article 16 du Règlement, de sorte que son titulaire occupe un poste de rang supérieur au sens du règlement. Il s'agit là, de fait, d'une responsabilité absolue » (motifs, au paragraphe 28). Cependant, pour d'autres postes mentionnés, « un examen plus exhaustif [...] s'impose [...]. L'agent [...] [doit] également prendre en compte non seulement les éléments de preuve concernant les fonctions et les responsabilités de la personne concernée, mais aussi la nature du poste occupé » (motifs, au paragraphe 31). En l'espèce, la décision de l'agent des visas a été jugée déraisonnable, car son enquête se limitait à la place qu'occupait l'intimé dans la hiérarchie de la fonction publique. De l'avis de la Cour fédérale, il était nécessaire d'examiner si l'intimé était effectivement en mesure d'exercer une influence importante ou de tirer avantage de son poste (motifs, au paragraphe 33).

[61] Cependant, selon cette interprétation, il n'existe pas de motifs de principe expliquant pourquoi la personne occupant ou ayant occupé l'un des postes mentionnés ne pourrait pas éviter une conclusion d'interdiction de territoire en tenant compte du fait qu'elle n'en a pas, en réalité, tiré avantage ou qu'elle n'a pas exercé une influence importante sur son gouvernement. L'interprétation de la Cour fédérale permettrait, par exemple, à un chef d'État de faire valoir qu'à titre de monarque constitutionnel, il n'a pas en fait exercé une influence importante et, par conséquent, il n'est pas interdit de territoire.

[62] Having considered the text, context and purpose of the legislation, and having found that the visa officer's interpretation of the definition of "prescribed senior official" was consistent with the legislative text, context and purpose, I find that the officer's interpretation of the legislation was one that the legislation could reasonably bear. It was, therefore, reasonable.

[63] It remains to consider whether the officer's application of that definition to the facts before him was reasonable.

[64] As previously mentioned, there is no dispute about the positions the respondent held while employed by the government of Iraq.

[65] In addition to the three positions described at paragraphs 12, 13 and 14 above, from November 1988 to January 1991 the respondent was the Head of Research Activity for the Iraqi Atomic Energy Commission. The respondent described his duties to be responsible for: electronic designs related to the nuclear warhead; mechanical designs related to the nuclear warhead; and, the application and maintenance of industrial computers.

[66] From January 1991 until April 1991, during the first Gulf War, the respondent was the "Al Rabat Project Manager". He described his position as being responsible for extending the telecommunication network to cover various ministries and shelters in Baghdad, so as to provide telephone communication during the war.

[67] All of these positions were senior positions in the Iraqi public service. While the respondent may not have been able to influence government policy, the legislation does not require this. Section 16 requires only that an individual "is or was able to exert significant influence on the exercise of government power".

Cette approche irait à l'encontre de l'objet d'une liste de postes de rang supérieur et serait contraire à la volonté du législateur.

[62] Ayant examiné le texte, le contexte et l'objectif des dispositions législatives, et étant parvenue à la conclusion que l'interprétation par l'agent des visas de la définition de l'expression « occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement » était conforme au texte, au contexte et à l'objet législatifs, je conclus que l'interprétation par l'agent des dispositions législatives était une interprétation que permettaient raisonnablement ces dispositions législatives. Elle était donc raisonnable.

[63] Il reste à examiner si l'application par l'agent de cette définition des faits qui lui ont été présentés était raisonnable.

[64] Comme cela a été mentionné précédemment, les parties s'entendent sur les postes que l'intimé a occupés lorsqu'il travaillait pour le gouvernement irakien.

[65] En plus des trois postes décrits aux paragraphes 12, 13 et 14 ci-dessus, de novembre 1988 à janvier 1991, l'intimé était le chef de l'activité de recherche de la Commission de l'énergie atomique irakienne. L'intimé a décrit les fonctions qu'il assumait : les conceptions électroniques et mécaniques liées à l'ogive nucléaire, ainsi que l'utilisation et la maintenance d'ordinateurs industriels.

[66] De janvier 1991 à avril 1991, pendant la première guerre du Golfe, l'intimé était le [TRADUCTION] « directeur de projet d'Al Rabat ». Il a expliqué qu'il était responsable de l'extension du réseau de télécommunications visant à relier divers ministères et refuges à Bagdad, afin d'assurer les communications par téléphone pendant la guerre.

[67] Tous ces postes étaient des postes de rang supérieur au sein de la fonction publique irakienne. Même si l'intimé n'était peut-être pas en mesure d'influencer la politique du gouvernement, les dispositions législatives ne l'exigent pas. L'article 16 du Règlement exige seulement qu'une personne « [soit] ou [ait été] en mesure d'influencer sensiblement l'exercice du pouvoir par leur gouvernement ».

[68] An individual who headed research activity for the Iraqi Atomic Energy Commission, was responsible for providing telephone communications during the first Gulf War and was responsible for later rehabilitating all telecommunication networks of the electricity sector exerted significant influence on the exercise of power by the Iraqi government.

[69] Notwithstanding his Catholic faith and non-membership in the Ba'ath Party, the respondent rose to a senior level in the public service; in at least two positions he was three levels below Saddam Hussein in the reporting hierarchy.

[70] In my view it was reasonable for the visa officer to conclude that the respondent was a senior member of the Iraqi public service and so to be inadmissible pursuant to paragraph 35(1)(b) of the Act.

#### The certified question

[71] In the present case, it is apparent that the respondent occupied very senior positions in the Iraqi public service, well within the top half of the public service. In view of this, no argument was made on appeal as to whether the “top half” test (as opposed, for example, to a “top third” or “top quarter” test) appropriately demarcates or fixes in every case the limits of “senior members of the public service”. The Federal Court did not deal with this issue either, notwithstanding its reference to the “top half” test in the certified question.

[72] This means that the certified question is problematic to the extent it puts in issue the appropriateness of a test not dealt with by the Federal Court. It is well settled that a question must have been raised and dealt with in the Federal Court for a certified question to be proper. If an issue is not dealt with by the Federal Court certifying a question amounts to a reference of the question to this Court (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 318 N.R. 365, at paragraph 12).

[68] Une personne qui dirigeait l'activité de recherche de la Commission de l'énergie atomique irakienne, qui était chargée d'assurer les communications par téléphone pendant la première guerre du Golfe et, plus tard, la réhabilitation de tous les réseaux de télécommunications du secteur de l'électricité, influençait sensiblement l'exercice du pouvoir par le gouvernement irakien.

[69] En dépit du fait qu'il était de confession catholique et qu'il n'était pas membre du parti Ba'ath, l'intimé a eu accès à des postes de rang supérieur au sein de la fonction publique. Il a occupé au moins deux postes classés trois échelons au-dessous de celui de Saddam Hussein au sein de la hiérarchie.

[70] À mon avis, il était raisonnable pour l'agent des visas de conclure que l'intimé occupait un poste de rang supérieur dans la fonction publique irakienne et qu'il était donc interdit de territoire au titre de l'alinéa 35(1)b) de la Loi.

#### La question certifiée

[71] En l'espèce, il a été démontré que l'intimé a occupé des postes de très haut rang au sein de la fonction publique irakienne, amplement situés dans la moitié supérieure de la fonction publique. Compte tenu de ce fait, aucun argument n'a été présenté en appel quant à savoir si le critère de la « moitié supérieure » (plutôt que celui, par exemple, du « tiers supérieur » ou du « quart supérieur ») délimite ou fixe correctement, dans tous les cas, les limites de l'expression « hauts fonctionnaires ». Malgré son renvoi au critère de la « moitié supérieure » dans la question certifiée, la Cour fédérale n'a pas non plus traité cette question.

[72] La question certifiée est donc problématique, comme elle met en cause le bien-fondé d'un critère que la Cour fédérale n'a pas abordé. Il est bien établi qu'une question doit avoir été soulevée et examinée devant la Cour fédérale pour qu'une question certifiée soit appropriée. Si une question n'est pas traitée par la Cour fédérale, la certification d'une question constitue un renvoi à notre Cour (arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89, au paragraphe 12).

[73] In the present case, the question actually argued and considered by the Federal Court was whether a person who occupied a senior position in the public service of a designated regime could argue that, notwithstanding the position they held, they are not inadmissible because of their inability to exert significant influence or to benefit from their position. The certified question does not align with the Court's reasons.

[74] I would, therefore, reframe the certified question as follows:

If an officer is satisfied that an individual occupies or occupied a senior position in the reporting hierarchy of the public service of a designated regime, may the officer reasonably conclude that the individual is or was a "senior member of the public service" and a "prescribed senior official" within the meaning of paragraph 35(1)(b) of the Act and section 16 of the Regulations or is a broader analysis into the individual's ability to benefit or exert influence required?

[75] While the "top half" test may be an appropriate test to determine whether one is a "senior member", this is a question to be answered in a case when it is raised on the facts and considered by the Federal Court.

### Conclusion

[76] For these reasons I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court. Pronouncing the judgment that ought to have been pronounced, I would dismiss the application for judicial review of the decision of the visa officer.

[77] I would answer the certified question as follows:

If an officer is satisfied that an individual occupies or occupied a senior position in the reporting hierarchy of the public service of a designated regime, the officer may reasonably conclude that the individual is or was a "senior member of the public service" and a "prescribed

[73] En l'espèce, la question débattue et examinée par la Cour fédérale était de savoir si une personne qui occupait un poste de rang supérieur au sein de la fonction publique d'un régime désigné pouvait affirmer que, malgré le poste qu'elle occupait, elle n'était pas interdite de territoire, étant donné qu'elle n'était pas en mesure d'exercer une influence importante ni de pouvoir tirer avantage de son poste. La question certifiée ne cadre pas avec les motifs de la Cour.

[74] Par conséquent, je reformulerais la question certifiée de la façon suivante :

Si un agent est convaincu qu'une personne occupe ou avait occupé un poste de rang supérieur au sein de la hiérarchie de la fonction publique d'un régime désigné, l'agent peut-il conclure raisonnablement que la personne est ou était un « haut fonctionnaire » et une personne qui « occup[ait] un poste de rang supérieur », au sens de l'alinéa 35(1)b de la Loi et de l'article 16 du Règlement, ou une analyse plus globale de la capacité de la personne à exercer une influence ou d'en tirer certains avantages est-elle nécessaire?

[75] Même si le critère de la « moitié supérieure » peut être un critère approprié pour déterminer si une personne occupe un « poste de rang supérieur », il faut répondre à cette question lorsqu'elle est soulevée au regard des faits et examinée par la Cour fédérale.

### Conclusion

[76] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et j'annulerais le jugement de la Cour fédérale. En prononçant le jugement qui aurait dû être rendu, je rejetterais la présente demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par l'agent des visas.

[77] Je répondrais à la question certifiée de la façon suivante :

Si un agent est convaincu qu'une personne occupe ou avait occupé un poste de rang supérieur au sein de la hiérarchie de la fonction publique d'un régime désigné, l'agent peut conclure raisonnablement que la personne est ou était un « haut fonctionnaire » et une personne



senior official” within the meaning of paragraph 35(1)(b) of the Act and section 16 of the Regulations. A broader analysis into the individual’s ability to benefit or exert influence is not required in this circumstance.

RENNIE J.A.: I agree.

RIVOALEN J.A.: I agree.

qui « occup[ait] un poste de rang supérieur », au sens de l’alinéa 35(1)b) de la Loi et de l’article 16 du Règlement. Une analyse plus globale de la capacité de la personne à exercer une influence ou d’en tirer certains avantages n’est pas nécessaire dans les circonstances.

LE JUGE RENNIE, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d’accord.



# DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.

---

## ACCESS TO INFORMATION

See also: *Administrative Law*

Appeal from Federal Court decision (2019 FC 1455) allowing application of respondent pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act), s. 44 objecting to disclosure of parts of records related to respondent's submissions to Health Canada for approval of a certain veterinary medicine — Following third party request made under Act, s. 6, Health Canada proposed release of 166 pages of information — Debate concerning Federal Court of Appeal's role in reviewing decision of Federal Court in application under s. 44 at heart of present appeal — Do principles set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*) apply, i.e. Court steps into shoes of Federal Court, or do standards of review set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*) apply, i.e. findings of fact, mixed fact, law made by Federal Court reviewed using palpable, overriding error standard; questions of law reviewed using correctness standard — Records in question submissions made by respondent for approval of Fortekor — S. 20 providing that certain third-party information within control of government institution not to be disclosed — Health Canada initially agreed that parts of information exempt from disclosure but, prior to hearing before Federal Court, reversed its position — Federal Court agreed with respondent's position, found that portions of record submitted by respondent exempt from disclosure, not to be disclosed — Federal Court intended only to order that Health Canada not disclose information identified by respondent as exempt from disclosure, not that Health Canada prohibited from disclosing entire 166 pages — Act, s. 44(1) providing third party (respondent in this case) right to apply to Federal Court to review decision of head of government institution to disclose information — S. 44.1 providing that, for greater certainty, application under s. 44 to be heard, determined as new proceeding — S. 44.1 added to Act prior to hearing of present application by Federal Court — Crown (appellant) maintained its position that *Agraira* still applying, that any findings of fact or mixed fact and law made by Federal Court to be reviewed on standard of correctness — Asserted, *inter alia*, that Federal Court made error of law in only applying one part of test prescribed for confidentiality under Act, s. 20(1)(b) — Respondent submitting principles in *Housen* applying — Main issue standard of review to be applied herein — Principles as set out in *Housen* applying in this appeal — Clear from wording of s. 44.1 that Federal Court not reviewing decision of Minister *per se* but rather making its own determination of whether exemptions from disclosure as set out in Act, s. 20 are applicable — Appeals from such decisions subject to appellate standards of review as set out in *Housen* — However, s. 44.1 only applying to application to Federal Court, not to appeal from decision of Federal Court — When expression “stepping into the shoes of the lower court” read in context, clear that this description used in relation to “classic” appeal of judicial review decision, not to appeal from decision arising from application made under s. 44 — Addition of s. 44.1 ending any dispute with respect to applicable standard of review to be applied on appeal from decision of Federal Court on application under s. 44 — Crown could not succeed in appeal herein based on any alleged error of law in relation to Act, s. 20(1)(b) — Crown in this case asking Court to review all evidence, reach its own conclusions — This not role of Court — Crown's role to demonstrate where Federal Court made palpable, overriding error in making particular finding of fact or mixed fact and law — Federal Court committing palpable, overriding error — Paragraphs of reply affidavit Federal Court relying on not supporting finding that s. 20(1)(d) applying to exempt information — Federal Court also erring by not providing for disclosure of parts of records not exempt from disclosure — Appeal allowed.

CANADA (HEALTH) V. ELANCO CANADA LIMITED (A-468-19, 2021 FCA 191, Webb J.A., public reasons for judgment dated September 24, 2021, 25 pp.)

## ENVIRONMENT

*See also: Constitutional Law*

Judicial review of Order in Council P.C. 2019-218 making *Regulation Amending Part 1 of Schedule 1 and Schedule 2 to the Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, SOR/2019-79 (Part 1 Regulations), which added Manitoba to list of provinces in which fuel charge under Part 1 of *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12 (GGPPA) operates — Manitoba seeking order declaring that Order 2019-218, Regulation SOR/2019-79 invalid or unlawful — Challenge herein heard prior to release of Supreme Court’s decision in *References re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2021 SCC 11 (*Reference Decision*) — Supreme Court upholding constitutionality of GGPPA therein under Parliament’s jurisdiction over matters of national concern under peace, order, good government (POGG) clause of *Constitution Act, 1867*, s. 91 — Applicant submitting that Governor in Council (GIC) acted unreasonably, arbitrarily by including Manitoba — Challenging both decisions of GIC to add Manitoba to GGPPA, Schedule 1, Part 1 making fuel charge in GGPPA, Part 1 apply in Province of Manitoba — GGPPA requiring all Canadian provinces, territories to legislate towards reducing annual greenhouse gases (GHG) emissions output in accordance with stringency standards set out in federal Benchmark for carbon pricing — Benchmark providing guidance on core set of carbon pricing stringency criteria adopted by Government of Canada, including legislated increases in stringency — GGPPA, Parts 1, 2 of Schedule 1 imposing “backstop” on provinces, territories that pass emissions reduction legislation that does not meet federal stringency standards set out in Benchmark — If legislation not meeting Benchmark stringency requirements, GIC can list that jurisdiction in Parts 1, 2 of Schedule 1, making GGPPA itself apply within that province or territory — Part 1 implementing fuel charge — Part 2 providing framework for output-based pricing system, establishing excess emissions charge for large industrial emitters — Under GGPPA, ss. 166, 189, GIC empowered to add provinces or territories to Parts 1 or 2 of Schedule 1 — Manitoba released its Climate and Green Plan in 2017 — Pointing out that its carbon tax higher than federal Benchmark for years 2018-2019 — Withdrew its Plan in October 2018 — Asserting decision to withdraw proposed carbon pricing plan motivated by desire to avoid having Government of Canada “top up” that plan with second layer of taxation in province — GIC concluded that Parts 1, 2 applying in Manitoba because that province no longer having pricing system to assess using Benchmark stringency criteria — Manitoba submitting, *inter alia*, that GIC exceeded its jurisdiction, acted unreasonably, arbitrarily by failing to apply minimum national standard of carbon pricing uniformly across country — Arguing that: (1) assessing Manitoba’s proposed carbon tax as insufficiently stringent running contrary to “fundamental purpose” of GGPPA to reduce GHG emissions; (2) unreasonable, arbitrary for GIC to assess GGPPA’s stringency requirement differently in relation to different provinces, territories; (3) GIC required to exercise its discretion under GGPPA, ss. 166, 189 with eye to *results*, not simply to whether proposed provincial plan in line with incremental annual increases in GHG reduction outlined in federal Benchmark; (4) interpretation of stringency requirement by reference to results, not just price, accords with text, context, purpose of GGPPA — Whether reasonable for GIC to amend GGPPA, Schedule 1 to include Manitoba on list of provinces, territories to which Parts 1, 2 applying — GIC exercising its discretion consistently with purpose of GGPPA, constraints set out in ss. 166, 189 — Definition of “stringency” not contained in GGPPA, addressed in *Reference Decision* — GIC interpretation of “stringency” acceptable herein, i.e. as meeting standards of stringency set out in federal Benchmark — Parliament intending word “stringency” to mean carbon pricing that increases incrementally over time, begins with minimum price of \$10 per excess ton of carbon in 2018 — This interpretation of stringency reasonable in light of text, context, purpose of GGPPA — Comports with statutory grants of power in GGPPA, ss. 166(3), 189(2) — GIC’s assessment that Manitoba’s plan insufficiently stringent also reasonable — Whether impugned Decisions running constitutionally afoul of POGG — While POGG imposing requirement for uniformity, GGPPA meeting that requirement by imposing uniform minimum national standards of GHG reduction through “sufficient stringency” terms of GGPPA, ss. 166, 189 — So long as GIC using same barometer for stringency when assessing proposed provincial legislation under GGPPA, no constitutional infirmity arising with respect to POGG — Manitoba’s contention that GIC arbitrarily assessed stringency as between provinces premised on misunderstanding of evidence — Application dismissed.

MANITOBA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-685-19, 2021 FC 1115, Mosley J., reasons for judgment dated October 21, 2021, 48 pp.)

## EVIDENCE

Joint motion by respondents for orders to: prohibit publication of evidence, submissions to be presented during public part of underlying *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38 application; prohibit public access to documents Public Prosecution Service of Canada (PPSC) intending to file in connection with public hearing — Respondent Cameron Jay Otis arrested, charged in relation to his alleged conduct while Director General of RCMP’s National Intelligence Coordination Center — Publication ban ordered pursuant to Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 517(1) — Crown electing to proceed by way of direct indictment — S. 38 application in this case to proceed initially in public hearing with submissions on application of

## EVIDENCE—Continued

*Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33 test by PPSC, followed by private hearings — Present motion relating only to public hearing — Moving parties accepting that public permitted to attend, observe public hearing but seeking time-limited ban on publication of submissions made by PPSC, any information or evidence presented in that hearing — Also seeking order prohibiting public access to any documents filed by PPSC in connection with that hearing in order to ensure that those documents do not enter into public circulation prior to conclusion of Mr. Ortis's trial — What is source of Court's authority to make orders requested? — Distinct sources existing for authority to make orders in relation to public proceeding under s. 38 — Publication ban over otherwise public information not sort of protective order contemplated by s. 38.12(1) — Ban on publication of Court's proceedings can be ordered in exercise of Court's power to control its own process, to function as court of law — *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 151 providing authority to make confidentiality order with respect to Court records — Order under this provision meeting needs demonstrated by moving parties — What test should Court apply in determining whether orders should be made? — Test that must be met by party asking court to exercise discretion in way that limits open court principle recast in *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25 — In order to succeed, person must establish that: (1) court openness posing serious risk to important public interest; (2) order sought necessary to prevent serious risk to identified interest because reasonably alternative measures will not prevent this risk; (3) as matter of proportionality, benefits of order outweighing its negative effects — Moving parties establishing all three elements of *Sherman Estate* test — Fairness of Mr. Ortis's trial important public interest — Publication of information, evidence presented in public part of s. 38 application before conclusion of Mr. Ortis's trial would pose serious risk to fairness of that trial — Critical question at second stage of test whether reasonably alternative measures will prevent risks identified in preceding section — Measures used to protect fairness, integrity of criminal trial from adverse effects of pre-trial publicity, including change of venue, challenges for cause not capable of preventing risks — Finally, benefits of orders sought outweighing their negative effects — Benefits of open court principle in present case not frustrated entirely but only deferred — Orders requested would make significant contributions to protecting Mr. Ortis's right to fair trial — Important similarities between present case, *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721 — Motion allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ORTIS (DES-5-20, 2021 FC 737, Norris J., reasons for order dated July 13, 2021, 22 pp.)

Application by Attorney General of Canada (AGC) pursuant to *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Act), s. 38.04(1) for order with respect to disclosure of information following notice given pursuant to Act, s. 38.01(1) to (4) — AGC requesting that redactions made in documents originating from Global Affairs Canada (GAC) be confirmed as information that if disclosed would be injurious to Canada's international relations — Proceeding arising in context of civil procedures issued by respondent for stay of proceedings based on alleged abuse of process by Government of Canada — Respondent permanent resident of Canada, citizen of Republic of Kazakhstan — Wanted in Kazakhstan for expropriation or embezzlement of trust property, money laundering, forgery, association with criminal organization — Inadmissibility reports pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 44 issued in 2012 — Respondent arrested, detained — Referred to admissibility hearing — Between 2012-2020, several underlying proceedings, decisions rendered — Section 38 proceedings initiated by AGC in 2014 — Department of Justice identifying redacted documents disclosed to respondent containing information injurious to international relations if disclosed — *Amicus curiae* appointed — AGC arguing that Court should maintain prohibition from disclosure of all information subject to application — *Amicus* arguing that some redacted information should be disclosed, or summarized, subject to terms, conditions — Respondent submitting that redacted information should be considered presumptively relevant because included in material to be disclosed for discovery — Also believing information would allow respondent to understand reason for delay in proceedings, may go to heart of abuse of process allegations — Asserting disclosure of redacted information not injurious to international relations — Whether prohibition on disclosure of information should be confirmed pursuant to Act, s. 38.06(1); if so, whether disclosure of information should be subject to any conditions pursuant to s. 38.06 — Three-pronged test to be met established in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33 — Present application for order confirming non-disclosure of information that would be injurious to international relations pursuant to Act, s. 38.06(1) — Legislation, case law not clearly defining concept of "international relations" — International relations encompassing exchange of information between foreign nations, ability to conduct such exchanges in atmosphere of trust to ensure information is as complete, accurate as possible — Challenging to define concept of international relations in definitive way — Only information injurious to Canada's international relations if disclosed can be redacted — As such, judge must test redactions, with assistance of *amicus*, to ensure redactions justified, i.e. that disclosure of information injurious — Evidence of injury presented must satisfy judge of probability (as opposed to possibility) of injury to international relations — Cannot be speculative — Designated judge must determine whether public interest in disclosure outweighing in importance public interest in non-disclosure — Here disclosure of redacted information would be injurious to Canada's international relations — Extent of

**EVIDENCE—Concluded**

such injury varying for each redaction — Degree of importance of Canada’s relations with Kazakhstan taken in consideration — While international relations important to Canada, such relations cannot be protected to detriment of legitimate public interest in disclosure — In present case, for most redactions, public interest in disclosure outweighing, to differing degrees, public interest in non-disclosure — Full disclosure not necessary to achieve fairness of proceedings — Summaries of material information identified providing sufficient information to respondent — Therefore, redactions proposed by AGC to remain — Application allowed in part.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. TURSUNBAYEV (DES-2-14, 2021 FC 719, Noël J., amended reasons for order dated July 20, 2021, 53 pp.)

**PRACTICE****CONFIDENTIALITY ORDERS**

Motion for confidentiality order pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), rr. 151, 152 — Applicant submitting workplace violence complaint against several individuals employed by Department of Natural Resources Canada under *Canada Occupational Health and Safety Regulations*, SOR/86-304 (Regulations), Part XX — Department appointing independent investigator to look into complaint — Applicant submitting complaint that investigator not impartial, had failed to follow principles of procedural fairness — Complaint dismissed — As part of application for judicial review, applicant seeking disclosure of documents containing identities of participants in investigation of complaint — Respondent arguing not in public interest for identifying information about individuals involved in workplace violence complaint to be made public without consent of those individuals — Main issue raised in motion whether Court should issue confidentiality order — Court hearing confidentiality motion having to apply test set out by Supreme Court in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522 (*Sierra Club*), elaborated in *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25 — In *Desjardins v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 123 (*Desjardins*), Federal Court of Appeal (F.C.A.) considered these principles in response to confidentiality motion brought in case involving alleged wrongdoing disclosed under *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 — F.C.A. allowed appeal on basis that evidence of risks associated with disclosure too general, did not meet standard of “well grounded” or convincing evidence — One of issues in this case whether clarification of test in *Sherman* having any bearing on principles established in *Desjardins* — In applying guidelines set out in *Sherman*, person asking court to exercise discretion in way that limits open court presumption must establish that court openness poses serious risk to important public interest; order sought necessary to prevent this serious risk to identified interest; and benefits of order outweigh its negative effects — Prevention of violence in workplace being type of important public interest that may warrant protection of confidentiality order in appropriate circumstances — Question being whether evidence meeting test of demonstrating that open court principle poses serious risk to public interest — Fact that disclosure of personal information may cause inconvenience not sufficient to rebut open court presumption — In present case, several considerations supporting order sought identified — Intention to maintain anonymity of participants in workplace violence investigation reflected in provisions of Regulations — Clear from provisions of Regulations that employer cannot disclose names, other identifying information of survey participants without their consent — *Desjardins* rejects approach restricting exercise of discretion under rule 151 in systematic way— Evidence demonstrating that disclosure of identities of those involved in investigation of applicant’s complaint would pose serious risk of harm to important public interest — Accordingly, confidentiality order sought by respondent granted — Limited confidentiality order sought necessary to avert risk, other reasonable measures to avoid apprehended harm not available — Benefits of limited confidentiality order in present case outweighing potential impact on open court principle — Motion granted.

POTHIER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-325-20, 2021 FC 979, Pentney J., reasons for order dated September 22, 2021, 25 pp.)

**PARTIES***Standing*

Judicial review of two Parole Board of Canada decisions relating to respondent Philip James Baker — Case unusual in that applicant not subject of, not otherwise participating in, Board proceeding, Baker not participating in present proceeding, Attorney General’s response to applicant’s claims not addressing substance of allegations of fraud, perjury — Applicant seeking relief under *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4) — Baker convicted for fraud, sentenced to prison in the



**PRACTICE—Concluded**

U.S. — Later transferred to Canada to complete sentence — Board granting Baker early release subject to specified conditions — Issued second decision, making changes to original release conditions so that Baker could travel to Germany to testify at his ex-wife’s trial for money laundering — Those decisions containing “Avoid Certain Persons” clause — Newspapers published articles about Baker’s case — Referred to applicant in detail, indicating he had been business partner with Baker, was implicated in certain matters relating to fraud — Applicant arguing that in arriving at its decisions, Board placing substantial reliance on narrative Baker conveyed to Correctional Service of Canada — Also submitting that decisions propagating false narrative that applicant, “criminally active” “co-accused”, “accomplice” of Baker — Board issued amended versions of both decisions to correct “administrative error” (corrected decisions) — Qualifier “co-accused” no longer preceding reference to applicant — Whether Federal Court having jurisdiction in relation to claim against Baker — Application for judicial review not proper vehicle to address issues herein — Applicant seeking mandatory order enjoining Baker from making any representations about applicant, or referring to applicant to any media source — S. 18.1(4) providing that Court may grant this discretionary relief “if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal... (e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence” — Baker not part of any “federal board, commission or other tribunal” — Federal Court not having jurisdiction over individuals where cause of action accurately described as defamation, libel or fraud — Whether applicant having standing to challenge Board’s original or corrected decisions — Applicant not having standing to challenge Board decisions based on ground decisions obtained by perjury or fraud under s. 18.1(4)(e) — Test for standing to bring application for judicial review in Federal Court set out in subsection 18.1(1) — In order to have direct standing under this provision, person must fall within one of three categories, i.e. decision “directly affects the party’s rights, imposes legal obligations on it, or prejudicially affects it directly” — Phrase “directly affected” not to be given restricted meaning — Applicant not party to Board proceeding — Corrected decisions not directly affecting applicant’s legal rights or obligations — While newspaper coverage negatively impacting applicant, no evidence that decisions direct or substantially contributing factor in relation to these articles — Focus of this judicial review on Board’s corrected decisions — Corrected decisions not referring to applicant as “co-accused” — By issuing corrected decisions, Board significantly diminished any possible negative impact on applicant — Application dismissed.

KURGAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-659-19, 2021 FC 1084, Pentney J., reasons for judgment dated October 15, 2021, 26 pp.)

**SECURITY INTELLIGENCE**

Motion by *amici curiae* for determination of question of law in application pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), rr. 3, 4 and, by analogy, to r. 220 pertaining to such motion brought in an action — Question to be determined in motion whether judge may order disclosure of summary where, *inter alia*, claim of privilege made pursuant to *Canadian Security Intelligence Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act), s. 18.1; where application made pursuant to s. 18.1(4)(a) for order declaring that certain information that may come from privileged information (summary) not information identifying human source — Applicant plaintiff in civil action before Ontario Superior Court of Justice against Government of Canada seeking damages for breaches of his rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* — Several Government departments, agencies in possession of documents/information provided to applicant in redacted form on ongoing basis — Parallel applications filed in Court, including one pursuant to s. 18.1(4)(a) for disclosure of information currently subject to claims of human source privilege by Attorney General of Canada — Applicant requesting relief in form of summaries of information that can be derived from information over which s. 18.1 privilege claimed — Not seeking information that would identify human sources — Issue whether s. 18.1 allowing issuance of summaries — Present motion arising in context of preparations for adjudication of underlying application under CSIS Act, s. 18.1 prior to related application under *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA), s. 38 — CEA containing code of procedure for dealing with disclosure of sensitive or potentially injurious information in court or tribunal proceedings — No similar provision in s. 18.1 — While s. 18.1 on its face appearing to impose absolute prohibition on disclosure in court or tribunal proceedings, subject to innocence at stake exception in criminal matters, it has to be read in context of CSIS Act as whole — Other legislative schemes provide for issuance of summaries not containing sensitive information — Only CEA, s. 38, CSIS Act, s. 18.1 extending to proceedings before other tribunals or courts such as Ontario Superior Court of Justice — Fact these two schemes extend Court’s jurisdiction to external courts meaning that summaries may be more critical in providing those courts as much information as possible to ensure appropriate outcome — Application of class privilege in s. 18.1 dependent upon finding that information at issue provided by human source, would, if disclosed, identify or tend to identify that human source — Because any decision by Court not upholding application of s. 18.1 to information that CSIS has redacted from documents produced to applicant on discovery may lead to claim for protection of same information under CEA, s. 38, in interests of judicial economy to encourage counsel for Attorney General, *amici* to explore whether identifying information could be severed to protect human sources — Agreement on this obviating need to review information again during CEA,

**SECURITY INTELLIGENCE—Concluded**

s. 38 proceedings — Court may thus authorize disclosure of information summarized from information protected by s 18.1 where application made to judge pursuant to CSIS Act, s. 18.1(4)(a) and judge determines that information is not information disclosing identity of human source — Motion allowed.

ALMREI V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (DES-1-18, 2021 FC 1153, Mosley J., reasons for order dated October 28, 2021, 27 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

Voir aussi : Droit administratif

Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale (2019 CF 1455) a accueilli la demande faite par l'intimée en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), dans laquelle elle s'est opposée à la communication de certains documents se rapportant aux observations qu'elle a faites à Santé Canada aux fins de l'approbation d'un médicament vétérinaire — À la suite d'une demande faite par une tierce partie en vertu de l'art. 6 de la Loi, Santé Canada a proposé de communiquer 166 pages de renseignements — Dans l'appel en l'instance, le débat a porté sur le rôle de la Cour d'appel fédérale lorsqu'elle contrôle une décision rendue par la Cour fédérale dans le cadre d'une demande faite en vertu de l'art. 44 — Les principes énoncés dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*) s'appliquent-ils, autrement dit, est-ce que la Cour se met à la place de la Cour fédérale, ou les normes de contrôle énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*) s'appliquent-elles, c.-à-d. que le contrôle des conclusions de fait et des conclusions mixtes de fait et de droit tirées par la Cour fédérale est effectué selon la norme de l'erreur manifeste et dominante et que le contrôle des questions de droit est effectué selon la norme de la décision correcte? — Les documents en question étaient des observations présentées par l'intimée aux fins de l'approbation du Fortekor — L'art. 20 prescrit qu'il est interdit de communiquer certains renseignements de tiers dont une institution fédérale a la possession — Au départ, Santé Canada a admis que certaines parties des renseignements étaient soustraites à la communication, mais avant la tenue de l'audience devant la Cour fédérale, le ministère a revu sa position — La Cour fédérale a souscrit à la position de l'intimée et conclu que certaines parties des documents présentés par l'intimée étaient soustraites à la communication et qu'elles ne pouvaient être communiquées — La Cour fédérale souhaitait simplement ordonner à Santé Canada de ne pas communiquer les renseignements désignés par l'intimée comme étant soustraits à la communication et non pas lui interdire de communiquer l'intégralité des 166 pages — L'art. 44(1) de la Loi confère au tiers (dans ce cas-ci, l'intimée) le droit de demander à la Cour fédérale de contrôler la décision du responsable d'une institution fédérale de communiquer des renseignements — L'art. 44.1 prescrit qu'il est entendu que la demande prévue à l'art. 44 est entendue et jugée comme une nouvelle affaire — L'art. 44.1 a été ajouté à la Loi avant que la demande dans la présente affaire soit instruite par la Cour fédérale — La Couronne (l'appelante) a maintenu sa position selon laquelle l'arrêt *Agraira* continue de s'appliquer et que les conclusions de fait ou mixtes de fait et de droit de la Cour fédérale doivent faire l'objet d'un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte — Elle a fait valoir notamment que la Cour fédérale a commis une erreur de droit au motif qu'elle n'a appliqué qu'une partie du critère énoncé en ce qui concerne les renseignements confidentiels à l'art. 20(1)b) de la Loi — L'intimée a fait valoir que les principes énoncés dans l'arrêt *Housen* s'appliquaient — La principale question en litige se rapportait à la norme de contrôle qui devait être appliquée dans la présente affaire — Les principes qui sont énoncés dans l'arrêt *Housen* s'appliquaient dans le présent appel — Il est clairement ressorti du libellé de l'art. 44.1 que la Cour fédérale ne contrôle pas vraiment la décision du ministre, mais qu'elle rend sa propre décision sur la question de savoir si des exemptions à la communication prévues à l'art. 20 s'appliquent — L'appel interjeté à l'encontre d'une telle décision est assujéti aux normes de contrôle en appel telles qu'elles ont été énoncées dans l'arrêt *Housen* — Toutefois, l'art. 44.1 ne s'applique qu'à l'égard de la demande faite à la Cour fédérale, et non à l'appel d'une décision rendue par la Cour fédérale — Si on examine l'expression « prendre la place du tribunal d'instance inférieure » dans son contexte, il est évident que cette description est utilisée en rapport avec l'appel « classique » interjeté à l'encontre d'une décision rendue dans le cadre d'un contrôle judiciaire et non avec l'appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue dans le cadre d'une demande faite en vertu de l'art. 44 — L'ajout de l'art. 44.1 a mis un terme à tout différend portant

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

sur la norme de contrôle à appliquer à l'égard d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par la Cour fédérale dans le cadre d'une demande faite en vertu de l'art. 44 — La Couronne ne pouvait obtenir gain de cause dans l'appel en l'espèce sur le fondement d'une erreur de droit alléguée en relation avec l'art. 20(1)b) de la Loi — Dans la présente affaire, la Couronne a demandé à la Cour de passer en revue toute la preuve et de tirer ses propres conclusions — Là n'est pas le rôle de la Cour — Le rôle de la Couronne est de démontrer à quel endroit la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a tiré une conclusion de fait ou une conclusion mixte de fait ou de droit en particulier — La Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante — Les paragraphes de l'affidavit produit en réponse sur lequel la Cour fédérale s'est fondée ne permettaient pas de conclure que l'art. 20(1)d) s'appliquait de manière à soustraire les renseignements à la communication — La Cour fédérale a commis une erreur également au motif qu'elle n'a pas ordonné la communication des parties des documents qui n'étaient pas soustraites à la communication — Appel accueilli.

CANADA (SANTÉ) C. ELANCO CANADA LIMITED (A-468-19, 2021 CAF 191, juge Webb, J.C.A., version publique des motifs du jugement en date du 24 septembre 2021, 25 p.)

**ENVIRONNEMENT**

*Voir aussi : Droit constitutionnel*

Contrôle judiciaire du décret C.P. 2019-218 par lequel a été pris le *Règlement modifiant la partie 1 de l'annexe 1 et l'annexe 2 de la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, DORS/2019-79 (le Règlement modifiant la partie 1), qui a ajouté le Manitoba à la liste des provinces où s'applique la redevance sur les combustibles prévue à la partie 1 de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, ch. 12 (LTPGES) — Le Manitoba a sollicité une ordonnance déclarant nuls ou illégaux le décret 2019-218 et le Règlement DORS/2019-79 — L'affaire a été instruite avant la publication de l'arrêt *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11 (la décision sur le renvoi) — La Cour suprême a confirmé que la LTPGES était constitutionnelle et que le Parlement avait compétence pour légiférer à l'égard de matières d'intérêt national pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — La demanderesse a fait valoir que le gouverneur en conseil a agi de façon déraisonnable et arbitraire lorsqu'il a intégré le Manitoba — Elle a contesté les deux décisions par lesquelles le gouverneur en conseil a ajouté le Manitoba à la partie 1 de l'annexe 1 de la LTPGES et qui ont fait en sorte que la redevance sur les combustibles prévue à la partie 1 de la LTPGES s'applique au Manitoba — La LTPGES exige que toutes les provinces et tous les territoires canadiens adoptent un texte législatif sur la réduction des émissions annuelles de GES qui respecte les normes de rigueur énoncées dans le modèle fédéral pour la tarification du carbone — Le modèle fournit une orientation sur l'ensemble des critères de tarification rigoureuse du carbone adoptés par le gouvernement du Canada, y compris l'accroissement de la rigueur prévue par la loi — Les parties 1 et 2 de l'annexe 1 de la LTPGES imposent un « filet de sécurité » aux provinces et aux territoires qui adoptent un texte législatif sur la réduction des émissions qui ne respecte pas les normes fédérales de rigueur établies dans le modèle — Si le texte législatif ne respecte pas les exigences de rigueur du modèle, le gouverneur en conseil peut assujettir la province ou le territoire à la LTPGES en l'ajoutant aux parties 1 et 2 de l'annexe 1 — La partie 1 met en place la redevance sur les combustibles — La partie 2 fournit un cadre pour le système de tarification fondé sur le rendement et fixe la redevance pour les émissions excédentaires des grands émetteurs industriels — Les art. 166 et 189 de la LTPGES confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir d'ajouter des provinces ou des territoires aux parties 1 et 2 de l'annexe 1 — Le Manitoba a rendu public son Plan vert et climatique en 2017 — Il a souligné que sa taxe sur le carbone était plus élevée que celle prévue dans le modèle fédéral pour les années 2018 et 2019 — Il a retiré son plan en octobre 2018 — Il a affirmé que la décision de retirer le plan de tarification du carbone proposé était motivée par la volonté d'éviter que le gouvernement du Canada « complète » ce plan au moyen d'une deuxième taxe dans la province — Le gouverneur en conseil a conclu que les parties 1 et 2 s'appliquaient au Manitoba parce que la province n'avait plus de système de tarification pouvant faire l'objet d'une évaluation au moyen des critères de rigueur du modèle — Le Manitoba a soutenu notamment que le gouverneur en conseil a outrepassé sa compétence et a agi de façon déraisonnable et arbitraire en n'appliquant pas uniformément dans l'ensemble du Canada une norme nationale minimale de tarification du carbone — Il a fait valoir ce qui suit : 1) le fait de juger que la taxe sur le carbone proposée par le Manitoba n'était pas assez rigoureuse allait à l'encontre de l'objet fondamental de la LTPGES, qui consiste à réduire les émissions de GES; 2) le gouverneur en conseil a agi de façon déraisonnable et arbitraire en évaluant différemment, d'une province ou d'un territoire à un autre, les exigences de rigueur de la LTPGES; 3) le gouverneur en conseil devait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent les art. 166 et 189 de la LTPGES en tenant compte des *résultats*, et non uniquement en fonction de la question de savoir si le plan provincial proposé prévoit une augmentation annuelle et graduelle des cibles de réduction des GES, comme le modèle fédéral; 4) une interprétation de l'exigence de rigueur qui est fondée sur les résultats, et non uniquement sur le prix, est conforme au libellé, au contexte et à l'objet de la LTPGES — Il s'agissait de savoir s'il était

**ENVIRONNEMENT—Fin**

raisonnable de la part du gouverneur en conseil de modifier l'annexe 1 de la LTPGES pour inclure le Manitoba dans la liste des provinces et territoires assujettis aux parties 1 et 2 — Le gouverneur en conseil a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément à l'objet de la LTPGES et aux limites énoncées aux art. 166 et 189 — La LTPGES ne définit pas le terme « rigueur », ce dont il est fait mention dans la décision sur le renvoi — L'interprétation de la rigueur par le gouverneur en conseil était acceptable dans la présente affaire, puisqu'elle répond aux normes de rigueur énoncées dans le modèle fédéral — L'intention du législateur était qu'un système provincial rigoureux prévoie une tarification du carbone augmentant graduellement au fil du temps, le point de départ étant un tarif de 10 \$ par tonne d'émissions de carbone excédentaires en 2018 — Cette interprétation de la rigueur était raisonnable à la lumière du libellé, du contexte et de l'objet de la LTPGES — Elle concorde aussi avec les pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par les art. 166(3) et 189(2) — La conclusion du gouverneur en conseil, au terme de son évaluation, selon laquelle le Plan du Manitoba n'était pas suffisamment rigoureux, était également raisonnable — Il s'agissait de savoir si les décisions contestées outrepassaient le pouvoir POBG — Bien que le pouvoir POBG impose une exigence d'uniformité, la LTPGES satisfait à cette exigence en imposant des normes nationales minimales uniformes en matière de réduction des émissions de GES qui satisfont au critère de la rigueur au sens des art. 166 et 189 de la LTPGES — Dans la mesure où le gouverneur en conseil a appliqué les mêmes paramètres de rigueur dans l'évaluation des projets de loi provinciaux qu'il a effectuée en vertu de la LTPGES, il n'y avait aucun vice constitutionnel en ce qui a trait au pouvoir POBG — L'argument du Manitoba selon lequel le gouverneur en conseil a évalué la rigueur de façon arbitraire était fondé sur une compréhension erronée de la preuve — Demande rejetée.

MANITOBA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-685-19, 2021 CF 1115, juge Mosley, motifs du jugement en date du 21 octobre 2021, 48 p.)

**PRATIQUE****ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ**

Requête pour l'obtention d'une ordonnance de confidentialité au titre des règles 151 et 152 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) — Le demandeur a déposé une plainte de violence en milieu de travail contre plusieurs personnes employées par le ministère des Ressources naturelles du Canada, en vertu de la Partie XX du *Règlement canadien sur la santé et la sécurité au travail*, DORS/86-304 (le Règlement) — Le Ministère a nommé un enquêteur indépendant pour faire enquête sur la plainte — Le demandeur a déposé une plainte selon laquelle l'enquêteur n'était pas impartial et n'avait pas respecté l'équité procédurale — La plainte a été rejetée — Dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur a sollicité la communication de documents qui divulgueraient l'identité des participants à l'enquête sur la plainte — Le défendeur a soutenu qu'il ne serait pas dans l'intérêt public que des informations permettant d'identifier les personnes concernées par une plainte pour violence en milieu de travail soient rendues publiques sans le consentement de ces dernières — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour devrait rendre une ordonnance de confidentialité — Une cour saisie d'une requête en confidentialité doit appliquer les critères établis par la Cour suprême dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522 et précisés dans l'arrêt *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25 — Dans l'arrêt *Desjardins c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 123, la Cour d'appel fédérale (C.A.F.) a examiné ces critères pour faire suite à une requête en confidentialité présentée dans une affaire portant sur de présumés actes répréhensibles révélés en application de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 — La C.A.F. a accueilli l'appel, parce que la preuve des risques liés à la divulgation était trop générale, et ne satisfaisait pas à la norme d'une preuve « bien étayée » ou une preuve convaincante — La présente affaire soulevait notamment la question de savoir si la clarification du test dans l'arrêt *Sherman* a une incidence sur les principes établis dans l'arrêt *Desjardins* — En appliquant les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Sherman*, il faut déterminer si une personne qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à limiter la présomption de publicité doit établir que la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important; si l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence; et si les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs — La prévention de la violence en milieu de travail est le type d'intérêt public important qui peut justifier la protection que confère une ordonnance de confidentialité, lorsque les circonstances s'y prêtent — La question est de savoir si les éléments de preuve satisfont au critère selon lequel il faut démontrer que le principe de la publicité des débats présente un « risque sérieux » pour l'intérêt public — Le fait que la divulgation de renseignements personnels puisse être source d'inconvénients ne suffit pas pour réfuter la présomption de la publicité des débats — Dans le cas présent, il s'est dégagé plusieurs considérations qui ont milité en faveur de l'ordonnance sollicitée — L'intention de maintenir l'anonymat des participants à une enquête sur la violence en milieu de travail ressort des dispositions du Règlement — Il ressort clairement des dispositions du Règlement que l'employeur ne peut divulguer les noms ou autres renseignements

**PRATIQUE—Fin**

susceptibles d'identifier les participants à une enquête sans leur consentement — L'arrêt *Desjardins* rejette une approche qui restreint l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à la règle 151 de façon systématique — Les éléments de preuve ont démontré que la divulgation de l'identité des personnes qui ont participé à l'enquête sur la plainte du demandeur poserait un risque sérieux de préjudice à un intérêt public important — Par conséquent, l'ordonnance de confidentialité demandée par le défendeur a donc été accordée — L'ordonnance de confidentialité limitée sollicitée était nécessaire pour écarter le risque et il n'était pas possible d'avoir recours à d'autres mesures raisonnables pour éviter le préjudice appréhendé — Les avantages de l'ordonnance en l'espèce surpassaient les répercussions de celle-ci sur le principe de la publicité des débats — Requête accueillie.

POTHIER C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-325-20, 2021 CF 979, juge Pentney, motifs de l'ordonnance en date du 22 septembre 2021, 25 p.)

**PARTIES***Qualité pour agir*

Contrôle judiciaire à l'égard de deux décisions de la Commission des libérations conditionnelles du Canada se rapportant à Philip James Baker à titre de défendeur — L'affaire était inhabituelle au motif que le demandeur n'a pas fait l'objet de l'instance de la Commission et n'y a pas par ailleurs participé, que M. Baker n'a pas participé à la présente instance et que la réponse du procureur général aux allégations du demandeur ne portait pas sur le fond des allégations de fraude et de parjure — Le demandeur a demandé réparation au titre de l'art. 18.1(4)e) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 — M. Baker a été reconnu coupable de fraude et condamné à la prison aux É.-U. — Il a par la suite été transféré au Canada pour y purger le reste de sa peine — La Commission a accordé à M. Baker une libération anticipée sous réserve de certaines conditions — Elle a rendu une deuxième décision par laquelle elle a modifié les conditions de libération initiale, de manière à ce que M. Baker puisse se rendre en Allemagne en vue de témoigner au procès de son ex-femme pour blanchiment d'argent — Ces décisions comportaient une condition intitulée [TRADUCTION] « Éviter certaines personnes » — Des journaux ont publié des articles sur le cas de M. Baker — Ces articles renvoyaient en détail au demandeur et indiquaient qu'il avait été un associé en affaires de M. Baker et qu'il était impliqué dans certaines des opérations liées à la fraude — Le demandeur a soutenu que la Commission, pour arriver à ses décisions, s'est considérablement appuyée sur le récit que M. Baker a transmis au Service correctionnel du Canada — Il a fait valoir également que les décisions, dans lesquelles il était mentionné qu'il [TRADUCTION] « s'adonne à des activités criminelles » et qu'il était un [TRADUCTION] « coaccusé » et un [TRADUCTION] « complice » de M. Baker, propageaient ce faux récit — La Commission a publié des versions modifiées des deux décisions afin de corriger une « erreur administrative » (les décisions corrigées) — Le qualificatif « coaccusés » ne précédait plus le renvoi au demandeur — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale avait compétence en ce qui a trait à la réclamation contre M. Baker — La présentation d'une demande de contrôle judiciaire n'était toutefois pas le moyen approprié de régler ces problèmes — Le demandeur a réclamé une ordonnance contraignante enjoignant à M. Baker de s'abstenir de présenter des observations sur le demandeur à toute source médiatique ou d'y renvoyer au demandeur — L'art. 18.1(4)e) prévoit que la Cour peut accorder une réparation discrétionnaire « si elle est convaincue que l'office fédéral, selon le cas [...] e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages » — M. Baker ne faisait pas partie d'un « office fédéral » — La Cour fédérale n'a pas compétence à l'égard de personnes lorsque la cause d'action est précisément décrite comme étant la diffamation, le libelle ou la fraude — Il s'agissait de savoir si le demandeur avait qualité pour contester les décisions initiales ou corrigées de la Commission — Le demandeur n'avait pas qualité pour contester les décisions de la Commission au motif qu'elles découlaient d'une fraude ou de faux témoignages, aux termes de l'art. 18.1(4)e) — Le critère lié à la qualité pour présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale est énoncé à l'art. 18.1(1) — Afin d'avoir qualité directe pour agir au titre de cette disposition, une personne doit appartenir à l'une des trois catégories suivantes, à savoir que la décision « doit toucher directement les droits de la partie, lui imposer des obligations juridiques ou lui porter directement préjudice » — Il ne faut pas donner un sens restreint à l'expression « directement touchée » — Le demandeur n'était pas partie à l'instance de la Commission — Les décisions corrigées n'avaient aucune incidence directe sur ses droits ou ses obligations juridiques — Même si la couverture médiatique a eu une incidence négative sur le demandeur, la preuve ne permettait pas de conclure que les décisions ont été un facteur ayant contribué de façon directe ou importante à ces articles — Le contrôle judiciaire en l'espèce portait sur les décisions corrigées de la Commission — Le demandeur n'était pas désigné en tant que « coaccusé » dans les décisions corrigées — En présentant les décisions corrigées, la Commission a considérablement réduit les répercussions négatives possibles sur le demandeur — Demande rejetée.

KURGAN C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-659-19, 2021 CF 1084, juge Pentney, motifs du jugement en date du 15 octobre 2021, 26 p.)



**PREUVE**

Demande présentée par le procureur général du Canada (PGC) en vertu de l'art. 38.04(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi), visant à obtenir une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des art. 38.01(1) à (4) de la Loi — Le PGC a demandé à ce que les renseignements caviardés dans des documents provenant d'Affaires mondiales Canada (AMC) soient confirmés à titre de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient préjudice aux relations internationales du Canada — L'instance découlait d'instances civiles engagées par le défendeur, visant à obtenir la suspension des procédures en raison d'un abus de procédure qu'aurait commis le gouvernement du Canada — Citoyen de la République du Kazakhstan, le défendeur est résident permanent du Canada — Il est recherché au Kazakhstan pour expropriation ou détournement de biens fiduciaires, recyclage des produits de la criminalité, production de faux et association avec une organisation criminelle — Des rapports d'interdiction de territoire ont été produits en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, en 2012 — Le défendeur a été arrêté et détenu — Son cas a été déferé pour enquête — Entre 2012 et 2020, plusieurs instances sous-jacentes ont été tenues et des décisions ont été rendues — En 2014, le PGC a introduit une demande fondée sur l'art. 38 — Le ministère de la Justice a ciblé des documents caviardés communiqués au défendeur qui contenaient des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient préjudice aux relations internationales — Un ami de la cour a été nommé — Le PGC a soutenu que la Cour devrait maintenir l'interdiction de divulgation de tous les renseignements visés par la demande — L'ami de la cour a fait valoir que certains des renseignements caviardés devraient être divulgués, ou résumés, sous réserve de certaines conditions — Le défendeur a soutenu que les renseignements caviardés devraient être présumés pertinents, puisqu'ils ont été inclus dans les documents qui seraient divulgués lors de l'interrogatoire préalable — De plus, il croyait que les renseignements lui permettraient de comprendre la raison pour laquelle l'instance tardait à avancer, ce qui pourrait être au cœur des allégations d'abus de procédure — Il a affirmé que la divulgation des renseignements caviardés ne porterait pas préjudice aux relations internationales — Il s'agissait de savoir si l'interdiction de divulgation de renseignements devrait être confirmée aux termes de l'art. 38.06(1) de la Loi et, dans l'affirmative, si la divulgation des renseignements devrait être assujettie à des conditions conformément à l'art. 38.06 — Le critère à trois volets à respecter est celui établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246 [2005] 1 R.C.F. 33 — La présente demande visait à obtenir une ordonnance confirmant la non-divulgation des renseignements qui porteraient préjudice aux relations internationales aux termes de l'art. 38.06(1) de la Loi — La loi et la jurisprudence ne donnent pas une définition claire du concept des « relations internationales » — Les relations internationales englobent l'échange de renseignements entre des nations souveraines et la capacité d'effectuer de tels échanges dans un climat de confiance de sorte que les renseignements soient aussi complets et exacts possible — Il serait difficile de définir le concept de relations internationales de façon définitive — Seuls les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient préjudice aux relations internationales du Canada peuvent être caviardés — Le juge doit donc vérifier les caviardages, avec l'aide de l'ami de la cour, pour s'assurer qu'ils sont justifiés, c.-à-d. que la divulgation des renseignements porterait préjudice — La preuve d'un préjudice doit convaincre le juge que le préjudice aux relations internationales est une probabilité, et non simplement une possibilité — Le préjudice ne peut pas être hypothétique — Le juge désigné doit dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgation — Dans la présente affaire, la divulgation des renseignements caviardés porterait préjudice aux relations internationales du Canada — L'étendue d'un tel préjudice varie selon chaque caviardage — Le degré d'importance des relations du Canada avec le Kazakhstan a été pris en considération — Bien que les relations internationales du Canada soient importantes, elles ne peuvent être protégées au détriment des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation — En l'espèce, pour la plupart des caviardages, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent, à des degrés divers, sur celles qui justifient la non-divulgation — La divulgation complète n'est pas nécessaire pour garantir l'équité de l'instance — Des résumés des renseignements importants ciblés fourniront suffisamment de renseignements au défendeur — Par conséquent, les renseignements que le PGC a proposé de caviarder le resteront — Demande accueillie en partie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. TURSUNBAYEV (DES-2-14, 2021 CF 719, juge Noël, motifs d'ordonnance modifiés en date du 20 juillet 2021, 53 p.)

Requête présentée conjointement par les défendeurs en vue d'obtenir une ordonnance interdisant la publication de la preuve et des observations qui seront présentées pendant la partie publique de l'instruction de la demande fondée sur l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, et interdisant l'accès du public aux documents que le Service des poursuites pénales du Canada (le SPPC) entend déposer dans le cadre de l'audience publique — Le défendeur Cameron Jay Otis a été arrêté et accusé en relation avec le comportement qu'il aurait eu lorsqu'il était directeur général du Centre national de coordination du renseignement de la GRC — Une interdiction de publication a été ordonnée en application de l'art. 517(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 — Le ministère public a décidé de présenter un acte d'accusation — Il était prévu que l'instruction de la demande fondée sur l'art. 38 en l'espèce se déroule d'abord par la voie d'une audience publique au cours de laquelle le SPPC

**PREUVE—Fin**

présenterait des observations sur l'application du critère de l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33, puis par la voie d'audiences à huis clos — La requête en l'espèce concernait uniquement l'audience publique — Les parties requérantes ont accepté que le public doit être autorisé à assister à l'audience publique à titre d'observateur, mais elles ont sollicité une interdiction temporaire sur la publication des observations faites par le SPPC ainsi que des renseignements ou éléments de preuve présentés au cours de cette audience — Elles ont sollicité également une ordonnance interdisant l'accès du public aux documents déposés par le SPPC dans le cadre de cette audience, afin de veiller à ce que ces documents ne soient pas diffusés publiquement avant l'issue du procès de M. Ortis — Quelle est la source du pouvoir de la Cour de rendre les ordonnances demandées? — Le pouvoir de rendre des ordonnances à l'égard d'une audience publique tenue sous le régime de l'art. 38 repose sur différentes sources — Une interdiction de publication à l'égard de renseignements par ailleurs publics n'est pas le type d'ordonnance de confidentialité visée par l'art. 38.12(1) — Une interdiction de publication à l'égard des instances de la Cour peut être rendue dans l'exercice du pouvoir de celle-ci de faire respecter sa propre procédure et de constituer une cour de justice — La règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, permet à la Cour de rendre une ordonnance de confidentialité à l'égard de ses dossiers — Une ordonnance rendue au titre de cette disposition répondrait aux besoins établis par les parties requérantes — Quel critère la Cour devrait-elle appliquer pour décider s'il y a lieu de rendre les ordonnances? — Le critère auquel doit répondre la partie qui demande au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'une façon qui restreint le principe de la publicité des débats judiciaires a été reformulé dans l'arrêt *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25 — Pour obtenir gain de cause, la personne doit établir que : 1) la publicité des débats judiciaires pose un risque sérieux pour un intérêt public important; 2) l'ordonnance sollicitée est nécessaire pour écarter ce risque sérieux pour l'intérêt mis en évidence, car d'autres mesures raisonnables ne permettront pas d'écarter ce risque; 3) du point de vue de la proportionnalité, les avantages de l'ordonnance l'emportent sur ses effets négatifs — Les parties requérantes ont établi les trois volets du critère de l'arrêt *Sherman* — L'équité du procès de M. Ortis constitue un intérêt public important — La publication des renseignements et de la preuve présentés pendant la partie publique de l'instruction de la demande fondée sur l'art. 38 avant l'issue du procès de M. Ortis poserait un risque sérieux pour l'équité de ce procès — La question importante à cette étape du critère est celle de savoir si d'autres mesures raisonnables permettront d'écarter les risques mentionnés dans la section précédente — Les mesures susceptibles de protéger l'équité et l'intégrité d'un procès criminel contre les effets défavorables de la publicité antérieure au procès, notamment le changement de lieu du procès et les récusations motivées, ne sauraient écarter les risques — Enfin, les avantages des ordonnances sollicitées l'emportent sur leurs effets négatifs — Les avantages du principe de la publicité des débats judiciaires dans la présente affaire ne seraient pas entièrement annulés, mais uniquement reportés — Les ordonnances sollicitées favoriseraient sensiblement la protection du droit de M. Ortis à un procès équitable — Il existe des similitudes majeures entre la présente affaire et l'arrêt *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721 — Requête accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ORTIS (DES-5-20, 2021 CF 737, juge Norris, motifs de l'ordonnance en date du 13 juillet 2021, 22 p.)

**RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ**

Requête des *amici curiae* pour que la Cour statue sur un point de droit dans une demande conformément aux règles 3 et 4 et, par analogie, à la règle 220 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (Règles) se rapportant au dépôt d'une telle requête dans une action — La requête visait à répondre à la question de savoir si le juge peut ordonner la communication du résumé lorsque, notamment, une revendication de privilège est présentée conformément à l'art. 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS), et une demande est présentée à un juge en vertu de l'art. 18.1(4)a) en vue d'obtenir une ordonnance déclarant que certaines informations susceptibles d'être tirées des informations privilégiées (le « résumé ») ne sont pas des informations qui communiquent l'identité d'une source humaine — Le demandeur était également le demandeur contre le gouvernement du Canada dans une action civile instituée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour atteintes aux droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* — Des documents détenus par les nombreux ministères et organismes gouvernementaux possédant les informations ont été fournis de manière continue au demandeur sous forme expurgée — La Cour a été saisie de deux demandes parallèles, dont l'une en vertu de l'art. 18.1(4)a) en vue de la communication d'informations faisant actuellement l'objet de revendications du privilège des sources humaines de la part du procureur général du Canada — Le demandeur a demandé réparation sous la forme de résumés d'informations pouvant être tirées des informations à l'égard desquelles a été revendiqué le privilège fondé sur l'art. 18.1 — Il ne cherchait pas à obtenir des informations qui identifieraient une source humaine — Il s'agissait de savoir si l'art. 18.1 autorise la production des résumés — La présente requête s'inscrivait dans le contexte des

**RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ—Fin**

préparatifs entourant le règlement de la demande sous-jacente présentée en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur le SCRS avant la demande connexe présentée en vertu de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (LPC) — La LPC renferme un code de procédure à appliquer dans le cas de la divulgation d'informations sensibles ou potentiellement préjudiciables dans le cadre d'une instance tenue devant un tribunal judiciaire ou administratif — Il n'existe aucune disposition semblable dans l'art. 18.1 — Bien que l'art. 18.1 semble à première vue imposer une interdiction absolue à n'importe quelle communication dans le cadre d'une instance tenue devant un tribunal judiciaire ou administratif, sous réserve de l'exception de l'innocence de l'accusé dans les affaires de nature criminelle, cette disposition doit être lue dans le contexte de la Loi sur le SCRS dans son ensemble — D'autres régimes législatifs prévoient la communication de résumés ne contenant pas d'informations sensibles — Seuls les art. 38 de la LPC et 18.1 de la Loi sur le SCRS s'appliquent aux instances engagées devant d'autres tribunaux judiciaires ou administratifs comme la Cour supérieure de justice de l'Ontario — Le fait que ces deux régimes étendent la compétence de la Cour à des cours de justice externes signifie que les résumés peuvent être d'une importance plus cruciale en ce sens qu'ils procurent à ces tribunaux le maximum d'informations possible de façon à garantir une issue appropriée — L'application du privilège générique qu'implique l'art. 18.1 dépend de la conclusion que les informations en litige émanant d'une source humaine, si elles étaient communiquées, identifieraient cette source humaine ou permettraient de l'identifier — Étant donné que toute décision de la Cour qui ne confirme pas l'application de l'art. 18.1 à des informations que le Service a expurgées des documents remis au demandeur au stade de la communication préalable peut mener à une demande de protection des mêmes informations en vertu de l'art. 38 de la LPC, par souci d'économie des ressources judiciaires, il serait bon d'encourager les avocats du procureur général et les *amici* à déterminer, pendant qu'ils examinent les documents, s'il serait possible d'exclure des informations identificatrices pour protéger les sources humaines — S'entendre sur cette question éviterait d'avoir à passer de nouveau en revue les informations lors de l'instance fondée sur l'art. 38 de la LPC — La Cour peut donc autoriser la communication d'informations qui sont résumées à partir d'informations protégées par l'art. 18.1 dans les cas où une demande est soumise à un juge en vertu de l'art. 18.1(4)a) de la Loi sur le SCRS et où ce juge décide qu'il ne s'agit pas d'informations qui communiquent l'identité d'une source humaine — Requête accueillie.

ALMREI C. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) (DES-1-18, 2021 CF 1153, juge Mosley, motifs de l'ordonnance en date du 28 octobre 2021, 27 p.)

If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3