



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 4, Part 2**

**2021, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2021] 4 F.C.R., {<sup>255-499</sup>  
D-9-D-15

Renvoi [2021] 4 R.C.F., {<sup>255-499</sup>  
F-11-F-18

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, C.M., 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, 2023.

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, 2023.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	255–499
Digests .....	D-9–D-15
<b>Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada (F.C.A.) .....</b>	<b>255</b>

Customs and Excise — *Excise Tax Act* — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from Minister of National Revenue's decision denying appellant's application for rebate of GST paid — Appellant entering into agreement with Air Canada, which agreement subsequently assigned to Aeroplan — During period from March 2005 to February 2007, appellant made substantial payments to Aeroplan Limited Partnership (Aeroplan), paid GST — Because appellant carrying on financial services business, appellant unable to claim any input tax credits for GST it paid to Aeroplan — Appellant submitting claim for rebate under *Excise Tax Act*, s. 261 on basis it had paid GST in error; submitting that supplies made by Aeroplan were financial services, therefore exempt supplies — Also advanced alternate positions — Whether Tax Court Judge erring in finding that appellant acquired promotional, marketing services from Aeroplan, not Aeroplan Miles — *Per* Webb J.A. (Rennie J.A. concurring): Appellant's obligation to pay consideration herein linked to promotional, marketing services to be provided by Aeroplan to appellant — Nothing in agreement's provisions supporting a finding that appellant paying consideration for issuance of Aeroplan Miles to credit card holders — Tax is imposed on recipient of taxable supply; recipient is person who is liable to pay consideration for that supply under applicable agreement — Therefore, logical that agreement under which such consideration payable will play dominant role in determining tax implications arising under Act — Issuance of Aeroplan Miles to appellant's customers could not be elevated to be predominant supply when issuance of Aeroplan Miles not even mentioned in referral activities for which consideration payable — Legal relationship between appellant, Aeroplan defined by agreement between these two parties

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	255–499
Fiches analytiques .....	F-11–F-18
<b>Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada (C.A.F.) .....</b>	<b>255</b>

Douanes et Accise — *Loi sur la taxe d'accise* — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant l'appel de l'appelante contre la décision du ministre du Revenu national de rejeter la demande de remboursement de la TPS payée par l'appelante — L'appelante a conclu une convention avec Air Canada avant cession à Aéroplan — Durant la période du mois de mars 2005 au mois de février 2007, l'appelante a fait des paiements considérables à la Société en commandite Aéroplan (Aéroplan) et a payé la TPS — Parce qu'elle exploitait une entreprise de services financiers, l'appelante n'a pas pu demander de crédits de taxe sur les intrants pour la TPS payée à Aéroplan — L'appelante a présenté une demande de remboursement en vertu de l'art. 261 de la *Loi sur la taxe d'accise* au motif qu'elle avait payé la TPS par erreur; selon la thèse de l'appelante, les fournitures d'Aéroplan étaient des services financiers et, par conséquent, constituaient des fournitures exonérées — Elle a également présenté des thèses subsidiaires — Il s'agissait de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'appelante recevait d'Aéroplan des services de promotion et de mise en marché et non des milles Aéroplan — Le juge Webb, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L'obligation de l'appelante de payer la contrepartie était liée dans la présente affaire aux services de promotion et de mise en marché qu'Aéroplan devait fournir à l'appelante — Rien dans les dispositions de la convention ne permettrait de conclure que l'appelante payait la contrepartie pour la délivrance de milles Aéroplan aux titulaires de carte de crédit — Il incombe à l'acquéreur d'une fourniture taxable de payer la taxe, et cet acquéreur est la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture aux termes de la convention qui s'applique — Par conséquent, il s'ensuit logiquement

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

— Nothing to suggest that such agreement not bona fide agreement — No basis to find that Tax Court Judge erred in interpretation of agreement between Aeroplan, appellant; therefore no basis to conclude that Tax Court erred in finding that predominant supply made by Aeroplan to appellant was supply of promotional, marketing services — Appeal dismissed — *Per* Stratas J.A. (dissenting): Majority focussed on literal contractual language, exclusively so — Stated that not necessary to consider commercial efficacy because contract saying one obligation is incidental to another — Approach deviated from test in *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada, Great-West Life Assurance Company v. Canada*, cases that are binding — Tax Court's reasons diffuse, opaque — Element that gives supply commercial efficacy is right to allocate Miles — For number of reasons, Miles predominant element of supply — Since appellant paid consideration for Miles, for GST purposes, Miles constituted gift certificates, consistent with scheme of *Excise Tax Act* — As result, Act, s. 181.2 applied to deem appellant's acquisition of Miles not to be supply — Thus, appellant paid GST in error; was entitled to rebates it claimed.

### **ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc. (F.C.A.)..... 289**

Patents — Appeals from three interlocutory orders of Federal Court; one summary judgment from Federal Court dismissing appellants' patent infringement action against respondent — Patent in issue, Canadian Patent No. 2606282, covering several classes of chemical compounds — Appellants believing that respondent's compound, bictégravir, component of drug for treating HIV, infringing their patent — Thus, bringing action against respondent for patent infringement — Respondent counter-claimed on basis that appellants' patent invalid — Respondent brought motion for summary trial under *Federal Courts Rules*,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

que la convention aux termes de laquelle la contrepartie est à payer joue un rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi — La délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante ne pouvait se hisser au rang de fourniture prédominante alors que l'attribution de ces milles Aéroplan ne figurait même pas dans les activités d'aiguillage pour lesquelles une contrepartie était à payer — Les rapports juridiques unissant l'appelante et Aéroplan ont été définis par la convention conclue entre les deux parties — Rien ne montrait que la convention ne constituait pas un rapport juridique véritable — Rien ne permettait de conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de la convention liant Aéroplan et l'appelante et, par conséquent, rien ne permettait de conclure qu'il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan en faveur de l'appelante était des services de promotion et de mise en marché — Appel rejeté — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Les juges majoritaires ont dirigé leur attention sur le libellé des clauses du contrat, à l'exclusion de toute autre chose — Ils ont déclaré qu'ils n'avaient pas besoin d'examiner l'efficacité sur le plan commercial parce que le contrat précise qu'une obligation est accessoire à une autre — Cette approche s'est écartée du critère établi dans les arrêts *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada et Great West, Compagnie d'assurance vie c. Canada*, qui nous lient — Les motifs de la Cour de l'impôt étaient diffus et obscurs — L'élément qui confère à la fourniture son efficacité sur le plan commercial est le droit d'attribuer des milles — Pour un certain nombre de raisons, les milles étaient l'élément prédominant de la fourniture — Puisque l'appelante payait une contrepartie pour les milles, pour l'application de la TPS, les milles constituaient des certificats-cadeaux, conformément au régime prévu par la *Loi sur la taxe d'accise* — Il s'en est suivi que l'art. 181.2 de la Loi s'appliquait, de sorte que l'acquisition de milles par l'appelante ne constituait pas une fourniture — L'appelante a donc payé la TPS par erreur; elle avait droit au remboursement qu'elle demandait.

### **ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc. (C.A.F.)..... 289**

Brevets — Appels interjetés à l'encontre de trois ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale et d'un jugement sommaire par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de brevet des appelantes contre l'intimée — Le brevet en litige, le brevet canadien no 2606282, vise plusieurs classes de composés chimiques — Les appelantes ont estimé que le composé de l'intimée, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du VIH, contrefaisait leur brevet — Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l'intimée — L'intimée a déposé

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

r. 216 on issue of patent infringement — Appellants objected thereto; brought motion to adjourn or quash respondent's motion — Federal Court dismissed appellants' motion, stated that summary trial would proceed — Also dismissed appellants' motion to compel production of certain documents, appellants' hearsay objection to admission into evidence of product monograph of bictégravir — Federal Court found bictégravir not infringing patent at issue — As result, granted summary judgment in favour of respondent — Appellants challenged this, alleging number of legal grounds for reversal — However, there were no grounds to set aside Federal Court's grant of summary judgment in favour of respondent — Construction of patent is question of law; however, Federal Court is entitled to deference in its appreciation of evidence, particularly expert evidence, which affects construction — Respecting fact that Federal Court referred to patent disclosure when construing claims, is trite law that patent must be read contextually in light of entire patent, all of necessary expert evidence — Part of necessary context is disclosure — While Federal Court found claims "clear and unambiguous", found it necessary to go beyond terms of claim, resort to disclosure — As to biology/virology evidence from respondent in construction of patent, while patents should be construed contextually in light of entire patent, all of necessary expert evidence, not meaning that to understand specific portion of claim, court must always take into account every conceivable part of context, whether or not it is useful to construction — Where, as here, some piece of context not assisting with construction, Federal Court need not consider it — In this case, biology/virology evidence would not have assisted in interpretation — If virology/biology evidence were required, Federal Court had access to it — Appeals dismissed.

Practice — Judgments and Orders — Appellants believing that respondent's compound, bictégravir, component of drug for treating HIV, infringing their patent (Canadian Patent

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet des appelantes — L'intimée a déposé une requête en procès sommaire, en application de la règle 216 des *Règles des Cours fédérales*, relativement à la question de la contrefaçon de brevet — Les appelantes ont fait valoir leur opposition à la requête et en ont demandé l'ajournement ou l'annulation par voie de requête — La Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes et a conclu que le procès sommaire irait de l'avant — Elle a aussi rejeté la requête présentée par les appelantes en vue de contraindre la production de certains documents et l'objection fondée sur le oui dire présentée par les appelantes, qui s'opposaient à l'admission en preuve de la monographie du bictégravir — La Cour fédérale a conclu que le bictégravir ne contrefaisait pas le brevet en cause — Elle a donc rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée — Les appelantes ont avancé plusieurs motifs de droit au soutien de l'annulation de cette décision — Toutefois, il n'existait aucun motif justifiant l'annulation du jugement sommaire rendu par la Cour fédérale en faveur de l'intimée — L'interprétation d'un brevet est une question de droit; il y a lieu toutefois de faire preuve de retenue quant à l'appréciation par la Cour fédérale de la preuve, en particulier de la preuve d'expert, qui influence sur l'interprétation — En ce qui concerne le fait que la Cour fédérale a renvoyé à la divulgation du brevet pour l'interprétation des revendications, il est acquis en matière jurisprudentielle qu'un brevet doit être interprété dans l'intégralité de son contexte, à la lumière de l'ensemble de la preuve d'expert nécessaire — La divulgation fait partie du contexte nécessaire — Même si elle a conclu que le libellé des revendications était « clair et sans ambiguïté », la Cour fédérale a jugé nécessaire de ne pas se limiter au libellé de la revendication et de recourir à la divulgation — En ce qui concerne la preuve sur la biologie et la virologie provenant de l'intimée dans l'interprétation du brevet, s'il est vrai que les brevets doivent être interprétés dans leur contexte, à la lumière du brevet dans son ensemble et de toute la preuve d'expert nécessaire, cela ne signifie pas que, pour comprendre un volet précis d'une revendication, le tribunal doit toujours prendre en compte chaque élément plausible du contexte, qu'il soit ou non utile à l'interprétation — Lorsque certains éléments du contexte n'éclairaient pas l'interprétation, comme en l'espèce, la Cour fédérale n'a pas à en tenir compte — En l'espèce, les éléments de preuve sur la biologie ou la virologie n'auraient pas facilité l'interprétation — En outre, si des éléments de preuve sur la biologie ou la virologie avaient été nécessaires, la Cour fédérale les avait à sa disposition — Appels rejetés.

Pratique — Jugements et ordonnances — Les appelantes ont estimé que le composé de l'intimée, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

No. 2606282) — Thus, bringing action against respondent for patent infringement — Respondent counterclaiming on basis that appellants' patent invalid — Appellants sought to overturn Federal Court's finding that summary judgment trial was appropriate proceeding to advance litigation, narrow issues in dispute given narrow, well-defined issues before Court — Federal Court found that it was in a position to grant judgment — In so doing, not ignoring issue of onus of proof or erring in law or in fact — Appellants' submissions in that regard not identifying extricable legal question on which Federal Court erring — In substance, appellants asking Federal Court of Appeal to reweigh matter, come to different conclusion — Not Federal Court of Appeal's task on appeal — If Federal Court not committing legal error or palpable and overriding error in applying law to circumstances of litigation before it, Federal Court of Appeal cannot interfere — Federal Court of Appeal is especially loath to interfere where, as here, particular judge of Federal Court either case managing or closely involved in regulating course of proceedings — Appellants not demonstrating any reversible error on part of Federal Court — However, it was incorrect for Federal Court to suggest it had no authority to consider preliminary motions to quash motions for summary judgment or motions for summary trial, given availability of such motions — In rare circumstances, motions to quash or to adjourn motion can be brought — When brought early, dealt with quickly, can proactively advance objectives of *Federal Courts Rules*, r. 3; stop harmful litigation conduct — In this way, motions to quash or adjourn analogous to motions under Rules concerning scheduling, case management, restraining of abuses of process — Thus, although not expressly permitted by specific rule, such motions falling under r. 4 — Rule 3 providing that *Federal Courts Rules* shall be interpreted, applied so that "every proceeding" is determined "on its merits" in just, most expeditious, least expensive way — Ultimately, Court must be satisfied that prerequisites in *Federal Courts Rules* for summary judgment or summary trial, understood in light of r. 3, met; that able to grant summary judgment, fairly, justly, on evidence adduced, law.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

VIH, contrefaisait leur brevet (brevet canadien no 2606282) — Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l'intimée — L'intimée a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet des appelantes — Les appelantes ont demandé que soit infirmée la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un jugement (procès) sommaire était une procédure appropriée pour faire avancer le litige et limiter les questions en litige étant donné les questions étroites et bien définies dont la Cour fédérale était saisie — La Cour fédérale a conclu qu'elle pouvait rendre un jugement — Ce faisant, elle n'a pas omis de tenir compte du fardeau de la preuve, ni commis une erreur de droit ou de fait — Dans leurs observations sur la question, les appelantes n'ont soulevé aucune erreur de la Cour fédérale sur une question de droit isolable — Les appelantes demandaient essentiellement à la Cour d'appel fédérale de réexaminer l'affaire et de parvenir à une conclusion différente — Ce n'est pas là le rôle d'une cour d'appel — À défaut d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale dans l'application du droit aux circonstances de l'affaire, la Cour d'appel fédérale ne peut intervenir — La Cour d'appel fédérale est particulièrement réticente à intervenir lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le juge de la Cour fédérale assurait la gestion de l'instance ou participait étroitement à la gestion du déroulement de l'instance — Les appelantes n'ont pas établi quelque erreur de la part de la Cour fédérale qui justifierait l'infirmité de sa décision — Toutefois, la Cour fédérale a indiqué à tort qu'elle n'était pas habilitée à examiner des requêtes préliminaires visant à obtenir l'annulation de requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire, étant donné les requêtes en annulation ou en ajournement possibles — Il est possible, dans de rares circonstances, de présenter une requête en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement d'une autre requête — Lorsqu'elles sont présentées tôt et examinées rapidement, ces requêtes peuvent contribuer de manière proactive à l'atteinte des objectifs énoncés à la règle 3 des *Règles des Cours fédérales* et mettre un frein aux conduites préjudiciables — Dans cette optique, les requêtes en annulation ou en ajournement sont analogues aux requêtes prévues dans les Règles relativement à l'inscription des causes au rôle, à la gestion des instances et aux abus de procédure — Par conséquent, même si elles ne sont pas expressément autorisées par une disposition précise des Règles, ces requêtes tombent sous le coup de la règle 4 — La règle 3 dispose que les *Règles des Cours fédérales* sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » — Au bout du compte, la Cour doit être d'avis qu'il est satisfait aux conditions préalables définies dans les *Règles des Cours fédérales* relatives au jugement ou

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Tran v. Canada (Citizenship And Immigration) (F.C.) ..... 313**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Provincial Nominee Program — Judicial review of visa officer's decision refusing applicant's permanent residence application under Provincial Nominee Program (PNP) — Application made under Immigration and *Refugee Protection Regulations*, s. 87(2)(a) — Applicant claiming intent to start business in New Brunswick — Officer not satisfied applicant intending to reside in New Brunswick — Officer not obtaining concurring opinion pursuant to s. 87(4) before rendering decision — Applicant submitting that individual presumed to have ability to become economically established in Canada when nominated by New Brunswick under PNP — Whether officer erred by not rebutting presumption; by not obtaining concurring opinion; by breaching duty of fairness — Plain reading of Canada–New Brunswick Immigration Agreement, Overseas Processing manual OP 7-B Provincial Nominees (OP 7-B) not giving rise to asserted presumption — Officer's assessment of applicant's intent to reside in chosen province taking into account family ties, history of travel, incomplete business plan — No reviewable error identified within officer's decision — Officer's interpretation, application of s. 87 internally coherent, justified — Officer not required to obtain second officer's concurring opinion — One's ability to become economically established in entire country not determinative of one's intent to live in particular province, or vice-versa — Visa officer's authority to substitute evaluation for criteria under s. 87(2) triggered by fact that foreign national being named in provincial nomination certificate not sufficient indicator of whether they may become economically established in Canada — S. 87(3) solely contemplating issuance of certificate under s. 87(2)(a), not one's intent to reside in nominating province under s. 87(2)(b) — Officer's decision justified even if OP 7-B may permit different interpretation of s. 87 — Officer not breaching duty of fairness to applicant — Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

au procès sommaires, interprétées à la lumière de la règle 3, et qu'elle peut rendre un jugement sommaire d'une manière juste et équitable sur le fondement des éléments de preuve présentés et du droit.

### **Tran c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 313**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Programme des candidats des provinces — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente de la demanderesse au titre du Programme des candidats des provinces (PCP) — Demande présentée conformément à l'art. 87(2)a du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* — La demanderesse a fait valoir qu'elle avait l'intention de démarrer une entreprise au Nouveau-Brunswick — L'agent n'était pas convaincu que la demanderesse cherchait à s'établir au Nouveau-Brunswick — L'agent n'a pas obtenu une confirmation de la décision, comme le prévoit l'art. 87(4), avant de rendre sa décision — La demanderesse a fait valoir que lorsqu'un étranger est désigné par le Nouveau-Brunswick au titre du PNP, il existe une présomption que cette personne a la capacité à réussir son établissement économique au Canada — Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur en réfutant pas la présomption, en n'obtenant pas une confirmation de la décision et en manquant à son obligation d'agir avec équité — Une simple lecture de l'Accord Canada-Nouveau-Brunswick et du guide sur le traitement à l'étranger intitulé OP 7-B Candidats des provinces (OP 7-B), ne donne pas lieu à la présomption invoquée — Lorsqu'il a évalué l'intention de la demanderesse de s'établir dans une province choisie, l'agent a tenu compte des liens familiaux, des voyages antérieurs et du caractère incomplet du plan d'affaires — Aucune erreur susceptible de contrôle n'a été relevée dans la décision de l'agent — L'interprétation et l'application de l'art. 87 par l'agent étaient intrinsèquement cohérentes et justifiées — Il n'était pas nécessaire d'obtenir une confirmation d'un autre agent — La capacité d'une personne à réussir son établissement économique dans le pays en entier n'est pas déterminante quant à la question de savoir si elle cherche à s'établir dans une province en particulier, et vice versa — Le pouvoir d'un agent des visas de substituer son appréciation aux critères prévus à l'art. 87(2) découle du fait qu'un étranger visé par un certificat de désignation délivré par une province n'est pas un indicateur suffisant de l'aptitude à réussir son établissement économique au Canada — L'art. 87(3) porte uniquement sur la délivrance d'un certificat aux termes de l'art. 87(2)a, et non sur l'intention d'une personne de s'établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation aux termes de l'art. 87(2)b — La décision de l'agent était justifiée même si le libellé du guide OP 7-B

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Metallo v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 338**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant's appeal from respondent's delegate's decision concluding that applicant's humanitarian and compassionate (H&C) considerations not justifying retention of his permanent resident status — Departure order therefore issued — In prior decisions dealing with acquiring permanent resident status, IAD using date officer prepared inadmissibility report assessing residency obligation — However, in applicant's case, IAD used date applicant applied for his permanent resident card — Applicant becoming permanent resident of Canada in 1972 as toddler when arriving with parents from Italy — Spent his childhood in Canada before returning to Italy with family in 1982 — Started returning to Canada to visit family in 2009; then arrived to stay in 2016 — Applicant applying for permanent resident card in November 2015 — Application reviewed by immigration officer on November 14, 2016 who concluded that applicant not complying with residency obligation of *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 28 — Section requiring permanent residents to be physically present in Canada for 730 days in each five-year period — Immigration officer assessing applicant's case referring to two relevant 5 year periods: five years prior to his application for permanent resident card; five years prior to review — Applicant's shortfall 40 percent under period prior to application, 18 percent under period prior to review — Officer stating that Act, s. 28(2)(a)(i) requiring period prior to application be used — On appeal, IAD finding applicant's breach of residency obligation significant — Whether IAD erring in assessing applicant's H&C factors with reference to residency shortfall during five-year period prior to date of his application; whether IAD erring in considering applicant's other H&C factors — IAD previously concluding that applicable five-year period was five-year period preceding Act, s. 44 report — However, in current case, IAD adopted contrary approach by considering five-year period ending on date of application — Although IAD clearly turning its mind to question of applicable "examination," not providing explanation why triggering "examination" was date of application rather than date on which Act, s. 44 report prepared — Unexplained departure from IAD's prior approach to determination of relevant five-year period unreasonable in present case even though lack of explanation likely stemming

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

peut donner lieu à une interprétation de l'art. 87 différente — L'agent n'a pas manqué à son obligation d'agir équitablement envers la demanderesse — Demande rejetée.

### **Metallo c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 338**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté par le demandeur à l'encontre d'une décision de la déléguée du défendeur, qui a conclu que les motifs d'ordre humanitaire présentés par le demandeur ne justifiaient pas le maintien de son statut de résident permanent — Une mesure de renvoi a donc été prise — Dans des décisions antérieures portant sur l'obtention du statut de résident permanent, la SAI a pris en compte la date à laquelle un agent avait établi un rapport d'interdiction de territoire aux fins du contrôle de l'obligation de résidence — Toutefois, dans le cas du demandeur, la SAI a pris en compte la date à laquelle le demandeur avait présenté sa demande de carte de résident permanent — Le demandeur est devenu un résident permanent du Canada en 1972 lorsqu'il est arrivé de l'Italie avec ses parents pendant qu'il était enfant — Il a passé son enfance au Canada avant de retourner en Italie avec sa famille en 1982 — Il a commencé à revenir au Canada en 2009 pour rendre visite à des membres de sa famille; puis il est arrivé au pays pour y rester en 2016 — Le demandeur a demandé une carte de résident permanent en novembre 2015 — Cette demande a été examinée par un agent d'immigration le 14 novembre 2016; l'agent a conclu que le demandeur ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'art. 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* — Aux termes de cette disposition, les résidents permanents doivent être effectivement présents au Canada pendant 730 jours durant une période quinquennale — L'agent d'immigration qui a apprécié la demande du demandeur a renvoyé à deux périodes quinquennales pertinentes : la période quinquennale précédant sa demande de carte de résident permanent et la période quinquennale précédant l'examen — Cela représentait un écart de 40 p. 100 pour la période précédant la demande et de 18 p. 100 pour la période précédant le contrôle — L'agent a soutenu que, selon l'art. 28(2)(a)(i) de la Loi, il fallait prendre en considération la période précédant la date de la demande — En appel, la SAI a conclu que le manquement du demandeur à l'obligation de résidence était important — Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur dans l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire que le demandeur a soulevés en ce qui concerne son manquement à l'obligation de résidence au cours de la période quinquennale précédant la

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

from parties not having identified issue — Determination of applicable five-year period having impact on applicant's case — Extent of non-compliance with residency obligation was material factor in assessing whether H&C considerations justified retention of permanent resident status — IAD considered applicant's breach of residency obligation to be significant — Not possible to say that difference in extent of shortfall between two five-year periods in applicant's case would not have affected IAD's consideration of H&C factors — IAD's decision set aside; matter remitted for redetermination by different IAD panel — Application allowed.

### **XY v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)..... 359**

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of (1) Canada Border Services Agency (CBSA) officer's decision to write *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1) inadmissibility report (s. 44 report), (2) Minister's delegate's decision to refer s. 44 report to admissibility hearing before Immigration and Refugee Board Immigration Division — Applicant alleged to have provided false information in application to renew permanent resident card — Received summary information regarding allegations — Applicant's request for full disclosure of information refused — Officer, Minister's delegate both finding insufficient humanitarian, compassionate considerations to overcome inadmissibility allegations — Applicant arguing, *inter alia*, that officer misunderstood, improperly communicated scope of his decision-making authority — Submitting that number of factors further supporting higher level of procedural fairness — Main issues

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

date à laquelle il a présenté sa demande, et si la SAI a commis une erreur dans la prise en compte des autres motifs d'ordre humanitaire qu'il a soulevés — La SAI a précédemment conclu que la période quinquennale qui s'appliquait était celle qui précédait l'établissement du rapport au titre de l'art. 44 — Or, en l'espèce, la SAI a adopté l'approche contraire en prenant en compte la période quinquennale qui avait pris fin à la date de la présentation de la demande — Bien que la SAI se soit clairement penchée sur la question du contrôle visé, elle n'a pas expliqué pourquoi la date déterminante quant au « contrôle » était la date de la demande au lieu de la date de l'établissement du rapport au titre de l'art. 44 — L'écart inexplicité par rapport à la pratique antérieure de la SAI pour la définition de la période quinquennale visée était déraisonnable dans la présente affaire même si l'absence d'explication tenait vraisemblablement au fait que les parties n'ont pas relevé la question — La détermination de la période quinquennale applicable a eu une incidence sur le dossier du demandeur — L'étendue du manquement à l'obligation de résidence constituait un facteur important dans l'appréciation de la question de savoir si des motifs d'ordre humanitaire justifiaient le maintien du statut de résident permanent — La SAI a estimé que le manquement à l'obligation de résidence était important — Il était impossible d'affirmer que la différence dans l'étendue du manquement entre les deux périodes quinquennales dans le cas du demandeur n'aurait pas eu d'incidence sur la prise en compte par la SAI des motifs d'ordre humanitaire — La décision de la SAI a été annulée, et l'affaire a été renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SAI pour un nouvel examen — Demande accueillie.

### **XY c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)..... 359**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire 1) d'une décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) de rédiger un rapport d'interdiction de territoire fondé sur l'art. 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le rapport fondé sur l'art. 44), et 2) d'une décision du délégué du ministre de déférer pour enquête le rapport fondé sur l'art. 44 à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Le demandeur aurait fourni de faux renseignements dans sa demande de renouvellement de sa carte de résident permanent — Il a reçu des informations sommaires au sujet des allégations — Sa demande de divulgation complète des informations et des documents a été refusée — Tant l'agent de l'ASFC que le délégué du ministre ont conclu qu'il n'y avait pas assez de motifs d'ordre humanitaire pour surmonter les allégations d'interdiction de territoire — Le demandeur a fait valoir

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

whether officer breached duty of procedural fairness owed to applicant; level of discretion, procedural fairness owed in decision to write, refer s. 44 report — Extent of discretion under ss. 44(1),(2) dependent on number of factors — Nature of decision, statutory scheme, importance of decision to affected individuals favouring more nuanced consideration of procedural fairness — Act, ss. 44(1),(2) decisions offering limited recourse for further relief — Particular circumstances of applicant having to be considered contextually in order to determine available avenues of relief — Options for permanent resident inadmissible on basis of organized criminality limited, requiring more nuanced assessment — Duty of procedural fairness requiring appropriate level of disclosure for applicant to understand case against him — Applicant entitled to disclosure in course of s. 44 process where information sought material, otherwise unknown, unavailable — Here, applicant lacking information necessary to answer evidence of inadmissibility held by CBSA — Not appropriate in this case to broadly declare that officers, Minister held to higher duty of procedural fairness — Could not be declared that particular level of procedural fairness applying to all circumstances — Facts not supporting allegation that applicant intentionally precluded from accessing Refugee Protection Division — While limited avenues of relief may heighten level of procedural fairness owed to applicant, these forms of relief operating as alternative measures for applicant subject to removal order, in need of protection — Matter remitted to different officer for reconsideration — Question certified — Application allowed.

### **Mohr v. National Hockey League (F.C.) . . . . . 408**

Competition — Proposed class proceeding — Motion to strike brought by certain defendants; motion to amend brought by representative plaintiff (representative plaintiff or plaintiff) — In motion to amend, brought pursuant to *Federal Courts*

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

notamment que l'agent de l'ASFC a mal saisi et mal communiqué l'étendue de son pouvoir décisionnel — Il a fait valoir qu'un certain nombre de facteurs étayaient davantage l'existence d'un degré supérieur d'équité procédurale — Il s'agissait principalement de savoir si l'agent de l'ASFC a manqué à l'obligation d'équité procédurale envers le demandeur; et de quel degré de pouvoir discrétionnaire et d'équité procédurale il faut faire preuve dans le cadre d'une décision d'établir et de déférer un rapport fondé sur l'art. 44 — La portée du pouvoir discrétionnaire prévu aux art. 44(1) et (2) dépend d'un certain nombre de facteurs — La nature de la décision, le régime législatif et l'importance de la décision pour les personnes visées font pencher la balance en faveur d'une prise en compte plus nuancée de l'équité procédurale — Les décisions prises en vertu des art. 44(1) et (2) offrent un recours restreint pour ce qui est de l'obtention d'une autre dispense — Il est nécessaire de tenir compte contextuellement des circonstances particulières d'un demandeur pour déterminer quelles sont les autres possibilités de recours — Les options dont dispose un résident permanent déclaré interdit de territoire pour cause de criminalité organisée sont restreintes, et une évaluation plus nuancée est requise — L'obligation d'équité procédurale exigeait qu'on assure au demandeur un degré de divulgation approprié de manière qu'il comprenne ce qui lui était reproché — Un demandeur a droit à la divulgation demandée dans le cadre du processus fondé sur l'art. 44 lorsque les renseignements demandés sont importants et lui sont par ailleurs inconnus et non accessibles — Dans la présente affaire, le demandeur ne disposait pas des informations nécessaires pour répondre à la preuve d'interdiction de territoire que détenait l'ASFC — En l'espèce, il n'y avait pas lieu de décréter de façon générale que les agents et le ministre sont tenus à un degré d'équité procédurale plus élevé — L'on ne pourrait déclarer qu'un degré particulier d'équité procédurale s'applique en toutes circonstances — Les faits ne permettaient pas de conclure que l'on avait l'intention d'empêcher le demandeur d'avoir accès à la Section de la protection des réfugiés — Bien que des voies de recours restreintes puissent rehausser le degré d'équité procédurale dont il faut faire preuve envers un demandeur, ces formes de recours servent de mesures de rechange dans le cas d'un demandeur faisant l'objet d'une mesure de renvoi et ayant besoin de protection — L'affaire a été renvoyée à un autre agent en vue d'un nouvel examen — Une question a été certifiée — Demande accueillie.

### **Mohr c. Ligue nationale de hockey (C.F.) . . . . . 408**

Concurrence — Recours collectif envisagé — Requête en radiation présentée par certains défendeurs et requête en modification présentée par le représentant demandeur (représentant demandeur ou demandeur) — Dans sa requête en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Rules* (Rules), r. 75, representative plaintiff sought leave to amend statement of claim filed on behalf of all major junior hockey players who signed standard player agreement (SPA) that was at heart of one or more conspiracies alleged to have been entered into between defendants (Class Members) — In statement of claim, plaintiff alleged that defendants entered into single conspiracy contrary to *Competition Act* (Act), s. 48(1) — Claimed in particular that defendants conspired to limit unreasonably Class Members' opportunity to negotiate, play with specific hockey teams — Canadian defendant leagues, their umbrella organization (Canadian Hockey League (CHL)), Hockey Canada brought motion to strike plaintiff's statement of claim maintaining plain, obvious that Act, s. 48 could not apply to them because applying only to intra-league agreements, arrangements between or among "teams and clubs", including their directors, officers or employees — Added that statement of claim could not be cured by amending it to claim damages suffered as result of agreement contemplated by general conspiracy provisions in Act, s. 45 — Representative plaintiff, hockey player who played for club in Western Hockey League between 2015 - 2020 — CHL, entity that organizes Canada's three "major junior" hockey leagues — Defendants CHL, QMJHL, OHL, WHL, Hockey Canada (collectively responding defendants on motion to amend, moving defendants on motion to strike) filing motion to strike before plaintiff filing motion to amend — Issue in motion to amend whether representative plaintiff meeting test for obtaining leave to amend statement of claim; issue in motion to strike whether plain, obvious that representative plaintiff's statement of claim disclosed no reasonable cause of action or was otherwise abuse of process — Absence of material facts, particulars, as required by Rules, rr. 174, 181, left amended statement of claim without sufficient foundation to support amended allegations made — Was sufficient basis for concluding plain, obvious that amended statement of claim disclosed no reasonable cause of action — Regarding reasonable cause of action under Act, s. 45, that section not applying to types of agreements alleged in amended statement of claim — Act, s. 45(1) applying only to "competitors" who enter into conspiracy, agreement or arrangement concerning either "supply" or "production or supply" of product in respect of which they compete — Such elements of s. 45(1) posing insurmountable hurdle for plaintiff — With exception of certain clubs, none of other existing or proposed defendants alleged to have been party to any conspiracy, agreement or arrangement with competitor respecting product — Plain, obvious that NHL, CHL, Hockey Canada not "competitors" of any other party to any of alleged agreements with respect to product — Three offences proscribed in s. 45(1) applying solely to either "supply" or "production or supply" of same

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

modification, présentée en vertu de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales*, le représentant demandeur a demandé l'autorisation de modifier une déclaration déposée au nom de tous les joueurs de hockey de niveau junior majeur qui ont signé un contrat standard de joueur (CSJ), qui était au cœur d'un ou de plusieurs des complots que les défendeurs auraient conclus ensemble (les membres du groupe) — Dans la déclaration, le demandeur a allégué que les défendeurs ont commis un seul complot, en contravention de l'art. 48(1) de la *Loi sur la concurrence* (la Loi) — Plus particulièrement, il a affirmé que les défendeurs ont comploté pour limiter déraisonnablement les possibilités des membres du groupe de négocier et de jouer avec certaines équipes de hockey — Les ligues canadiennes défenderesses, leur organisation cadre (la Ligue canadienne de hockey (LCH)) et Hockey Canada ont présenté une requête en radiation de la déclaration du demandeur dans laquelle elles ont maintenu qu'il était évident et manifeste que l'art. 48 de la Loi ne leur était pas applicable, puisque cette disposition vise uniquement les ententes et arrangements conclus entre des « équipes » et des « clubs » d'une même ligue, y compris leurs administrateurs, dirigeants ou employés — Elles ont ajouté que la déclaration ne pouvait pas être corrigée en la modifiant de manière à demander des dommages-intérêts relativement à des préjudices découlant d'un accord visé par les dispositions générales sur les complots de l'art. 45 de la Loi — Le représentant demandeur est un joueur de hockey qui a porté les couleurs d'une équipe de la Western Hockey League de 2015 à 2020 — La LCH est une entité qui organise les trois ligues de hockey « junior majeur » du Canada — Les défendeurs, la LCH, la LHJMQ, la LHO, la WHL et Hockey Canada (collectivement, les défendeurs intimés de la requête en modification et les défendeurs requérants de la requête en radiation) ont déposé leur requête en radiation avant le dépôt par le demandeur de sa requête en modification — Il s'agissait de savoir dans la requête en modification si le représentant demandeur satisfaisait au critère pour obtenir une autorisation de modifier la déclaration; il s'agissait de savoir dans la requête en radiation s'il était évident et manifeste que la déclaration du représentant demandeur ne révélait aucune cause d'action valable ou constituait autrement un abus de procédure — Le fait qu'il n'y avait pas de précisions et de faits importants, comme l'exigent les règles 174 et 181 des *Règles des Cours fédérales*, a laissé la déclaration modifiée sans fondement suffisant pour soutenir les allégations modifiées qui y ont été formulées — Par conséquent, il était évident et manifeste que la déclaration modifiée ne révélait aucune cause d'action valable — En ce qui concerne la cause d'action valable au titre de l'art. 45 de la Loi, cette disposition ne vise pas les types d'accords allégués dans la déclaration modifiée — L'art. 45(1) de la Loi ne s'applique qu'aux

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

product in respect of which alleged conspirators are competitors — By their express terms, provisions in question not applying to purchase or other acquisition of product — Agreements alleged in amended statement of claim plainly not of this type — Based on ordinary meaning of words in s. 45(1), legislative history thereof, statutory scheme, plain, obvious that plaintiff not pleading reasonable cause of action against existing, proposed defendants under s. 45, in relation to production, supply of services at issue in this proceeding — Plain, obvious that reasonable cause of action not pleaded in respect of s. 48 in proposed amended statement of claim — Was not alleged, nor apparent, that any of alleged intra-league agreements related exclusively to matters described in s. 48(1), as set forth in s. 48(3) — Various proposed amendments pertaining to alleged conspiracies, as related to wages, players' images, constituted abuse of process because these questions being litigated before other courts — Amended allegations fell short of providing responding defendants with sufficient information to know case to be met — Proposed amendments not in interests of justice; would not benefit parties to this proceeding, assist Court in pursuit of truth — Concerning moving defendants' motion to strike, plain, obvious that statement of claim disclosed no reasonable cause of action under Act, ss. 36 or 48 or *Canadian Bill of Rights*, s. 1(e) — Moreover, existing deficiencies in statement of claim could not be potentially cured by granting plaintiff leave to amend pleading as requested — Motion to amend dismissed; motion to strike granted.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

« concurrents » qui concluent un complot, un accord ou un arrangement portant sur « la fourniture » ou « la production ou la fourniture » d'un produit à l'égard duquel ils sont en concurrence — Ces éléments de l'art. 45(1) constituaient un obstacle insurmontable pour le demandeur — À l'exception de certains clubs, aucun des autres défendeurs actuels ou proposés n'aurait été partie à un complot, un accord ou un arrangement avec un concurrent à l'égard d'un produit — Il était évident et manifeste que la LNH, la LCH et Hockey Canada ne sont pas des « concurrents » d'une autre partie à l'un ou l'autre des accords prétendument conclus à l'égard d'un produit — Les trois infractions prosrites à l'art. 45(1) ne s'appliquent qu'à la « fourniture » ou à la « production ou la fourniture » du produit à l'égard duquel les comploteurs présumés sont des concurrents — Le libellé de ces dispositions prévoit expressément qu'elles ne s'appliquent pas à l'achat ou à toute autre acquisition d'un produit — De toute évidence, les accords allégués dans la déclaration modifiée n'étaient pas de ce type — Compte tenu du sens ordinaire des termes employés à l'art. 45(1), de l'historique législatif de cette disposition et du régime législatif, il était évident et manifeste que le demandeur n'a invoqué aucune cause d'action valable contre les défendeurs actuels et proposés au titre de l'art. 45, relativement à la production et à la fourniture des services en cause dans la présente affaire — Il était évident et manifeste que la déclaration modifiée proposée ne révélait aucune cause d'action valable au titre de l'art. 48 — Il n'a pas été allégué et il n'était pas non plus évident que l'un ou l'autre des accords allégués conclus au sein d'une même ligue se rapportaient exclusivement à des sujets visés à l'art. 48(1), comme le prévoit l'art. 48(3) — Les diverses modifications proposées concernant les complots présumés liés aux salaires et à l'image des joueurs constituaient un abus de procédure parce que ces questions faisaient l'objet de litiges devant d'autres tribunaux — Les allégations modifiées ne fournissaient pas aux défendeurs intimés suffisamment de renseignements pour établir la preuve à réfuter — Les modifications proposées n'étaient pas dans l'intérêt de la justice, ne profiteraient pas aux parties de l'espèce et n'aideraient pas la Cour dans sa recherche de la vérité — En ce qui concerne la requête en radiation des défendeurs requérants, il était évident et manifeste que la déclaration ne révélait aucune cause d'action valable au titre des art. 36 ou 48 de la Loi ou de l'art. 1e) de la Déclaration canadienne des droits — En outre, les lacunes actuelles de la déclaration ne pourraient pas être éliminées en accordant au demandeur l'autorisation de modifier sa plaidoirie, comme il a demandé — Requête en modification rejetée; requête en radiation accueillie.

*Suite à la page suivante*

**Mohr v. National Hockey League (F.C.A.) . . . . . 465**

Competition — Appeal from Federal Court decision finding plain, obvious that appellant's claim not disclosing cause of action under *Competition Act* (Act), s. 48 — Federal Court also dismissing appellant's motion for leave to amend to advance claim under s. 45 on ground that amendments not pleading conspiracy within scope of s. 45 — Appeal dealing with two questions of statutory interpretation involving Act, ss. 45, 48 — Appellant commenced class proceeding alleging that respondents conspired, contrary to Act, ss. 48(1)(a),(b) to limit opportunities of hockey players to play in Canadian major junior, professional hockey leagues — Appellant sought damages under Act, s. 36(1)(a) for economic losses suffered as result of alleged conspiracy — Respondents moved to strike appellant's statement of claim on basis not disclosing reasonable cause of action — Appellant then moved to amend statement of claim — Notice of motion seeking leave to amend referring to both intra-, interleague conspiracies — Two key differences between conspiracies under ss. 45, 48 — If established, conspiracy under s. 45 deemed anti-competitive while under s. 48, Court must take certain matters into account before determining that conspiracy has been established — This includes desirability of maintaining balance among teams competing in same league — Whether Federal Court erred in allowing motion to strike, dismissing motion for leave to amend — Federal Court made errors in its decision, such as erring in understanding of component of Act, s. 48(3) — Nevertheless, errors were of no consequence, result reached by Federal Court correct — Appellant's statement of claim, alleging conspiracy between leagues, between leagues, other organizations, having no reasonable prospect of success — Prohibition on anti-competitive arrangements in s. 48 limited to arrangements or agreements between clubs or teams in same league — Proposed amended statement of claim, asserting conspiracy with respect to purchase or acquisition of players' services, also having no reasonable prospect of success — Prohibition in Act, s. 45 restricted to agreements or arrangements with respect to supply or sale of products — Act, s. 48 cannot be read to mean that prohibitions against anti-competitive arrangements in s. 48(1) apply to interleague conspiracies as pleaded in statement of claim — Conspiracy provisions of Act, s. 48 confined to intraleague agreements — Regarding s. 45, that provision applying where anti-competitive agreement is between teams of different leagues or between umbrella organizations, teams or leagues — However, s. 45 limited to agreements between competitors to fix prices or allocate markets relating to production or supply of product or service — Thus, s. 45 limited to conspiracies relating to provision, sale, distribution of products or services — Since proposed amended statement of

*Continued on next page*

**Mohr c. Ligue nationale de hockey (C.A.F.) . . . . . 465**

Concurrence — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale selon laquelle il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'art. 48 de la *Loi sur la concurrence* (Loi) — La Cour fédérale a également rejeté la requête de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'art. 45, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'art. 45 — L'appel portait sur deux questions d'interprétation législative mettant en cause les art. 45 et 48 de la Loi — L'appelant a intenté un recours collectif alléguant que les intimées ont comploté, en contravention aux art. 48(1)(a) et b) de la Loi, pour limiter les possibilités des joueurs de hockey de jouer dans les ligues majeures de hockey junior et professionnel au Canada — L'appelant a demandé des dommages-intérêts en vertu de l'art. 36(1)(a) de la Loi pour les pertes économiques subies en raison du complot allégué — Les intimées ont demandé la radiation de la déclaration de l'appelant au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable — L'appelant a ensuite proposé de modifier la déclaration — L'avis de requête visant à obtenir l'autorisation de modifier mentionnait des complots au sein d'une même ligue et d'autres faisant intervenir plus d'une ligue — Il existe deux différences essentielles entre les complots prévus aux art. 45 et 48 — S'il est établi, un complot au titre de l'art. 45 est considéré comme anticoncurrentiel, alors qu'en vertu de l'art. 48, une cour de justice doit prendre en compte certains éléments avant de déterminer qu'un complot a été établi — Il s'agit notamment de l'opportunité de maintenir un équilibre entre les équipes appartenant à la même ligue — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en accueillant la requête en radiation et en rejetant la requête visant à obtenir l'autorisation d'apporter des modifications — La Cour fédérale a commis des erreurs dans sa décision, notamment en interprétant erronément un élément de l'art. 48(3) de la Loi — Toutefois, ces erreurs étaient sans conséquence et le résultat obtenu par la Cour fédérale était correct — La demande de l'appelant, qui alléguait un complot entre les ligues et entre les ligues et d'autres organisations, n'avait aucune chance raisonnable d'être accueillie — L'interdiction de conclure des arrangements anticoncurrentiels prévue à l'art. 48 est limitée aux arrangements ou accords entre clubs ou équipes d'une même ligue — La proposition de déclaration modifiée, qui invoquait un complot concernant l'achat ou l'acquisition de services de joueurs, n'avait pas non plus de chance raisonnable de succès — L'interdiction prévue à l'art. 45 se limite aux accords ou arrangements relatifs à la fourniture ou à la vente de produits — L'art. 48 ne peut être interprété comme signifiant que les interdictions d'arrangements anticoncurrentiels

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

claim described conspiracy relating to terms, conditions under which leagues, teams purchased or acquired services of players, allegation under s. 45 having no hope of success — Act, ss. 45, 48 dual provisions — Giving rise to both civil remedies, criminal prosecutions — No presumption or rule of interpretation existing that benefit of doubt on question of statutory interpretation going to defendant — Principle of strict construction of penal statutes existing as subsidiary interpretive device applicable only where there is finding of genuine ambiguity as to meaning of provision — In absence of finding of true ambiguity, principle of strict construction should not have been invoked — No ambiguity existing in Act, s. 45 — Appeal dismissed.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Federal Court finding plain, obvious that appellant's claim not disclosing cause of action under *Competition Act* (Act), s. 48 — Federal Court also dismissing appellant's motion for leave to amend to advance claim under s. 45 on ground that amendments not pleading conspiracy within scope of s. 45 — While result reached by Federal Court correct, Court misunderstood its role on motion to strike, reaching its own conclusion on contested point of statutory interpretation rather than answering question of whether plaintiff's proposed interpretation had reasonable chance of success — Although Federal Court using incorrect terminology, not erring in conducting legal analysis to determine whether claim had any reasonable prospect of success — As to evidence on motions to strike, *Federal Courts Rules*, r. 221(2) providing that no evidence shall be heard on motion to strike for order under r. 221(1)(a) — Federal Court wrong to treat extrinsic evidence as relevant to statutory interpretation issue herein.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

prévues à l'art. 48(1) s'appliquent aux complots entre ligues tels qu'ils étaient plaidés dans la déclaration — Les dispositions de l'art. 48 relatives au complot sont limitées aux accords conclus au sein d'une même ligue — En ce qui concerne l'art. 45, cette disposition s'applique lorsque l'accord anticoncurrentiel est conclu entre des équipes de différentes ligues ou entre des organismes cadres et des équipes ou des ligues — Toutefois, l'art. 45 est limité aux accords entre concurrents visant à fixer les prix ou à attribuer les marchés pour la production ou la fourniture d'un produit ou d'un service — Par conséquent, l'art. 45 se limite aux complots relatifs à la fourniture, à la vente et à la distribution de produits ou de services — Étant donné que la proposition de déclaration modifiée présentait un complot relatif aux conditions dans lesquelles les ligues et les équipes ont acheté ou acquis les services des joueurs, l'allégation fondée sur l'art. 45 n'avait aucune chance d'aboutir — Les art. 45 et 48 sont des dispositions doubles — Ils donnent ouverture à la fois à des recours civils et à des poursuites pénales — Il n'existe pas de présomption ou de règle d'interprétation selon laquelle le bénéfice du doute sur une question d'interprétation législative est accordé au défendeur — Le principe de l'interprétation stricte des lois pénales n'existe qu'à titre de mécanisme d'interprétation subsidiaire applicable uniquement lorsqu'il y a une véritable ambiguïté quant au sens d'une disposition — À défaut de constatation d'une véritable ambiguïté, le principe d'interprétation stricte n'aurait pas dû être invoqué — L'art. 45 de la Loi ne comporte aucune ambiguïté — Appel rejeté.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — La Cour fédérale a conclu qu'il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'art. 48 de la *Loi sur la concurrence* (Loi) — La Cour fédérale a également rejeté la requête de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'art. 45, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'art. 45 — Bien que le résultat obtenu par la Cour fédérale ait été correct, la Cour a mal compris son rôle lors de la présentation d'une requête en radiation et a tiré sa propre conclusion sur un point contesté de l'interprétation de la loi plutôt que de répondre à la question de savoir si l'interprétation proposée par le demandeur avait une chance raisonnable de succès — Bien que la Cour fédérale ait utilisé une terminologie incorrecte, elle n'a pas commis d'erreur en effectuant une analyse juridique pour déterminer si la demande avait une chance raisonnable d'être accueillie — En ce qui concerne la preuve dans le cadre d'une requête en radiation, le paragraphe 221(2) des *Règles des Cours fédérales* dispose qu'aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête en radiation

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Construction of Statutes — Federal Court finding plain, obvious that appellant's claim not disclosing cause of action under *Competition Act* (Act), s. 48 — Federal Court also dismissing appellant's motion for leave to amend to advance claim under s. 45 on ground that amendments not pleading conspiracy within scope of s. 45 — Federal Court erred in method of statutory interpretation; more precisely, in use of extrinsic evidence on motion to strike, role of ambiguity in statutory interpretation — Nevertheless, error of no consequence, result reached by Federal Court correct — *Federal Courts Rules*, r. 221(2) providing that no evidence shall be heard on motion to strike for order under r. 221(1)(a) — Federal Court's error being to treat extrinsic evidence as relevant to statutory interpretation issue — In statutory interpretation, focus must be statute itself — Act, ss. 45, 48 dual provisions — Giving rise to both civil remedies, criminal prosecutions — No presumption or rule of interpretation existing that benefit of doubt on question of statutory interpretation going to defendant — Principle of strict construction of penal statutes existing as subsidiary interpretive device applicable only where there is finding of genuine ambiguity as to meaning of provision — In absence of finding of true ambiguity, principle of strict construction should not have been invoked — No ambiguity existing in Act, s. 45.

## SOMMAIRE (Fin)

invoquant le motif visé à l'alinéa 221(1)a) — L'erreur de la Cour fédérale a été de considérer les éléments de preuve extrinsèques comme pertinents pour la question de l'interprétation de la loi qui se posait dans la présente affaire.

Interprétation des lois — La Cour fédérale a conclu qu'il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'art. 48 de la *Loi sur la concurrence* (Loi) — La Cour fédérale a également rejeté la requête de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'art. 45, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'art. 45 — La Cour fédérale a commis des erreurs dans la méthode d'interprétation des lois, plus précisément dans l'utilisation des éléments de preuve extrinsèques lors de la présentation d'une requête en radiation et dans le rôle de l'ambiguïté dans l'interprétation des lois — Toutefois, ces erreurs étaient sans conséquence et le résultat obtenu par la Cour fédérale était correct — Le paragraphe 221(2) des *Règles des Cours fédérales* dispose qu'aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête en radiation invoquant le motif visé à l'alinéa 221(1)a) — L'erreur de la Cour fédérale a été de considérer les éléments de preuve extrinsèques comme pertinents pour la question de l'interprétation de la loi qui se posait — Dans l'interprétation législative, il faut se concentrer sur la loi — Les art. 45 et 48 sont des dispositions doubles — Ils donnent ouverture à la fois à des recours civils et à des poursuites pénales — Il n'existe pas de présomption ou de règle d'interprétation selon laquelle le bénéfice du doute sur une question d'interprétation législative est accordé au défendeur — Le principe de l'interprétation stricte des lois pénales n'existe qu'à titre de mécanisme d'interprétation subsidiaire applicable uniquement lorsqu'il y a une véritable ambiguïté quant au sens d'une disposition — À défaut de constatation d'une véritable ambiguïté, le principe d'interprétation stricte n'aurait pas dû être invoqué — L'art. 45 de la Loi ne comporte aucune ambiguïté.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Canada v. Dow Chemical Canada ULC*, A-318-20, 2022 FCA 70, Webb J.A., judgment dated April 26, 2022, leave to appeal to S.C.C. granted February 23, 2023.

*Canada v. Paletta (Estate)*, A-83-21, 2022 FCA 86, Noël C.J., judgment dated May 17, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 16, 2023.

*Canada (Attorney General) v. Iris Technologies Inc.*, A-175-21, 2022 FCA 101, Rennie J.A., judgment dated June 2, 2022, leave to appeal to S.C.C. granted March 16, 2023.

*Canada (Attorney General) v. National Police Federation*, A-123-20, 2022 FCA 80, Gleason J.A., judgment dated May 13, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 2, 2023.

*Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Employment and Social Development)*, A-182-18, A-186-18, 2022 FCA 14, Noël C.J., de Montigny and Rivoalen J.J.A., judgment dated January 28, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 2, 2023.

*Hakizimana v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, A-159-20, 2022 FCA 33, LeBlanc J.A., judgment dated February 23, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 16, 2023.

*Hussey v. Bell Mobility Inc.*, A-230-20, 2022 FCA 95, Pelletier J.A., judgment dated May 31, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 16, 2023.

*National R&D Inc. v. Canada*, A-231-20, 2022 FCA 72, Rennie J.A., judgment dated May 3, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 9, 2023.

*Prairies Tubulars (2015) Inc. v. Canada (Border Services Agency)*, A-43-21, 2022 FCA 92, Locke J.A., judgment dated May 25, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 16, 2023.

*St-Benedict Catholic Secondary School Trust v. Canada*, A-302-20, 2022 FCA 125, Webb J.A., judgment dated July 6, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 16, 2023.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Canada c. Dow Chemical Canada ULC*, A-318-20, 2022 CAF 70, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 26 avril 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 23 février 2023.

*Canada c. Paletta (Succession)*, A-83-21, 2022 CAF 86, le juge en chef Noël, jugement en date du 17 mai 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mars 2023.

*Canada (Procureur général) c. Iris Technologies inc.*, A-175-21, 2022 CAF 101, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 2 juin 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 16 mars 2023.

*Canada (Procureur général) c. Fédération de la police nationale*, A-123-20, 2022 CAF 80, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 13 mai 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 mars 2023.

*Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Emploi et Développement social)*, A-182-18, A-186-18, 2022 CAF 14, le juge en chef Noël, les juges de Montigny et Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 28 janvier 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 mars 2023.

*Hakizimana c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, A-159-20, 2022 CAF 33, le juge LeBlanc, J.C.A., jugement en date du 23 février 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mars 2023.

*Hussey c. Bell Mobilité inc.*, A-230-20, 2022 CAF 95, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 31 mai 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mars 2023.

*National R&D Inc. c. Canada*, A-231-20, 2022 CAF 72, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 3 mai 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 mars 2023.

*Prairies Tubulars (2015) Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, A-43-21, 2022 CAF 92, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 25 mai 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mars 2023.

*St-Benedict Catholic Secondary School Trust c. Canada*, A-302-20, 2022 CAF 125, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 6 juillet 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mars 2023.



## II

### APPEALS NOTED

*Swist v. MEG Energy Corp.*, A-35-21, 2022 FCA 118, Laskin J.A., judgment dated June 20, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused March 16, 2023.

*Swist c. MEG Energy Corp.*, A-35-21, 2022 CAF 118, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 20 juin 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 mars 2023.

**Federal Courts  
Reports**

**2021, Vol. 4, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2021, Vol. 4, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-177-19  
2021 FCA 96

A-177-19  
2021 CAF 96

**Canadian Imperial Bank of Commerce** (*Appellant*)

**La Banque canadienne impériale de commerce**  
(*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty The Queen** (*Respondent*)

**Sa Majesté la Reine** (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE  
v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE  
COMMERCE C. CANADA**

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Rennie J.J.A.—  
By videoconference, February 16; Ottawa, May 20, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Webb et Rennie,  
J.C.A.—Par vidéoconférence, 16 février; Ottawa, 20 mai  
2021.

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

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

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from Minister of National Revenue's decision denying appellant's application for rebate of GST paid — Appellant entering into agreement with Air Canada, which agreement subsequently assigned to Aeroplan — During period from March 2005 to February 2007, appellant made substantial payments to Aeroplan Limited Partnership (Aeroplan), paid GST— Because appellant carrying on financial services business, appellant unable to claim any input tax credits for GST it paid to Aeroplan — Appellant submitting claim for rebate under Excise Tax Act, s. 261 on basis it had paid GST in error; submitting that supplies made by Aeroplan were financial services, therefore exempt supplies — Also advanced alternate positions — Whether Tax Court Judge erring in finding that appellant acquired promotional, marketing services from Aeroplan, not Aeroplan Miles — Per Webb J.A. (Rennie J.A. concurring): Appellant's obligation to pay consideration herein linked to promotional, marketing services to be provided by Aeroplan to appellant — Nothing in agreement's provisions supporting a finding that appellant paying consideration for issuance of Aeroplan Miles to credit card holders — Tax is imposed on recipient of taxable supply; recipient is person who is liable to pay consideration for that supply under applicable agreement — Therefore, logical that agreement under which such consideration payable will play dominant role in determining tax implications arising under Act — Issuance of Aeroplan Miles to appellant's customers could not be elevated to be predominant supply when issuance of Aeroplan Miles not even mentioned in referral activities for which consideration payable — Legal relationship between*

*Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant l'appel de l'appelante contre la décision du ministre du Revenu national de rejeter la demande de remboursement de la TPS payée par l'appelante — L'appelante a conclu une convention avec Air Canada avant cession à Aéroplan — Durant la période du mois de mars 2005 au mois de février 2007, l'appelante a fait des paiements considérables à la Société en commandite Aéroplan (Aéroplan) et a payé la TPS — Parce qu'elle exploitait une entreprise de services financiers, l'appelante n'a pas pu demander de crédits de taxe sur les intrants pour la TPS payée à Aéroplan — L'appelante a présenté une demande de remboursement en vertu de l'art. 261 de la Loi sur la taxe d'accise au motif qu'elle avait payé la TPS par erreur; selon la thèse de l'appelante, les fournitures d'Aéroplan étaient des services financiers et, par conséquent, constituaient des fournitures exonérées — Elle a également présenté des thèses subsidiaires — Il s'agissait de savoir si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'appelante recevait d'Aéroplan des services de promotion et de mise en marché et non des milles Aéroplan — Le juge Webb, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : L'obligation de l'appelante de payer la contrepartie était liée dans la présente affaire aux services de promotion et de mise en marché qu'Aéroplan devait fournir à l'appelante — Rien dans les dispositions de la convention ne permettrait de conclure que l'appelante payait la contrepartie pour la délivrance de milles Aéroplan aux titulaires de carte de crédit — Il incombe à l'acquéreur d'une fourniture taxable de payer la taxe, et cet acquéreur est la personne qui est tenue de payer la*

*appellant, Aeroplan defined by agreement between these two parties — Nothing to suggest that such agreement not bona fide agreement — No basis to find that Tax Court Judge erred in interpretation of agreement between Aeroplan, appellant; therefore no basis to conclude that Tax Court erred in finding that predominant supply made by Aeroplan to appellant was supply of promotional, marketing services — Appeal dismissed — Per Stratas J.A. (dissenting): Majority focussed on literal contractual language, exclusively so — Stated that not necessary to consider commercial efficacy because contract saying one obligation is incidental to another — Approach deviated from test in *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada, Great-West Life Assurance Company v. Canada*, cases that are binding — Tax Court's reasons diffuse, opaque — Element that gives supply commercial efficacy is right to allocate Miles — For number of reasons, Miles predominant element of supply — Since appellant paid consideration for Miles, for GST purposes, Miles constituted gift certificates, consistent with scheme of Excise Tax Act — As result, Act, s. 181.2 applied to deem appellant's acquisition of Miles not to be supply — Thus, appellant paid GST in error; was entitled to rebates it claimed.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision dismissing the appellant's appeal from the Minister of National Revenue's decision denying the appellant's application for a rebate of GST paid. The appellant made substantial payments to Aeroplan Limited Partnership (Aeroplan) under the agreement between these companies relating to the Aeroplan credit cards issued by the appellant. The appellant paid GST to Aeroplan based on the amount the appellant paid. The appellant submitted an application to the Minister of National Revenue (Minister) for a rebate of this GST, which the Minister denied. It then filed an appeal to the Tax Court of Canada but its appeal was dismissed.

*contrepartie de la fourniture aux termes de la convention qui s'applique — Par conséquent, il s'ensuit logiquement que la convention aux termes de laquelle la contrepartie est à payer joue un rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi — La délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante ne pouvait se hisser au rang de fourniture prédominante alors que l'attribution de ces milles Aéroplan ne figurait même pas dans les activités d'aiguillage pour lesquelles une contrepartie était à payer — Les rapports juridiques unissant l'appelante et Aéroplan ont été définis par la convention conclue entre les deux parties — Rien ne montrait que la convention ne constituait pas un rapport juridique véritable — Rien ne permettait de conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de la convention liant Aéroplan et l'appelante et, par conséquent, rien ne permettait de conclure qu'il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan en faveur de l'appelante était des services de promotion et de mise en marché — Appel rejeté — Le juge Stratas, J.C.A. (dissident) : Les juges majoritaires ont dirigé leur attention sur le libellé des clauses du contrat, à l'exclusion de toute autre chose — Ils ont déclaré qu'ils n'avaient pas besoin d'examiner l'efficacité sur le plan commercial parce que le contrat précise qu'une obligation est accessoire à une autre — Cette approche s'est écartée du critère établi dans les arrêts *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada* et *Great West, Compagnie d'assurance vie c. Canada*, qui nous lient — Les motifs de la Cour de l'impôt étaient diffus et obscurs — L'élément qui confère à la fourniture son efficacité sur le plan commercial est le droit d'attribuer des milles — Pour un certain nombre de raisons, les milles étaient l'élément prédominant de la fourniture — Puisque l'appelante payait une contrepartie pour les milles, pour l'application de la TPS, les milles constituaient des certificats-cadeaux, conformément au régime prévu par la Loi sur la taxe d'accise — Il s'en est suivi que l'art. 181.2 de la Loi s'appliquait, de sorte que l'acquisition de milles par l'appelante ne constituait pas une fourniture — L'appelante a donc payé la TPS par erreur; elle avait droit au remboursement qu'elle demandait.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, rejetant l'appel de l'appelante contre la décision du ministre du Revenu national de rejeter la demande de remboursement de la TPS payée par l'appelante. L'appelante a fait des paiements considérables à la Société en commandite Aéroplan (Aéroplan) en application de la convention liant ces sociétés et portant sur les cartes de crédit Aéroplan émises par l'appelante. L'appelante a payé à Aéroplan la TPS, calculée sur la base des sommes qu'elle a versées. L'appelante a présenté au ministre du Revenu national (le ministre) une demande de remboursement de la TPS, qu'il a rejetée. Elle a ensuite interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt, mais son appel a été rejeté.

The appellant initially entered into an agreement with Air Canada, which agreement was subsequently assigned to Aeroplan. The appellant entered into this agreement because it wanted to increase its credit card and retail banking business. During the period from March 25, 2005 to February 26, 2007, the appellant made substantial payments to Aeroplan and paid GST. If the appellant would have been carrying on a commercial activity, it could have claimed input tax credits for the GST that it paid. However, because it was carrying on a financial services business, the appellant was unable to claim any input tax credits for the GST that it paid to Aeroplan. The appellant subsequently attempted to recover this GST by submitting a claim for a rebate under section 261 of the *Excise Tax Act* on the basis that it had paid the GST in error. The appellant took the position that the supplies made by Aeroplan were financial services and therefore were exempt supplies. It also advanced the alternate positions that it was carrying on a joint venture with Aeroplan or that it was paying to have gift certificates issued to its customers. When the matter was argued before the Tax Court, the appellant's position was reduced to its argument that it was paying Aeroplan to issue Aeroplan Miles to its customers and that Aeroplan Miles are gift certificates. It stated that if Aeroplan Miles are gift certificates that are issued for consideration, then the issuance or sale of such miles would be deemed to not be a supply and there would be no GST payable by the appellant (section 181.2 of the Act). The arrangement between the appellant and Aeroplan was that Aeroplan would provide the appellant a list of its members and promote the appellant's credit cards. Aeroplan Miles would be issued to the holders of these cards based on the eligible amounts that such holders charged to their cards each month. The eligible amounts would also be included in the formula used to determine the amount payable by the appellant to Aeroplan. The holders of the credit cards would accumulate Aeroplan Miles that could be redeemed for flights, merchandise or gift cards.

At the Tax Court, it was found that there was a single supply and neither party challenged that finding on this appeal. The dispute related to the determination of what in particular was supplied as the single supply. The Tax Court Judge found that the true nature of the Aeroplan Mile Program, the 2003 Credit Card Agreement, and the resulting Aeroplan Supplies was to market and promote applications for and increased use of the appellant's participating credits cards and other products. The Tax Court Judge made this finding by determining what was supplied by Aeroplan to the appellant for the consideration it paid under the applicable agreement. The agreement between Aeroplan and the appellant, including the Appendix D thereof, were examined. The formula that was used to calculate the amount payable by the appellant to Aeroplan was set out in the Appendix. The amount the appellant owed Aeroplan was

L'appelante a d'abord conclu une convention avec Air Canada avant cession à Aéroplan. L'appelante voulait par cette convention accroître ses activités de carte de crédit et de services bancaires. Durant la période du 25 mars 2005 au 26 février 2007, l'appelante a fait des paiements considérables à Aéroplan et a payé la TPS. Si l'appelante avait exercé une activité commerciale, elle aurait pu demander des crédits de taxe sur les intrants pour les montants de TPS qu'elle payait. Or, parce qu'elle exploitait une entreprise de services financiers, l'appelante n'a pas pu demander de crédits de taxe sur les intrants pour la TPS payée à Aéroplan. L'appelante a par la suite tenté de récupérer ces montants de TPS en présentant une demande de remboursement en vertu de l'article 261 de la *Loi sur la taxe d'accise* au motif qu'elle aurait payé la TPS par erreur. Selon la thèse de l'appelante, les fournitures d'Aéroplan étaient des services financiers et, par conséquent, constituaient des fournitures exonérées. L'appelante a également présenté des thèses subsidiaires, à savoir qu'elle exploitait une coentreprise avec Aéroplan ou qu'elle payait pour que des certificats-cadeaux soient remis à ses clients. Lorsque l'affaire a été débattue devant la Cour de l'impôt, l'appelante a limité ses observations à la thèse selon laquelle elle payait Aéroplan pour que celle-ci délivre des milles Aéroplan à ses clients et que ces milles étaient des certificats-cadeaux. Elle a fait valoir que, si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux qui sont délivrés à titre onéreux, la délivrance ou la vente de ces milles serait réputée ne pas être une fourniture et l'appelante n'aurait pas à payer la TPS (article 181.2 de la Loi). Selon la convention conclue entre l'appelante et Aéroplan, Aéroplan devait fournir une liste de ses membres à l'appelante et faire la promotion des cartes de crédit de cette dernière. Des milles Aéroplan devaient être délivrés aux titulaires de ces cartes en fonction des sommes admissibles portées chaque mois par les titulaires sur leur carte. De plus, ces sommes admissibles serviraient de paramètre dans la formule servant à calculer la somme que l'appelante aurait à verser à Aéroplan. Les titulaires de carte de crédit accumulaient leurs milles Aéroplan pour les échanger contre des billets d'avion, des marchandises ou des cartes-cadeaux.

La Cour de l'impôt a conclu qu'une fourniture unique avait été effectuée et ni l'une ni l'autre des parties n'a contesté cette conclusion dans le présent appel. Le litige concernait la nature de ce qui a été fourni dans cette fourniture unique. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la véritable nature du programme de milles Aéroplan, de la convention de 2003 et des fournitures d'Aéroplan y afférentes était l'incitation à demander des cartes de crédit participantes de l'appelante et d'autres produits financiers de cette dernière. Le juge en est arrivé à cette conclusion en déterminant ce en quoi consistait la fourniture effectuée par Aéroplan envers l'appelante pour laquelle cette dernière versait une contrepartie en application de la convention en question. La convention conclue entre Aéroplan et l'appelante, y compris l'annexe D de celle-ci, a été examinée. Cette annexe établissait la formule qui a servi à calculer le montant que l'appelante

based on the number of Aeroplan Miles issued to its customers and the amount charged per mile. GST was added to determine the total amount owing. The Tax Court Judge concluded that the single supply was promotional and marketing services provided by Aeroplan to the appellant. Since this was a taxable supply, the appellant was not entitled to a rebate of the GST it paid. The Tax Court chose to also address the issue of whether the Aeroplan Miles were gift certificates. In essence, it concluded that since Aeroplan Miles do not have attributes similar to money, Aeroplan Miles are not gift certificates for the purposes of the Act.

The principal issue in this appeal was whether the Tax Court Judge erred in finding that the appellant acquired promotional and marketing services from Aeroplan and not Aeroplan Miles.

*Held* (Stratas J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Webb J.A. (Rennie J.A. concurring): GST is payable by recipients of taxable supplies and a recipient is defined in section 123 of the Act, in general, as the person who is liable under an agreement to pay consideration for the supply. In this case, the appellant was the person who was liable to pay the consideration under the agreement with Aeroplan. Therefore, the question was what supply of property or services was made to the appellant. The Tax Court Judge's finding that the supply that was made to the appellant was promotional and marketing services was based on his interpretation of the agreement under which the consideration was payable. The appellant contended that the supply that was made to it by Aeroplan was the provision of Aeroplan Miles to its customers and that Aeroplan Miles are gift certificates for the purposes of the Act. Its submissions focussed on the value of the Aeroplan Miles to the appellant's customers, arguing that the Aeroplan Miles must have been the predominant supply made by Aeroplan under the agreement. However, this submission was based on viewing the agreement from the perspective of the appellant's customers, not the appellant. The appellant's customers were not the persons who were liable to pay the consideration under the agreement at issue and, hence, they were not the persons who were obligated to pay GST in relation to the supplies made under this agreement. Instead, the appellant was the person who was liable to pay the consideration under the agreement and thus was liable to pay the GST. The focus was therefore on the appellant and its perspective of what it was being supplied under the agreement.

devait payer à Aéroplan. La somme que l'appelante devait à Aéroplan dépendait du nombre de milles Aéroplan délivrés aux clients de l'appelante et de la somme facturée par mille. La TPS était ajoutée pour le calcul de la somme totale. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la fourniture unique consistait en des services de promotion et de mise en marché offerts par Aéroplan à l'appelante. Ces services étant une fourniture taxable, l'appelante n'avait pas droit au remboursement de la TPS qu'elle avait payée. La Cour de l'impôt a choisi d'examiner aussi la question de savoir si les milles Aéroplan étaient des certificats-cadeaux. Elle a essentiellement conclu que, puisque leurs attributs ne sont pas semblables à ceux de l'argent, les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux pour l'application de la Loi.

Il s'agissait principalement de savoir dans le présent appel si le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'appelante recevait d'Aéroplan des services de promotion et de mise en marché et non des milles Aéroplan.

*Arrêt* (juge Stratas, J.C.A., dissident) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Webb, J.C.A. (le juge Rennie, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La TPS doit être payée par les acquéreurs de fournitures taxables, et le terme « acquéreur » est défini à l'article 123 de la Loi, de manière générale, comme étant une personne qui est tenue, aux termes d'une convention, de payer la contrepartie de la fourniture. En l'espèce, l'appelante était la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention conclue avec Aéroplan. La question à trancher était donc de savoir en quoi consistaient les biens ou les services fournis à l'appelante. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la fourniture effectuée envers l'appelante consistait en des services de promotion et de mise en marché en se fondant sur son interprétation de la convention aux termes de laquelle la contrepartie était à payer. L'appelante a soutenu que la fourniture qu'Aéroplan a effectuée à son endroit était la fourniture de milles Aéroplan délivrés à ses clients et que les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux pour l'application de la Loi. Elle a fait porter ses observations surtout sur la valeur des milles Aéroplan pour ses clients, soutenant que ces milles devaient être la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan aux termes de la convention. Cependant, cette observation était fondée sur une interprétation de la convention faite du point de vue des clients de l'appelante et non du point de vue de l'appelante. Les clients de l'appelante n'étaient pas les personnes qui étaient tenues de payer la contrepartie aux termes de la convention en cause, de sorte qu'ils n'étaient pas les personnes tenues de payer la TPS sur les fournitures effectuées en application de la convention. C'est plutôt l'appelante qui était la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention et qui, par conséquent, était tenue de payer la TPS. Il fallait donc se concentrer sur l'appelante et sur ce qui, de son point de vue, était fourni aux termes de la convention.

The applicable agreement explicitly identifies the predominant supply and those supplies that were incidental thereto. Section 9 of the agreement clearly links the payment of the consideration to Aeroplan's obligation to refer or arrange "for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications" (the promotional and marketing services provided by Aeroplan to the appellant). Appendix D of the agreement is consistent with section 9. In both section 9 and Appendix D, the obligation to pay the consideration is linked to the promotional and marketing services to be provided by Aeroplan to the appellant. Both section 9 of the agreement and Appendix D also specifically state that the other obligations of Aeroplan (which would include issuing Aeroplan Miles to the appellant's customers) are incidental to the promotional and marketing services. There was nothing in the agreement's provisions that would support a finding that the appellant was paying the consideration that it did for the issuance of Aeroplan Miles to credit card holders. These provisions do not contradict the statement in section 9 and Appendix D that the other obligations of Aeroplan (including the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of the appellant's customers) were incidental to Aeroplan referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications. The appellant challenged the weight that the Tax Court Judge gave to its agreement with Aeroplan. To suggest that the agreement between the parties under which the consideration for the supply is payable should not play a dominant role in the determination of the tax implications arising under the Act was not consistent with the Act. Tax is imposed on a recipient of a taxable supply (section 165 of the Act) and the recipient is the person who is liable to pay the consideration for that supply under the applicable agreement (definition of "recipient" in section 123 of the Act). Therefore, it is logical that the agreement under which such consideration is payable will play a dominant role in determining the tax implications arising under the Act. The issuance of Aeroplan Miles to the appellant's customers was not included in any of the referral activities at issue and therefore could not be considered as part of the obligation of Aeroplan to refer or arrange for Aeroplan Members and other members of the public to make card applications. Hence, the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of the appellant's cardholders was not part of the marketing and promotional services that were identified by the Tax Court Judge as the predominant element of the supply. The issuance of Aeroplan Miles to the appellant's customers could not be elevated to be the predominant supply when such issuance of Aeroplan Miles was not even mentioned in the referral activities for which the consideration was payable. The legal relationship between the appellant and Aeroplan was defined by the agreement between these two parties. There was nothing to suggest that this agreement was not a *bona fide* agreement. Also, there was nothing in the record that would suggest that the words chosen by the parties for section 9 and

La convention en cause établit explicitement quelle est la fourniture prédominante et quelles sont les fournitures accessoires. Il est évident que l'article 9 de la convention lie le paiement de la contrepartie à l'obligation d'Aéroplan d'encourager ou d'aider [TRADUCTION] « les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte » (les services de promotion et de mise en marché fournis par Aéroplan à l'appelante). Le texte de l'annexe D de la convention est conforme à celui de l'article 9. Tant l'article 9 que l'annexe D lient l'obligation de payer la contrepartie aux services de promotion et de mise en marché qu'Aéroplan doit fournir à l'appelante. De plus, tant l'article 9 de la convention que l'annexe D indiquent expressément que les autres obligations d'Aéroplan (ce qui inclurait la délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante) sont accessoires aux services de promotion et de mise en marché. Rien dans les dispositions de la convention ne permettrait de conclure que l'appelante payait la contrepartie qu'elle versait pour la simple délivrance de milles Aéroplan aux titulaires de carte de crédit. Ces dispositions ne sont pas incompatibles avec l'article 9 et l'annexe D selon lesquels les autres obligations d'Aéroplan (y compris l'obligation d'Aéroplan de porter les milles au crédit des comptes Aéroplan des clients de l'appelante) étaient accessoires à l'obligation d'encourager ou d'aider les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte de crédit. L'appelante a contesté l'importance que le juge de la Cour de l'impôt a accordée à la convention conclue entre elle et Aéroplan. La thèse selon laquelle la convention qui lie les parties et aux termes de laquelle est versée une contrepartie pour une fourniture ne doit pas jouer de rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi était incompatible avec la Loi. Il incombe à l'acquéreur d'une fourniture taxable de payer la taxe (article 165 de la Loi), et cet acquéreur est la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture aux termes de la convention qui s'applique (définition du terme « acquéreur » à l'article 123 de la Loi). Par conséquent, il s'ensuit logiquement que la convention aux termes de laquelle la contrepartie est à payer joue un rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi. La délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante ne faisait partie d'aucune des activités d'aiguillage en cause et, par conséquent, ne pouvait être considérée comme faisant partie de l'obligation d'Aéroplan d'encourager ou d'aider les membres d'Aéroplan ou d'autres personnes à présenter une demande de carte. Par conséquent, l'obligation d'Aéroplan de porter des milles Aéroplan au crédit des comptes Aéroplan des titulaires de carte de l'appelante ne faisait pas partie des services de promotion et de mise en marché que le juge de la Cour de l'impôt a reconnus comme étant l'élément prédominant de la fourniture. La délivrance de milles Aéroplan aux clients de l'appelante ne pouvait se hisser au rang de fourniture prédominante lorsque l'attribution de ces milles Aéroplan ne figurait même pas dans les activités d'aiguillage pour lesquelles une contrepartie était à payer. Les rapports juridiques unissant



Appendix D did not reflect what was intended by the parties or that the actual legal effect of those provisions differed from what the words stipulated. There was no basis to find that the Tax Court Judge erred in his interpretation of the agreement between Aeroplan and the appellant and, therefore, there was no basis to conclude that he erred in finding that the predominant supply that was made by Aeroplan to the appellant was the supply of promotional and marketing services.

*Per* Stratas J.A. (dissenting): To determine the predominant element of a single multi-element, compound or composite supply, one must identify all of the elements of the supply and ask what element gives the supply its commercial efficacy or which element, in a practical or commercial sense, caused the payment of the consideration. This question gets at more than just the technical content of the legal obligations found in a contract. The majority focussed on literal contractual language and exclusively so. They stated that it is not necessary to consider commercial efficacy because the contract says one obligation is incidental to another. This approach deviated from the test in *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada and Great-West Life Assurance Company v. Canada*, cases that are binding and that encourage the courts to get to the practical, commercial substance of the supply. The predominant element is the element that gives the supply commercial efficacy or, in other words, the reason for the consideration. On this point, the reasons of the Tax Court were diffuse and opaque and the basis for its decision on this point could not be determined. This permitted the Court to make its own assessment and, if necessary, interfere with the Tax Court's decision. The element that gives the supply commercial efficacy—the predominant element of the supply—is the right to allocate Miles. The mere fact that the appellant planned to use its property, the rights to allocate Miles, to make money did not support the view that what was being dealt with were promotional and marketing services. For a number of reasons, the Miles were the predominant element of the supply. In the commercial world, Miles function as gift certificates. In this case, since the appellant paid consideration for the Miles, for GST purposes, the Miles constituted gift certificates, consistent with the scheme of the *Excise Tax Act*. As a result, section 181.2 of the Act applied to deem the appellant's acquisition of the Miles not to be a supply. Thus, the appellant paid GST in error. It was entitled to the rebates it claimed.

l'appelante et Aéroplan ont été définis par la convention conclue entre les deux parties. Rien ne montrait que la convention ne constituait pas un rapport juridique véritable. En outre, il n'y avait rien dans le dossier qui laisserait croire que les mots choisis par les parties pour libeller l'article 9 et l'annexe D ne traduisaient pas l'intention des parties ni qui montrerait que les effets juridiques véritables de ces clauses différaient de ce que les mots indiquaient. Rien ne permettait de conclure que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de la convention liant Aéroplan et l'appelante et, par conséquent, rien ne permettait de conclure qu'il a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan en faveur de l'appelante était des services de promotion et de mise en marché.

Le juge Stratas J.C.A. (dissident) : Pour déterminer quel est l'élément prédominant d'une fourniture unique qui est composée de plusieurs éléments, mixte ou composite, il faut isoler les éléments de la fourniture et se demander lequel donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou lequel, sur le plan pratique ou commercial, entraîne le paiement de la contrepartie. Cette question nous fait sortir de l'aspect purement technique des obligations juridiques stipulées dans un contrat. Les juges majoritaires ont dirigé leur attention sur le libellé des clauses du contrat, à l'exclusion de toute autre chose. Ils ont déclaré qu'ils n'avaient pas besoin d'examiner l'efficacité sur le plan commercial parce que le contrat précise qu'une obligation est accessoire à une autre. Cette approche s'est écartée du critère établi dans les arrêts *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada et Great-West, Compagnie d'assurance-vie c. Canada*, qui nous lient et qui nous encouragent à nous pencher sur l'aspect pratique et commercial de la fourniture. L'élément qui prédomine est celui qui donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou, en d'autres mots, la raison justifiant la contrepartie. Les motifs de la Cour de l'impôt à cet égard étaient diffus et obscurs et il était impossible de voir le fondement de sa décision sur ce point. Cela a permis à la Cour de procéder à sa propre analyse et, au besoin, de modifier la décision de la Cour de l'impôt. L'élément qui confère à la fourniture son efficacité sur le plan commercial, l'élément prédominant de la fourniture, est le droit d'attribuer des milles. Le simple fait que l'appelante prévoyait de se servir de son bien, c'est-à-dire le droit d'attribuer des milles, pour faire de l'argent n'était pas le point de vue selon lequel il s'agissait de services de promotion et de mise en marché. Pour un certain nombre de raisons, les milles étaient l'élément prédominant de la fourniture. Dans le monde du commerce, les milles fonctionnent comme des certificats-cadeaux. En l'espèce, puisque l'appelante payait une contrepartie pour les milles; pour l'application de la TPS, les milles constituaient des certificats-cadeaux, conformément au régime prévu par la *Loi sur la taxe d'accise*. Il s'en est suivi que l'article 181.2 de la Loi s'appliquait, de sorte que l'acquisition de milles par l'appelante ne constituait pas une fourniture. L'appelante a

donc payé la TPS par erreur. Elle avait droit au remboursement qu'elle demandait.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123 “financial service”, “property”, “recipient”, “service”, 165, 181–181.3, 181.2, 261.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Great-West Life Assurance Company v. Canada*, 2016 FCA 316, [2016] G.S.T.C. 118; *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada*, 2013 FCA 269, 451 N.R. 358; *Sattva Capital Corporation v. Creston Moly Corporation*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Urquhart v. Canada*, 2016 FCA 76, 2016 D.T.C. 5039; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, (1993) 110 D.L.R. (4th) 470; *MacDonald v. Canada*, 2020 SCC 6, 443 D.L.R. (4th) 124; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999) 178 D.L.R. (4th) 26; *Hammill v. Canada*, 2005 FCA 252, 257 D.L.R. (4th) 1.

## CONSIDERED:

*Club Intrawest v. Canada*, 2017 FCA 151, [2017] G.S.T.C. 51.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Barnwell v. Canada*, 2016 FCA 150, 2016 D.T.C. 5062; *Camp Mini-Yo-We Inc. v. Canada*, 2006 FCA 413, 357 N.R. 3181; *Royal Bank v. The Queen*, 2007 TCC 281, [2007] G.S.T.C. 122; *Canasia Industries Ltd. v. The Queen*, 2003 TCC 33, 2003 G.T.C. 647.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2019 TCC 79) dismissing the appellant’s appeal from the Minister of National Revenue’s decision denying the appellant’s application for a rebate of GST paid. Appeal dismissed, Stratas J.A. dissenting.

## APPEARANCES

*Al Meghji, Al-Nawaz Nanji and D’Arcy Schieman* for appellant.  
*Marilyn Vardy and Craig Maw* for respondent.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123 « acquéreur », « bien », « service », « service financier », 165, 181–181.3, 181.2, 261.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada*, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408 (QL); *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada*, 2013 CAF 269, [2013] A.C.F. n° 1271 (QL); *Sattva Capital Corporation c. Creston Moly Corporation*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Urquhart c. Canada*, 2016 CAF 76, [2016] A.C.F. n° 250 (QL); *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 1993 CanLII 55; *MacDonald c. Canada*, 2020 CSC 6, [2020] A.C.S. n° 6 (QL); *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, 1999 CanLII 647; *Hammill c. Canada*, 2005 CAF 252, [2005] A.C.F. n° 1197 (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Club Intrawest c. Canada*, 2017 CAF 151, [2017] A.C.F. n° 702 (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Barnwell c. Canada*, 2016 CAF 150, [2016] A.C.F. n° 516 (QL); *Camp Mini-Yo-We Inc. c. Canada*, 2006 CAF 413, [2006] A.C.F. n° 1942 (QL); *Banque Royale du Canada c. La Reine*, 2007 CCI 281, [2007] A.C.I. n° 361 (QL); *Canasia Industries Ltd. c. La Reine*, 2003 CCI 33.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt (2019 CCI 79), rejetant l’appel de l’appelante contre la décision du ministre du Revenu national de rejeter la demande de remboursement de la TPS payée par l’appelante. Appel rejeté, le juge Stratas, J.C.A., étant dissident.

## ONT COMPARU :

*Al Meghji, Al-Nawaz Nanji et D’Arcy Schieman* pour l’appelante.  
*Marilyn Vardy et Craig Maw* pour l’intimée.

## SOLICITORS OF RECORD

*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] WEBB J.A.: The Canadian Imperial Bank of Commerce (CIBC) made substantial payments to Aeroplan Limited Partnership (Aeroplan) under the agreement between these companies related to the Aeroplan credit cards issued by CIBC. CIBC paid GST to Aeroplan based on the amount paid by CIBC. CIBC submitted an application to the Minister of National Revenue (Minister) for a rebate of this GST, which was denied by the Minister. CIBC filed an appeal to the Tax Court of Canada. Its appeal was dismissed ([*Canadian Imperial Bank of Commerce v. The Queen*] 2019 TCC 79, *per* Visser J.). CIBC then appealed from that judgment to this Court.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss this appeal.

I. Background

[3] CIBC initially entered into an agreement with Air Canada, which agreement was subsequently assigned to Aeroplan. CIBC entered into this agreement because it wanted to increase its credit card and retail banking business. The main focus of the statement of agreed facts (partial) that was submitted at the Tax Court hearing is on the credit card business of CIBC, with a notation in paragraph 10 that, in addition to using certain CIBC credit cards to earn Aeroplan Miles, other activities (including paying interest on certain mortgages) could result in a customer earning Aeroplan Miles. The focus of the reasons of the Tax Court and the submissions made in this appeal were related to the credit card business. Therefore, these reasons will focus on the credit card business.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Toronto, pour l'appelante.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : La Banque canadienne impériale de commerce (la CIBC) a fait des paiements considérables à la Société en commandite Aéroplan (Aéroplan) en application de la convention liant ces sociétés et portant sur les cartes de crédit Aéroplan émises par la CIBC. La CIBC a payé à Aéroplan la taxe sur les produits et services (la TPS), calculée sur la base des sommes versées par la CIBC. Cette dernière a présenté au ministre du Revenu national (le ministre) une demande de remboursement de la TPS, qu'il a rejetée. La CIBC a interjeté appel auprès de la Cour canadienne de l'impôt. L'appel a été rejeté ([*Banque canadienne impériale de commerce c. La Reine*] 2019 CCI 79, motifs du juge Visser). La CIBC a ensuite interjeté appel de ce jugement auprès de notre Cour.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, je rejeterais le présent appel.

I. Les faits

[3] La CIBC a d'abord conclu une convention avec Air Canada avant cession à Aéroplan. La CIBC voulait par cette convention accroître ses activités de carte de crédit et de services bancaires. L'exposé conjoint (partiel) des faits produit pour l'audience devant la Cour de l'impôt portait principalement sur les activités de carte de crédit de la CIBC, le paragraphe 10 indiquant qu'en plus de l'utilisation de certaines cartes de crédit de la CIBC, d'autres activités permettaient aux clients d'accumuler des milles Aéroplan (notamment le paiement d'intérêts sur certains prêts hypothécaires). Les motifs de la Cour de l'impôt et les observations présentées dans le présent appel portaient principalement sur les activités de carte de crédit. Par conséquent, les présents motifs porteront principalement sur les activités de carte de crédit.

[4] During the period from March 25, 2005 to February 26, 2007, CIBC made substantial payments to Aeroplan and paid GST. If CIBC would have been carrying on a commercial activity, it could have claimed input tax credits for the GST that it paid. However, because CIBC was carrying on a financial services business, CIBC was unable to claim any input tax credits for the GST that it paid to Aeroplan. CIBC subsequently attempted to recover this GST by submitting a claim for a rebate under section 261 of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act) on the basis that it had paid the GST in error. CIBC took the position that the supplies made by Aeroplan were financial services and therefore were exempt supplies. CIBC also advanced the alternate positions that it was carrying on a joint venture with Aeroplan or that it was paying to have gift certificates issued to its customers.

[5] When the matter was argued before the Tax Court, CIBC's position was reduced to its argument that it was paying Aeroplan to issue Aeroplan Miles to its customers and that Aeroplan Miles are gift certificates. If Aeroplan Miles are gift certificates that are issued for consideration, then the issuance or sale of such miles would be deemed to not be a supply and there would be no GST payable by CIBC (section 181.2 of the Act).

[6] The facts on which the parties had agreed are set out in the statement of agreed facts (partial) attached to the Tax Court Judge's reasons. It is not necessary to repeat all of these facts. In essence, the arrangement between CIBC and Aeroplan was that Aeroplan would provide a list of its members to CIBC and promote CIBC's credit cards. Aeroplan Miles would be issued to the holders of these cards based on the eligible amounts that such holders charged to their cards each month. The eligible amounts would also be included in the formula used to determine the amount payable by CIBC to Aeroplan.

[7] The holders of the credit cards would accumulate Aeroplan Miles that could be redeemed for flights, merchandise or gift cards.

[4] Durant la période du 25 mars 2005 au 26 février 2007, la CIBC a fait des paiements considérables à Aéroplan et a payé la TPS. Si la CIBC avait exercé une activité commerciale, elle aurait pu demander des crédits de taxe sur les intrants pour les montants de TPS qu'elle payait. Or, parce que la CIBC exploitait une entreprise de services financiers, elle n'a pas pu demander de crédits de taxe sur les intrants pour la TPS payée à Aéroplan. La CIBC a par la suite tenté de récupérer ces montants de TPS en présentant une demande de remboursement en vertu de l'article 261 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi), au motif qu'elle aurait payé la TPS par erreur. Selon la thèse de la CIBC, les fournitures d'Aéroplan étaient des services financiers et, par conséquent, constituaient des fournitures exonérées. La CIBC a également présenté des thèses subsidiaires, à savoir qu'elle exploitait une coentreprise avec Aéroplan ou qu'elle payait pour que des certificats-cadeaux soient remis à ses clients.

[5] Lorsque l'affaire a été débattue devant la Cour de l'impôt, la CIBC a limité ses observations à la thèse selon laquelle elle payait Aéroplan pour que celle-ci délivre des milles Aéroplan à ses clients et que ces milles étaient des certificats-cadeaux. Si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux qui sont délivrés à titre onéreux, la délivrance ou la vente de ces milles serait réputée ne pas être une fourniture et la CIBC n'aurait pas à payer la TPS (article 181.2 de la Loi).

[6] Les faits sur lesquels il n'y a pas de controverse entre les parties figurent dans l'exposé conjoint (partiel) des faits joint aux motifs du juge de la Cour de l'impôt. Il n'est pas nécessaire de tous les répéter ici. Pour résumer, selon la convention conclue entre la CIBC et Aéroplan, Aéroplan devait fournir une liste de ses membres à la CIBC et faire la promotion des cartes de crédit de la CIBC. Des milles Aéroplan devaient être délivrés aux titulaires de ces cartes en fonction des sommes admissibles portées chaque mois par les titulaires sur leur carte. De plus, ces sommes admissibles serviraient de paramètre dans la formule servant à calculer la somme que la CIBC aurait à verser à Aéroplan.

[7] Les titulaires de carte de crédit accumulaient leurs milles Aéroplan pour les échanger contre des billets d'avion, des marchandises ou des cartes-cadeaux.

## II. Decision of the Tax Court Judge

[8] Both parties submitted that there was a single supply that was made by Aeroplan to CIBC. The Tax Court Judge also found that there was a single supply and neither party has challenged that finding in this appeal.

[9] The dispute relates to the determination of what in particular was supplied as the single supply. The Tax Court Judge, in paragraph 32 of his reasons, found that “the true nature or raison d’être of the Aeroplan Mile Program, the 2003 Credit Card Agreement and the resulting Aeroplan Supplies is to market and promote applications for and increased use of participating CIBC credits cards (and other participating CIBC financial products such as mortgages).”

[10] The Tax Court Judge made this finding by determining what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC under the applicable agreement. In particular, section 9 of the agreement between Aeroplan and CIBC is set out in paragraph 22 of the Tax Court Judge’s reasons:

### 9. Referral Fees

In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing, CIBC shall pay to [Aeroplan] in respect of the Cardholders a fee calculated in accordance with Appendix “D”.

[11] Appendix D of the agreement, which is reproduced, in part, in paragraph 23 of the Tax Court Judge’s reasons, sets out the formula that was used to calculate the amount payable by CIBC to Aeroplan (to which GST was added and paid):

#### 1. Referral Fees (Section 9(a))

## II. La décision du juge de la Cour de l’impôt

[8] Les deux parties ont soutenu qu’une fourniture unique avait été effectuée par Aéroplan à la CIBC. Le juge de la Cour de l’impôt a aussi conclu qu’une fourniture unique avait été effectuée et ni l’une ni l’autre des parties ne conteste cette conclusion dans le présent appel.

[9] Le litige concerne la nature de ce qui a été fourni dans cette fourniture unique. Au paragraphe 32 de ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt conclut ceci : « La véritable nature ou la raison d’être du programme de milles Aéroplan, de la convention de 2003 et des fournitures d’Aéroplan y afférentes me paraît être l’incitation à demander des cartes de crédit participantes de la Banque de Commerce (et d’autres produits financiers de la Banque de Commerce, tels que les prêts hypothécaires) et l’accroissement de leur utilisation. »

[10] Le juge en est arrivé à cette conclusion en déterminant ce en quoi consistait la fourniture effectuée par Aéroplan envers la CIBC pour laquelle cette dernière versait une contrepartie en application de la convention en question. Plus précisément, l’article 9 de cette convention entre Aéroplan et la CIBC est reproduit au paragraphe 22 des motifs du juge de la Cour de l’impôt :

[TRADUCTION]

### 9. Frais d’aiguillage

La Banque de Commerce s’engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés selon l’annexe D en contrepartie d’activités encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes de présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités.

[11] L’annexe D de la convention, dont une partie est reproduite au paragraphe 23 des motifs du juge de la Cour de l’impôt, établit la formule qui a servi à calculer le montant que la CIBC devait payer à Aéroplan (auquel s’ajoutait la TPS qui a été payée) :

[TRADUCTION]

#### 1. Frais d’aiguillage (alinéa 9a))

- (a) In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing, CIBC shall pay to [Aeroplan], in respect of the Cardholders a fee calculated as follows:

the sum of:

- (i) the total dollars of purchased goods and services billed to all Card Accounts for which at least a minimum payment has been received (other than cash advances, interest, and Card fees and less credit vouchers);

less

- (ii) the total dollars outstanding of all Card Accounts for which CIBC has not received a minimum payment within 6 months of billing, all Card Accounts of Cardholders who have declared bankruptcy and all Card Accounts written off by CIBC in accordance with its usual practices other than outstanding dollars in respect of cash advances and Card fees;

multiplied by the “Cost of an Aeroplan Mile” as defined below: ...

[12] The Tax Court Judge also noted that section 1 of Appendix D stipulated that the amounts payable did not include taxes. Under paragraph 1(f) of Appendix D, CIBC was obligated to pay any applicable sales or value-added taxes imposed in relation to the purchase of goods and services by CIBC.

[13] The general description included in each invoice that was issued by Aeroplan, was “Participation of CIBC ... in the Aeroplan Program”. Following “CIBC” was a reference to the particular credit card (VISA AEROGOLD, AERO BUSINESS, AEROCORPORATE, or AERO CLASSIC). The amount owing was based on the number of Aeroplan Miles issued to CIBC’s customers and the amount charged per mile. GST was added to determine the total amount owing.

- a) La Banque de Commerce s’engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés comme suit en contrepartie d’activités encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes de présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités :

- (i) le montant des achats de biens et de services facturés à tous les comptes de carte pour lesquels le titulaire a payé au moins le paiement minimal, exception faite des avances de fonds, des intérêts et des frais de carte, et soustraction faite des notes de crédit,

moins

- (ii) le solde impayé de tous les comptes de carte pour lesquels la Banque de Commerce n’a pas reçu le paiement minimal dans les six mois suivant la facturation et de ceux dont le titulaire a fait faillite, et les soldes que la Banque de Commerce a radiés conformément à ses pratiques habituelles, sauf les montants impayés au titre des avances de fonds et des frais de cartes,

cette différence étant multipliée par le « coût d’un mille Aéroplan » entendu au sens suivant [...]

[12] Le juge de la Cour de l’impôt a également noté que l’article 1 de l’annexe D stipulait que les montants à payer n’incluaient pas les taxes. Au titre de l’alinéa 1f) de l’annexe D, la CIBC avait l’obligation de payer les taxes de vente et les taxes sur la valeur ajoutée applicables à l’achat de produits et services par la CIBC.

[13] Sur chaque facture d’Aéroplan figurait une mention générale : [TRADUCTION] « Participation de la CIBC [...] au programme Aéroplan ». Après le nom « CIBC », il était renvoyé à la carte de crédit visée (VISA, AEROGOLD, AERO BUSINESS, AEROCORPORATE ou AERO CLASSIC). La somme due dépendait du nombre de milles Aéroplan délivrés aux clients de la CIBC et de la somme facturée par mille. La TPS était ajoutée pour le calcul de la somme totale.

[14] The referral services that were to be provided by Aeroplan are summarized by the Tax Court Judge in paragraph 20 of his reasons:

c) section 5 — Aeroplan agreed to undertake various referral activities for CIBC, including:

- i. providing CIBC with information relating to Aeroplan members “as may be required by CIBC for promotion planning and model development ...”;
- ii. providing CIBC with its list of Aeroplan members at least three times per 12 month period for the purposes of enabling the parties to undertake mailings to the persons shown on the list of material related to CIBC’s cards;
- iii. allow CIBC to place insertions in four mailings per 12 month period to selected Aeroplan members and include CIBC card applications in Aeroplan Welcome Kits;
- iv. the insertion of articles about the CIBC cards would be placed in three of the six Aeroplan Bulletins issued per year;
- v. providing space for CIBC card applications to be displayed at Maple Leaf Lounges and other Air Canada counter locations; and
- vi. providing space for advertising of the cards at airport bridge poster locations.

[15] The Tax Court Judge concluded at paragraph 35 of his reasons that the single supply was promotional and marketing services provided by Aeroplan to CIBC. Since this was a taxable supply, CIBC was not entitled to a rebate of the GST that it paid. Having found that the single supply made by Aeroplan to CIBC for which the consideration was paid by CIBC was promotional and marketing services, this was a sufficient basis to dismiss CIBC’s appeal. However, the Tax Court Judge chose to

[14] Les services d’aiguillage qu’Aéroplan devait fournir ont été résumés par le juge de la Cour de l’impôt au paragraphe 20 des motifs :

c) article 5 — Aéroplan s’engageait à exercer diverses activités de commercialisation pour la Banque de Commerce, notamment :

- i. communiquer à la Banque de Commerce des renseignements sur les membres d’Aéroplan [TRADUCTION] « dont la Banque de Commerce pourrait avoir besoin aux fins de la planification de ses activités de commercialisation et du développement de modèles [...] »;
- ii. communiquer à la Banque de Commerce la liste des membres d’Aéroplan au moins trois fois par période de douze mois afin de permettre aux parties d’envoyer de la publicité au sujet des cartes de crédit de la Banque de Commerce aux personnes figurant sur cette liste;
- iii. permettre à la Banque de Commerce d’insérer des annonces dans quatre lettres à certains membres d’Aéroplan par période de douze mois et d’inclure des formulaires de demande de carte de la Banque de Commerce dans les trousseaux de bienvenue d’Aéroplan;
- iv. insérer des articles sur les cartes de la Banque de Commerce dans trois des six bulletins d’Aéroplan publiés chaque année;
- v. réserver de l’espace pour la présentation des formulaires de demande de carte de la Banque de Commerce dans les salons Feuille d’érable et d’autres comptoirs d’Air Canada;
- vi. réserver de l’espace d’affichage publicitaire pour les cartes de crédit dans les passerelles d’embarquement.

[15] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu au paragraphe 35 de ses motifs que la fourniture unique consistait en des services de promotion et de mise en marché offerts par Aéroplan à la CIBC. Ces services étant une fourniture taxable, la CIBC n’avait pas droit au remboursement de la TPS qu’elle avait payée. Ayant conclu que la fourniture unique effectuée par Aéroplan pour laquelle la CIBC avait payé une contrepartie constituait en des services de promotion et de mise en marché, le juge disposait d’un

also address the issue of whether the Aeroplan Miles were gift certificates. In essence, he concluded that since Aeroplan Miles do not have attributes similar to money, Aeroplan Miles are not gift certificates for the purposes of the Act.

### III. Issue and standards of review

[16] The issue in this appeal is whether the Tax Court Judge erred in finding that CIBC acquired promotional and marketing services from Aeroplan and not Aeroplan Miles. If the Tax Court Judge so erred, the next issue would be whether he erred in finding that Aeroplan Miles are not gift certificates for the purposes of the Act.

[17] The standard of review for any question of fact or mixed fact and law is palpable and overriding error and for any question of law is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[18] CIBC, in paragraph 24 of its memorandum, submits that “[t]he character of a single composite supply is determined by reference to its predominant element, which is a question of law”. The authority cited for the proposition that the determination of the predominant element is a question of law is *Club Intrawest v. Canada*, 2017 FCA 151, [2017] G.S.T.C. 51 (*Club Intrawest*), at paragraph 82:

What I take from *Global Cash Access* is that when applying the Act regard must be had to the predominant element of a single supply. It is an error of law to apply the Act having regard to services that do not form the predominant element of a single supply (see also: *Great-West Life Assurance Company v. Her Majesty The Queen*, 2016 FCA 316, [2016] F.C.J. No. 1408, at paragraph 43).

[19] In *Great-West Life Assurance Company v. Canada*, 2016 FCA 316, [2016] G.S.T.C. 118 (*Great-West Life*), this Court stated [at paragraph 43]:

fondement suffisant pour rejeter l’appel de la CIBC. Toutefois, le juge de la Cour de l’impôt a choisi d’examiner quand même la question de savoir si les milles Aéroplan étaient des certificats-cadeaux. Il a essentiellement conclu que, puisque leurs attributs ne sont pas semblables à ceux de l’argent, les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi.

### III. La question en litige et les normes de contrôle

[16] La question en litige dans le présent appel est celle de savoir si le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur lorsqu’il a conclu que la CIBC recevait d’Aéroplan des services de promotion et de mise en marché et non des milles Aéroplan. Si le juge a commis une erreur, la question suivante serait de savoir s’il a commis une erreur en concluant que les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi.

[17] La norme de contrôle applicable aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit est celle de l’erreur manifeste et dominante, et la norme applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[18] Au paragraphe 24 de son mémoire, la CIBC soutient que [TRADUCTION] « la nature d’une fourniture mixte unique est déterminée par son élément prédominant, ce qui en fait une question de droit ». À l’appui de son affirmation voulant que la conclusion sur l’élément prédominant soit une question de droit, la CIBC a invoqué le paragraphe 82 de l’arrêt *Club Intrawest c. Canada*, 2017 CAF 151, [2017] A.C.F. n° 702 (QL) (*Club Intrawest*) :

Ce que je tire de la décision *Global Cash Access*, c’est l’attention qu’il faut porter à l’élément prédominant d’une fourniture unique en vue d’appliquer la Loi. C’est une erreur de droit que d’appliquer la Loi en portant attention aux services qui ne font pas partie de l’élément prédominant de la fourniture unique (voir également la décision *Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada*, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408, au paragraphe 43).

[19] Dans l’arrêt *Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada*, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408 (QL) (*Great-West Life*), notre Cour a affirmé ceci [au paragraphe 43] :



In *Global Cash*, this Court held that the inclusions and exclusions in the “financial service” definition should be determined by the predominant elements of the supply. This principle is important because it would be an error to interpret the inclusions and the exclusions by having regard to services that are not predominant elements.

[20] Both *Club Intrawest* and *Great-West Life* refer to and rely upon *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada*, 2013 FCA 269, 451 N.R. 358 (*Global Cash*). In *Global Cash*, the issue and the standard of review are set out in paragraphs 3 and 4:

The parties agree that the total amount of the commissions should be treated the same way, without allocation. Global argues that the commissions are entirely exempt from GST because they are consideration for a supply that falls within the statutory definition of “financial service”. The Crown argues that the commissions are entirely taxable because they are not consideration for a “financial service” as defined.

#### Standard of review

As this is an appeal from a judgment after a trial, the standard of review is governed by the principles in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The resolution of this appeal requires an interpretation of the statutory definition of “financial service”, and an interpretation of the contracts under which Global paid the commissions in issue. These are questions of law that are reviewable on the standard of correctness (*City of Calgary v. Canada*, 2010 FCA 127, affirmed 2012 SCC 20 with no discussion on this point); *McNeil v. Canada (Employment Insurance Commission)*, 2009 FCA 306.

[21] The analytical framework followed by this Court in *Global Cash* to resolve the issues was further refined in paragraph 26:

To determine whether that single supply falls within the statutory definition of “financial service”, the questions to be asked are these: (1) Based on an interpretation of the contracts between the Casinos and Global, what did the Casinos provide to Global to earn the commissions

Dans l’arrêt *Global Cash*, la Cour a conclu que les fournitures sont jugées incluses ou non dans la définition de « service financier » en fonction de leurs éléments prédominants. Il s’agit là d’un principe important, car il serait fautif de se prononcer sur l’inclusion ou l’exclusion en tenant compte de services qui ne sont pas des éléments prédominants.

[20] Tant dans l’arrêt *Club Intrawest* que dans l’arrêt *Great-West Life*, on invoque l’arrêt *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada*, 2013 CAF 269, [2013] A.C.F. n° 1271 (QL) (*Global Cash*), et on se fonde sur lui. Dans les motifs de *Global Cash*, la question en litige et la norme de contrôle sont énoncées aux paragraphes 3 et 4 :

Il n’est pas controversé entre les parties que le montant total des commissions doit être traité d’une seule et même manière, sans répartition. Global fait valoir que les commissions sont totalement exonérées de la TPS parce qu’elles doivent être considérées comme une prestation de service qui répond à la définition de « service financier » consacrée par la loi. La Couronne fait valoir que les commissions sont taxables dans leur intégralité parce qu’elles ne constituent pas des contreparties à la prestation de « services financiers » au sens de la loi.

#### La norme de contrôle

Comme il s’agit en l’espèce de l’appel d’un jugement rendu à la suite d’un procès, la norme de contrôle applicable est régie par les principes consacrés par la jurisprudence *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Le présent appel nécessite une interprétation de la définition des mots « service financier » retenue par la Loi ainsi qu’une interprétation des contrats en vertu desquels Global a payé les commissions en question. Il s’agit de questions de droit qui sont susceptibles d’examen selon la norme de la décision correcte (*Ville de Calgary c. Canada*, 2010 CAF 127, confirmé par 2012 CSC 20 sans aucune discussion sur ce point); *McNeil c. Canada (Commission de l’assurance-emploi du Canada)*, 2009 CAF 306.

[21] Le cadre d’analyse que notre Cour a appliqué dans la décision *Global Cash* pour résoudre ces questions est affiné au paragraphe 26 :

Pour rechercher si la fourniture unique est visée par la définition énoncée dans la loi de ce qui constitue le « service financier », il faut répondre aux questions suivantes : 1) Après interprétation des contrats conclus entre les casinos et Global, quels sont les services fournis par

payable by Global? (2) Does that service fall within the statutory definition of “financial service”?

[22] The determination of what was supplied for the consideration that was paid was based on the interpretation of the relevant contracts. At that time, the interpretation of the relevant contracts was a question of law. However, *Global Cash* was decided in 2013, which was before the Supreme Court of Canada released its decision in *Sattva Capital Corporation v. Creston Moly Corporation*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 (*Sattva*). In that case, the Supreme Court found, at paragraph 50, that the interpretation of a contract is a question of mixed fact and law. The principle as set out in *Sattva* is not restricted to only cases involving a contractual dispute between the parties to the contract. In *Urquhart v. Canada*, 2016 FCA 76, 2016 D.T.C. 5039, at paragraph 5, this Court confirmed that the principle as set out in *Sattva* also applies when this Court is reviewing a Tax Court Judge’s interpretation of a contract where only one of the parties to the contract is before the court.

[23] In this case, CIBC argues that the determination of the predominant element of the supply should be determined based on the testimony of Mr. Webster (which is discussed further below) and certain provisions of the agreement between CIBC and Aeroplan (paragraph 36 of its memorandum). This would mean that the determination of the predominant element of the supply in this case is a question of fact or mixed fact and law.

[24] Just as in *Global Cash*, the first issue that is to be decided is what was supplied by Aeroplan for the consideration paid by CIBC. To the extent that this determination will be based on the interpretation of the agreement between CIBC and Aeroplan and an assessment of the testimony of Mr. Webster, it will be a question of mixed fact and law for the interpretation of the agreement and a question of fact for the assessment of the testimony of Mr. Webster.

les casinos à Global qui ont justifié le versement de commissions par Global? 2) Ces services sont-ils visés par la définition que la loi donne à l’expression « service financier »?

[22] La conclusion sur la nature de ce qui avait été fourni en contrepartie de la somme payée dépendait de l’interprétation des contrats pertinents. À cette époque, l’interprétation des contrats pertinents était une question de droit. Toutefois, l’arrêt *Global Cash* remonte à 2013, soit avant que la Cour suprême du Canada ne rende l’arrêt *Sattva Capital Corporation c. Creston Moly Corporation*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 (*Sattva*). Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu, au paragraphe 50 de ses motifs, que l’interprétation d’un contrat était une question mixte de fait et de droit. Le principe énoncé dans l’arrêt *Sattva* ne se limite pas aux seuls cas impliquant un litige de nature contractuelle entre les parties contractantes. Dans l’arrêt *Urquhart c. Canada*, 2016 CAF 76, [2016] A.C.F. n° 250 (QL), au paragraphe 5, notre Cour a confirmé que le principe énoncé dans l’arrêt *Sattva* s’applique également lorsqu’elle examine l’interprétation de contrats par un juge de la Cour de l’impôt alors qu’une seule des parties contractantes se trouve devant la Cour.

[23] En l’espèce, la CIBC soutient que l’élément prédominant de la fourniture doit être défini sur le fondement du témoignage de M. Webster (lequel est examiné plus loin) et de certaines dispositions de la convention conclue entre la CIBC et Aeroplan (paragraphe 36 de son mémoire). Cela voudrait dire que la conclusion sur l’élément prédominant de la fourniture en l’espèce serait une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

[24] Comme dans l’affaire *Global Cash*, la première question est de savoir en quoi consiste la fourniture d’Aeroplan pour laquelle la CIBC a payé une contrepartie. Cette conclusion découlant d’une part de l’interprétation de la convention liant la CIBC et Aeroplan et d’autre part de l’appréciation du témoignage de M. Webster, il s’agit, pour l’interprétation de la convention, d’une question mixte de fait et de droit et, pour l’appréciation du témoignage de M. Webster, d’une question de fait.

[25] As a result, the standard of review for the determination of what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC is palpable and overriding error.

[26] Palpable and overriding error is a high standard. In *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, the majority of the Supreme Court noted [at paragraphs 38–39]:

It is equally useful to recall what is meant by “palpable and overriding error”. Stratas J.A. described the deferential standard as follows in *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46:

Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review ... . “Palpable” means an error that is obvious. “Overriding” means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

Or, as Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), [TRANSLATION] “a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions.”

[27] If the single supply was the purchase of Aeroplan Miles, then the issue of whether Aeroplan Miles are gift certificates would require an interpretation of “gift certificate” for the purposes of the Act, which is a question of law.

#### IV. Analysis

[28] GST is payable by recipients of taxable supplies:

##### **Imposition of goods and services tax**

**165 (1)** Subject to this Part, every recipient of a taxable supply made in Canada shall pay to Her Majesty in right of Canada tax in respect of the supply calculated at the rate of 5% on the value of the consideration for the supply.

[25] Par conséquent, la norme de contrôle qui s’applique à la conclusion sur ce en quoi consiste la fourniture effectuée par Aéroplan envers la CIBC pour laquelle cette dernière a versé une contrepartie est celle de l’erreur manifeste et dominante.

[26] L’erreur manifeste et dominante est une norme rigoureuse. Dans l’arrêt *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, les juges majoritaires de la Cour suprême ont formulé les observations suivantes [aux paragraphes 38 et 39] :

Il est tout aussi utile de rappeler ce qu’on entend par « erreur manifeste et dominante ». Le juge Stratas décrit la norme déferente en ces termes dans l’arrêt *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5<sup>th</sup>) 31, par. 46 :

L’erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [...] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire. Lorsque l’on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout. On doit faire tomber l’arbre tout entier.

Ou, comme le dit le juge Morissette dans l’arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l’aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l’œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions. »

[27] Si la fourniture unique consistait en l’achat de milles Aéroplan, la question de savoir si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux nécessiterait alors que le terme « certificat-cadeau » soit interprété pour l’application de la Loi, ce qui serait une question de droit.

#### IV. Analyse

[28] La TPS doit être payée par les acquéreurs de fournitures taxables :

##### **Taux de la taxe sur les produits et services**

**165 (1)** Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, l’acquéreur d’une fourniture taxable effectuée au Canada est tenu de payer à Sa Majesté du chef du Canada une taxe calculée au taux de 5 % sur la valeur de la contrepartie de la fourniture.

[29] A recipient is defined in section 123 of the Act:

**123 (1) ...**

*recipient* of a supply of property or a service means

(a) where consideration for the supply is payable under an agreement for the supply, the person who is liable under the agreement to pay that consideration,

...

and any reference to a person to whom a supply is made shall be read as a reference to the recipient of the supply; (*acquéreur*)

[30] In this case, CIBC is the person who was liable to pay the consideration under the agreement with Aeroplan. Therefore, the question is what supply of property or services was made to CIBC? The Tax Court Judge found that a single supply was made to CIBC by Aeroplan and this was the supply of promotional and marketing services. The Tax Court Judge's finding that the supply that was made to CIBC was promotional and marketing services was based on his interpretation of the agreement under which the consideration was payable.

[31] CIBC does not dispute that a single supply was made by Aeroplan but contends that the supply that was made to CIBC by Aeroplan was the provision of Aeroplan Miles to CIBC's customers and that Aeroplan Miles are gift certificates for the purposes of the Act. CIBC describes the supply as "the provision of Aeroplan Miles to CIBC's customers" (paragraph 15(a) of its memorandum) and in paragraph 21 it states that it "purchases them to reward its customers".

[32] CIBC does not argue in either its notice of appeal or its memorandum that the Tax Court Judge made any palpable and overriding error in interpreting paragraph 9 and Appendix D of the agreement between CIBC and Aeroplan. Rather, CIBC's submissions focus on the value of the Aeroplan Miles to CIBC's customers. Essentially, its submission is that since these points have value because they can be redeemed for goods or services, the

[29] Le terme « acquéreur » est défini à l'article 123 de la Loi :

**123 (1) ...**

*acquéreur*

a) Personne qui est tenue, aux termes d'une convention portant sur une fourniture, de payer la contrepartie de la fourniture;

[...]

Par ailleurs, la mention d'une personne au profit de laquelle une fourniture est effectuée vaut mention de l'acquéreur de la fourniture. (*recipient*)

[30] En l'espèce, la CIBC est la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention conclue avec Aeroplan. Il s'ensuit que la question à trancher est de savoir en quoi consistaient les biens ou les services fournis à la CIBC. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'Aeroplan avait effectué une fourniture unique envers la CIBC et que cette fourniture consistait en des services de promotion et de mise en marché. Le juge de la Cour de l'impôt a tiré cette conclusion en se fondant sur son interprétation de la convention aux termes de laquelle la contrepartie était à payer.

[31] La CIBC ne conteste pas qu'Aeroplan a effectué une fourniture unique, mais elle soutient que la fourniture qu'Aeroplan a effectuée à son endroit était la fourniture de milles Aeroplan délivrés aux clients de la CIBC et que les milles Aeroplan sont des certificats-cadeaux pour l'application de la Loi. La CIBC a décrit cette fourniture comme étant [TRADUCTION] « la délivrance de milles Aeroplan aux clients de la CIBC », à l'alinéa 15a) de son mémoire, et elle a affirmé, au paragraphe 21 de son mémoire, qu'elle [TRADUCTION] « les achetait pour récompenser ses clients ».

[32] La CIBC ne soutient ni dans son avis d'appel ni dans son mémoire que le juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur manifeste et dominante en interprétant le paragraphe 9 et l'annexe D de la convention liant la CIBC et Aeroplan. Au contraire, la CIBC fait porter ses observations surtout sur la valeur des milles Aeroplan pour ses clients. Essentiellement, elle soutient que ces milles ont de la valeur parce qu'ils peuvent être échangés

Aeroplan Miles must have been the predominant supply made by Aeroplan under the agreement.

[33] However, this submission is based on viewing the agreement from the perspective of CIBC's customers, not CIBC. CIBC's customers were not the persons who were liable to pay the consideration under the agreement between CIBC and Aeroplan and, hence, they were not the persons who were obligated to pay GST in relation to the supplies made under this agreement. Instead, CIBC is the person who was liable to pay the consideration under this agreement, and hence was liable to pay the GST. The focus is therefore on CIBC and its perspective of what it was being supplied under the agreement.

[34] In *Global Cash* the test for determining what is the dominant supply was succinctly stated in paragraph 26: "what did the Casinos provide to Global to earn the commissions payable by Global?" To adopt this question for this appeal: what did Aeroplan provide to CIBC to earn the amounts payable by CIBC?

[35] To determine what was supplied for the commissions payable in *Global Cash*, this Court found that the "commercial efficacy of the arrangement depends critically on access to the Casinos' cash" (paragraph 28). It was necessary to consider the commercial efficacy of the arrangement because the commissions were paid for completed transactions (without any indication of which element was the predominant element) and, as noted in paragraph 27 of *Global Cash*, there were three elements to the supply:

The Casinos earned commissions for completed Funds Access Service transactions. To complete those transactions, the Casinos were required to provide (1) access to the physical premises of the Casino for Global's equipment (such as its dedicated computer terminals and kiosks), (2) the clerical services of the cashiers, and (3) the cash required to pay the patrons.

contre des produits ou des services et que, par conséquent, les milles devaient être la fourniture prédominante effectuée par Aéroplan aux termes de la convention.

[33] Cependant, cette observation est fondée sur une interprétation de la convention faite du point de vue des clients de la CIBC et non du point de vue de la CIBC elle-même. Les clients de la CIBC ne sont pas les personnes qui étaient tenues de payer la contrepartie aux termes de la convention entre la CIBC et Aéroplan; il s'ensuit qu'ils ne sont pas les personnes tenues de payer la TPS sur les fournitures effectuées en application de la convention. C'est plutôt la CIBC qui est la personne tenue de payer la contrepartie aux termes de la convention et qui, par conséquent, est tenue de payer la TPS. Il faut donc se concentrer sur la CIBC et sur ce qui, de son point de vue, était fourni aux termes de la convention.

[34] Dans l'arrêt *Global Cash*, le critère servant à déterminer ce qu'est la fourniture prédominante est énoncé succinctement au paragraphe 26 : « quels sont les services fournis par les casinos à Global qui ont justifié le versement de commissions par Global? » Cette question, après adaptation aux faits en l'espèce, devient la suivante : qu'est-ce qu'Aéroplan a fourni à la CIBC qui justifie le versement des sommes payées par la CIBC?

[35] Lorsqu'elle a déterminé quelle était la fourniture pour laquelle des commissions avaient été payées dans l'affaire *Global Cash*, notre Cour a conclu que « l'efficacité sur le plan commercial de l'arrangement dépend essentiellement de l'accès à l'argent des casinos » (paragraphe 28). Il était nécessaire d'examiner l'efficacité de l'arrangement sur le plan commercial parce que le paiement des commissions se faisait lorsque les transactions étaient réalisées (sans que soit précisé quel était l'élément prédominant) et, comme il est mentionné au paragraphe 27 de l'arrêt *Global Cash*, la fourniture était composée de trois éléments :

Les casinos ont perçu des commissions pour des transactions effectuées dans le cadre du service d'accès à des fonds. Pour effectuer ces transactions, les casinos devaient fournir 1) l'accès à leurs locaux afin qu'y soient installés le matériel de Global (comme les terminaux informatiques et les kiosques), 2) des services administratifs, exécutés par les caissiers, et 3) l'argent devant être remis aux clients.

[36] The issue was which one of these elements would justify or warrant, on a commercially reasonable basis, the payment of the commissions. This Court then concluded, at paragraphs 29 and 30, that the transactions fell within paragraph (g) [123(g)] of the definition of “financial service” in the Act (“the making of any advance, the granting of any credit or the lending of money’...) ... because the heart of each transaction is an advance of money by the Casinos, disbursed to casino patrons at Global’s direction, and repayable by Global.”

[37] In *Great-West Life*, this Court also posed the same question as set out in paragraph 26 of *Global Cash* [at paragraph 47]:

The first question is simply to determine what services were provided for the consideration received.

[38] In paragraph 50 of *Great-West Life*, this Court confirmed that the appropriate test for determining the predominant elements of a supply was to determine “the parts of the service that resulted in the payment of the benefits.”

[39] Therefore, the question to be addressed is what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC? To answer that question it is not necessary to consider the commercial efficacy of the agreement between CIBC and Aeroplan because the applicable agreement explicitly identifies the predominant supply and those supplies that were incidental thereto.

[40] Section 9 of the agreement clearly links the payment of the consideration to Aeroplan’s obligation to refer or arrange “for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications” (the promotional and marketing services provided by Aeroplan to CIBC):

In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing, CIBC shall pay to [Aeroplan] in respect of the Cardholders a fee calculated in accordance with Appendix “D”.

[36] Il s’agissait de déterminer lequel parmi ces trois éléments justifiait raisonnablement sur le plan commercial le paiement des commissions. Notre Cour a par la suite conclu aux paragraphes 29 et 30 que les transactions effectuées étaient visées par l’alinéa g) [de l’article 123] de la définition du terme « service financier » de la Loi (« l’octroi d’une avance ou de crédit ou le prêt d’argent » [...] ) » « parce que chaque transaction consiste essentiellement en une avance d’argent par les casinos, versée aux clients à la demande de Global et que Global doit rembourser. »

[37] Dans l’arrêt *Great-West Life* [au paragraphe 47], notre Cour a là aussi posé la même question, soit celle du paragraphe 26 de *Global Cash* :

La première question consiste simplement à déterminer quels services ont été fournis pour la contrepartie reçue.

[38] Au paragraphe 50 de l’arrêt *Great-West Life*, notre Cour a confirmé que le critère à appliquer pour déterminer quels étaient les éléments prédominants de la fourniture était d’établir quels étaient « les éléments du service qui donnaient lieu au paiement des prestations. »

[39] Par conséquent, la question qui doit être examinée est de savoir ce qu’a fourni Aéroplan à la CIBC pour la contrepartie versée. Pour répondre à cette question, il n’est pas nécessaire d’examiner l’efficacité sur le plan commercial de la convention entre la CIBC et Aéroplan parce que cette convention établit explicitement quelle est la fourniture prédominante et quelles sont les fournitures accessoires.

[40] Il est évident que l’article 9 de la convention lie le paiement de la contrepartie à l’obligation d’Aéroplan d’encourager ou d’aider [TRADUCTION] « les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte » (les services de promotion et de mise en marché fournis par Aéroplan à la CIBC) :

[TRADUCTION] La CIBC s’engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés selon l’annexe D en contrepartie d’activités encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités.

[41] Appendix D is consistent with section 9:

In consideration of [Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications and in consideration of [Aeroplan] performing its other obligations herein which are incidental to the foregoing

[42] In both section 9 and Appendix D, the obligation to pay the consideration is linked to the promotional and marketing services to be provided by Aeroplan to CIBC. Both section 9 of the agreement and Appendix D also specifically state that the other obligations of Aeroplan (which would include issuing Aeroplan Miles to CIBC's customers) are incidental to the promotional and marketing services.

[43] The formula itself in Appendix D also confirms this. The focus of the formula is on the amounts charged to the Aeroplan credit cards issued by CIBC. In effect, the consideration payable by CIBC is linked to the success of the promotional and marketing services.

[44] CIBC acknowledged, during the hearing of this appeal, that there is nothing in the agreement with Aeroplan to indicate that CIBC was purchasing Aeroplan Miles. Likewise, there is no direct statement in this agreement that the amounts were paid by CIBC as consideration for Aeroplan issuing Aeroplan Miles.

[45] Article 13 of the agreement between CIBC and Aeroplan addresses the "Aeroplan Accounts" and, in particular, the crediting of Aeroplan Miles to CIBC credit card holders. Articles 13(a)(i) and (ii) state:

[\*\*\*]

(ii) Thereafter, [Aeroplan] at its own cost shall credit the mileage points to the Aeroplan Account of a Cardholder as reported and calculated by CIBC pursuant to Subsection 13(c) hereof 2 Business Days following receipt

[41] Le texte de l'annexe D est conforme à celui de l'article 9.

[TRADUCTION] La CIBC s'engage à payer à [Aéroplan], au titre des titulaires de carte, des frais calculés comme suit en contrepartie d'activités encourageant ou aidant les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte, et en contrepartie des autres obligations prévues à la présente convention qui sont accessoires à ces activités [...]

[42] Tant l'article 9 que l'annexe D de la convention lient l'obligation de payer la contrepartie aux services de promotion et de mise en marché qu'Aéroplan doit fournir à la CIBC. De plus, tant l'article 9 que l'annexe D indiquent expressément que les autres obligations d'Aéroplan (ce qui inclurait la délivrance de milles Aéroplan aux clients de la CIBC) sont accessoires aux services de promotion et de mise en marché.

[43] La formule même prévue à l'annexe D le confirme également. La formule est axée sur les sommes facturées sur les cartes de crédit Aéroplan émises par la CIBC. Dans les faits, la contrepartie que doit payer la CIBC est liée au succès des services de promotion et de mise en marché.

[44] La CIBC a reconnu lors de l'audience pour le présent appel que rien dans la convention conclue avec Aéroplan n'indiquait que la CIBC achetait des milles Aéroplan. De même, il n'existe dans la convention aucun passage indiquant explicitement que la CIBC payait les sommes en contrepartie des milles Aéroplan délivrés par Aéroplan.

[45] L'article 13 de la convention liant la CIBC et Aéroplan porte sur les comptes Aéroplan et plus précisément sur l'attribution de milles Aéroplan aux titulaires de cartes de crédit émises par la CIBC. Les sous-alinéas 13a)(i) et (ii) de la convention sont rédigés ainsi :

[TRADUCTION]

[\*\*\*]

(ii) Par la suite, [Aéroplan], à ses propres frais, porte les points en milles au crédit du compte Aéroplan du titulaire de carte en fonction des rapports et calculs de la CIBC établis conformément au présent alinéa 13c) dans les deux

of CIBC’s tape or electronic transmission; provided that in the event the net number of mileage points for a Cardholder is a negative number, [Aeroplan] may deduct from such Cardholder’s Aeroplan Account such negative mileage points. [Emphasis added.]

[46] Article 13(c) provides for the “Calculation of Aeroplan Points”. The number of mileage points is based on the amounts charged to the credit card accounts of CIBC’s customers less amounts outstanding on these accounts.

[47] [\*\*\*] In any event, there is nothing in these provisions that would support a finding that CIBC was paying the consideration that it did for the issuance of Aeroplan Miles to credit card holders. These provisions do not contradict the statement in section 9 and Appendix D, that the other obligations of Aeroplan (which would include the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of CIBC’s customers) were incidental to “[Aeroplan] referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to make Card Applications”.

[48] CIBC submitted that the testimony of its witness, Mr. Webster, at the Tax Court hearing, supported CIBC’s position that it was purchasing Aeroplan Miles and that this was the predominant element of the supply. The excerpts from the testimony that are identified by CIBC at paragraph 31 of its memorandum, are from pages 26, 27 and 33 of the transcript from the Tax Court hearing:

From pages 26 and 27:

Q. What is your understanding of why CIBC chose Aeroplan?

A. CIBC chose Aeroplan, I think, for two key reasons and these have remained, I think, pretty constant throughout the time we have offered Aeroplan.

One is that the Air Canada Frequent Flyer Programme [*sic*], Aeroplan, is appealing to frequent flyers, and frequent flyers are an appealing demographic group for CIBC, in that they tend to spend more money and they are a profitable group of clients from a credit card perspective.

jours ouvrables après avoir reçu la bande ou la transmission électronique de la CIBC; dans le cas où le nombre de points en milles d’un titulaire serait négatif, [Aéroplan] pourra déduire ce nombre points en milles du compte Aéroplan de ce titulaire. [Non souligné dans l’original.]

[46] L’alinéa 13c) porte sur le calcul des points Aéroplan. Le nombre de points en milles se calcule en fonction des sommes facturées sur une carte de crédit appartenant à un client de la CIBC, duquel on retire les sommes en souffrance.

[47] [\*\*\*] Quoi qu’il en soit, rien dans ces dispositions ne permet de conclure que la CIBC payait la contrepartie qu’elle versait pour la simple délivrance de milles Aéroplan aux titulaires de carte de crédit. Ces dispositions ne sont pas incompatibles avec l’article 9 et l’annexe D selon lesquels les autres obligations d’Aéroplan (ce qui comprendrait l’obligation d’Aéroplan de porter les milles au crédit des comptes Aéroplan des clients de la CIBC) sont accessoires à l’obligation d’encourager ou d’aider les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte de crédit.

[48] La CIBC soutient que le témoignage de son témoin, M. Webster, à l’audience devant la Cour de l’impôt corroborait sa thèse, à savoir qu’elle achetait des milles Aéroplan et qu’il s’agissait de l’élément prédominant de la fourniture. La CIBC cite des extraits de ce témoignage au paragraphe 31 de son mémoire, lesquels sont tirés des pages 26 et 27 puis de la page 33 de la transcription de l’audience devant la Cour de l’impôt :

Extrait tiré des pages 26 et 27 :

[TRADUCTION]

Q. D’après vous, pourquoi la CIBC a-t-elle choisi Aéroplan?

R. CIBC a choisi Aéroplan, je crois, pour deux raisons principales, qui, je crois, sont demeurées les mêmes aussi longtemps que nous avons offert Aéroplan.

La première est que le programme pour grands voyageurs d’Air Canada, le programme Aéroplan, est attrayant pour les grands voyageurs et que ces grands voyageurs forment un groupe démographique attrayant pour la CIBC du fait que ce groupe tend à dépenser plus d’argent et est un groupe profitable du point de vue des cartes de crédit.



The second reason which is closely related to the first is that by offering Aeroplan Miles when you use your credit card it encourages clients to consolidate their spending on our card, rather than spending on competitive credit cards.

So, by offering Aeroplan Miles, we are able to get more business from these clients who we've attracted.

Q. How do you know that you are able to get more business?

A. We know that we are able to get more business because we can see that these clients spend more money on their credit card, when you see that each and every month that they use their card.

From page 33:

Q. What is your understanding of CIBC's business rationale for awarding Aeroplan Miles?

A. So our business rationale was that they were a very attractive reward that clients wanted, and so would allow us, as I said, to attract more customers to CIBC, which we did, and that they would use their card more which they did.

[49] Although Mr. Webster spoke in general terms about the objectives of CIBC (to increase its credit card business by having frequent flyers acquire and use its credit cards), he does not state that CIBC was purchasing Aeroplan Miles, or that the issuance of Aeroplan Miles by Aeroplan to CIBC's customers was not incidental to having access to Aeroplan's members.

[50] Rather Mr. Webster's statement that "frequent flyers are an appealing demographic group for CIBC, in that they tend to spend more money and they are a profitable group of clients from a credit card perspective" supports a finding that CIBC's primary objective was to have access to Aeroplan's database of its members by having Aeroplan provide a list of its members and send credit card applications to its members. This was described in the agreement as Aeroplan "referring or arranging for

La deuxième raison, assez proche de la première, est que le fait qu'on offre des milles Aéroplan chaque fois qu'est utilisée une carte de crédit encourage les clients à regrouper leurs dépenses sur notre carte plutôt que de les disperser sur les cartes de crédit de nos compétiteurs.

Nous avons donc pu, en offrant des milles Aéroplan, faire plus d'affaires avec ces clients que nous avons attirés.

Q. Comment savez-vous que vous avez pu faire plus d'affaires?

R. Nous savons que nous avons fait davantage d'affaires parce que nous pouvons voir que ces clients dépensent plus d'argent sur leur carte de crédit, lorsqu'on constate qu'ils utilisent chaque mois leur carte de crédit.

Extrait tiré de la page 33 :

[TRADUCTION]

Q. Selon vous, qu'est-ce qui justifie sur le plan commercial l'attribution de milles Aéroplan par la CIBC?

R. Sur le plan commercial, l'idée était qu'ils constituaient une récompense très attrayante que les clients désiraient et qui nous permettrait, comme je l'ai dit, d'attirer un plus grand nombre de clients à la CIBC — ce qui fut le cas — et qui les pousserait à se servir de leur carte plus souvent — ce qui fut aussi le cas.

[49] Bien que M. Webster ait parlé en termes généraux des objectifs de la CIBC (accroître les activités liées aux cartes de crédit en incitant les grands voyageurs à se procurer une carte et à l'utiliser), il n'affirme pas que la CIBC achetait des milles Aéroplan ni que la délivrance de milles par Aéroplan aux clients de la CIBC ne constituait pas une activité accessoire à l'accès à la liste des membres d'Aéroplan.

[50] La déclaration de M. Webster selon laquelle les [TRADUCTION] « grands voyageurs forment un groupe démographique attrayant pour la CIBC du fait que ce groupe tend à dépenser plus d'argent et est un groupe profitable du point de vue des cartes de crédit » étaye plutôt la conclusion que l'objectif principal de la CIBC était d'accéder à la base de données des membres d'Aéroplan, c'est-à-dire qu'Aéroplan fournirait la liste de ses membres, auxquels seraient envoyées des demandes de carte de crédit. Cette

Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications” and more specifically in section 5 (as described in paragraph 14 above). His testimony in general confirms CIBC’s objective of increasing its credit card business, which would be accomplished by having more people apply for and use its credit cards.

[51] To the extent that Mr. Webster’s testimony could be interpreted as elevating the significance of the issuance of the Aeroplan Miles, this would conflict with section 9 and Appendix D of the agreement which clearly state that the “other obligations” of Aeroplan (which would include Aeroplan’s obligation to issue Aeroplan Miles to the customers of CIBC) were incidental to its obligations to refer or arrange “for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications”.

[52] As noted by Justice Iacobucci, writing on behalf of the majority of the Supreme Court in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, [at page 736], (1993) 110 D.L.R. (4th) 470, at page 538:

As in other areas of law where purpose or intention behind actions is to be ascertained, it must not be supposed that in responding to this question, courts will be guided only by a taxpayer’s statements, *ex post facto* or otherwise, as to the subjective purpose of a particular expenditure. Courts will, instead, look for objective manifestations of purpose, and purpose is ultimately a question of fact to be decided with due regard for all of the circumstances....

[53] In *MacDonald v. Canada*, 2020 SCC 6, 443 D.L.R. (4th) 124, Justice Abella, writing on behalf of the majority of the Supreme Court noted [at paragraph 43]:

Mr. MacDonald’s *ex-post facto* testimony regarding his intentions cannot overwhelm the manifestations of a different purpose objectively ascertainable from the record.

[54] Any statements made by Mr. Webster at the Tax Court hearing that could be interpreted as changing the

idée figure dans la convention, où il est écrit qu’Aéropian doit exercer diverses activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéropian et d’autres personnes à présenter des demandes de carte », et se trouve également explicitée plus en détail à l’article 5 (voir le paragraphe 14 des présents motifs). Le témoignage de M. Webster confirme en général l’objectif de la CIBC, à savoir l’accroissement de ses activités de carte de crédit, qui serait réalisé par une hausse des demandes de carte et de l’utilisation de ces cartes.

[51] Si on interprétait le témoignage de M. Webster comme rehaussant l’importance des milles Aéropian délivrés, ce témoignage serait incompatible avec l’article 9 et l’annexe D de la convention, où il est énoncé explicitement que les autres obligations d’Aéropian (lesquelles incluraient l’obligation de délivrer les milles Aéropian aux clients de la CIBC) sont accessoires aux obligations d’exercer des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéropian et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ».

[52] Comme l’a fait observer le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême, dans l’arrêt *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, 1993 CanLII 55, à la page 736 :

Comme dans d’autres domaines du droit, lorsqu’il faut établir l’objet ou l’intention des actes, on ne doit pas supposer que les tribunaux se fonderont seulement, en répondant à cette question, sur les déclarations du contribuable, *ex post facto* ou autrement, quant à l’objet subjectif d’une dépense donnée. Ils examineront plutôt comment l’objet se manifeste objectivement, et l’objet est en définitive une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances.

[53] Dans l’arrêt *MacDonald c. Canada*, 2020 CSC 6, [2020] A.C.S. n° 6 (QL), la juge Abella, s’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour suprême du Canada, a fait observer ce qui suit [au paragraphe 43] :

Le témoignage *ex-post facto* de M. MacDonald quant à ses intentions ne saurait supplanter les manifestations d’un objet différent qui ressort objectivement du dossier.

[54] Toute déclaration faite par M. Webster à l’audience devant la Cour de l’impôt qui pourrait être interprétée

basis for the payment of the consideration by CIBC to Aeroplan from that as set out in the agreement, cannot override the statement in the agreement that CIBC was paying for Aeroplan “referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications” and that the other obligations were incidental.

[55] CIBC submits that the Tax Court Judge placed too much weight on the agreement. In its memorandum, CIBC stated [at paragraphs 34–35]:

The Judge concluded as he did mainly on the basis of the contractual provisions that described the CIBC payments as “referral fees” or consideration for Aeroplan LP referring or arranging for Aeroplan members and other members of the public to apply for CIBC Visa cards, and the contractual provisions that described the performance of Aeroplan LP’s other obligations as being “incidental thereto” (Reasons, 32-33).

The Judge’s conclusion is based on two errors of law:

(a) The Judge erred when he gave determinative weight to what he took to be the parties’ agreement as to the predominant element of the supply.

(b) The Judge erred when he failed to ask himself the question he should have asked, which was whether the linchpin of the Aeroplan LP supply—the one element of the supply that resulted in the payment of the consideration or upon which the commercial efficacy of the contract depended—was the Aeroplan Miles purchased for CIBC’s customers, or Aeroplan LP’s marketing and promotional services.

[56] CIBC is challenging the weight that the Tax Court Judge gave to the agreement between CIBC and Aeroplan. In essence, CIBC is asking us to reweigh the evidence and assign less weight to this agreement. However, the weight to be given to any evidence is a matter for the trial judge. It is not the role of this Court to reweigh the evidence (*Barnwell v. Canada*, 2016 FCA 150, 2016 D.T.C. 5062, at paragraph 12).

comme conférant au paiement de la contrepartie à Aéroplan par la CIBC une raison autre que ce qui est énoncé dans la convention ne peut supplanter les mots de la convention selon lesquels la CIBC paie une contrepartie à Aéroplan pour qu’Aéroplan exerce des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ».

[55] La CIBC soutient que le juge de la Cour de l’impôt a accordé trop d’importance à la convention. Dans son mémoire, la CIBC affirme ceci [aux paragraphes 34 et 35] :

[TRADUCTION] Le juge est arrivé à cette conclusion en se fondant principalement sur les clauses contractuelles qui présentent les paiements comme étant des « frais d’aiguillage » ou une contrepartie pour qu’Aéroplan encourage ou aide ses membres ou d’autres personnes à demander une carte Visa de la CIBC et aussi sur les clauses contractuelles qui présentent l’exécution des autres obligations d’Aéroplan comme étant accessoire (motifs, par. 32 et 33).

La conclusion du juge est fondée sur deux erreurs de droit :

a) Le juge a commis une erreur en accordant une importance déterminante à ce qu’il a estimé être l’arrangement entre les parties quant à ce qui constituait l’élément prédominant de la fourniture.

b) Le juge a commis une erreur lorsqu’il a omis de se demander, alors qu’il aurait dû le faire, ce qui constituait l’élément central de la fourniture de la société en commandite Aéroplan — l’élément de la fourniture qui à lui seul entraînait le paiement de la contrepartie ou sur lequel l’efficacité du contrat sur le plan commercial dépendait —, à savoir les milles Aéroplan que la CIBC achetait pour ses clients ou les services de promotion et de mise en marché de la société en commandite Aéroplan.

[56] La CIBC conteste l’importance que le juge de la Cour de l’impôt a accordée à la convention conclue entre la CIBC et Aéroplan. Essentiellement, la CIBC nous demande d’apprécier de nouveau les éléments de preuve et d’accorder moins d’importance à cette convention. Toutefois, juger de l’importance à accorder aux divers éléments de preuve est une tâche qui revient au juge de première instance. Ce n’est pas le rôle de notre Cour

[57] To suggest that the agreement between the parties under which the consideration for the supply is payable should not play a dominant role in the determination of the tax implications arising under the Act is not consistent with the Act. As noted, tax is imposed on a recipient of a taxable supply (section 165 of the Act) and the recipient is the person who is liable to pay the consideration for that supply under the applicable agreement (definition of “recipient” in section 123 of the Act). Therefore, it is logical that the agreement under which such consideration is payable will play a dominant role in determining the tax implications arising under the Act.

[58] In particular, in determining what was supplied in *Global Cash*, the agreement under which the consideration was paid played a dominant role. In *Global Cash*, the first question that was addressed [at paragraph 26] was “[b]ased on an interpretation of the contracts between the Casinos and Global, what did the Casinos provide to Global to earn the commissions payable by Global?” Just as in *Global Cash*, the agreement under which the consideration for the supply was paid by CIBC should play a dominant role in determining what was acquired for the amounts that were paid.

[59] CIBC, in paragraph 35(b) of its memorandum, submits that “the Aeroplan Miles purchased for CIBC’s customers” were “Aeroplan LP’s marketing and promotional services”. The “marketing and promotional services” are generally described in section 9 of the agreement as Aeroplan “referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications”. The referral activities, which were to be undertaken by Aeroplan, are set out in section 5 of the agreement and summarized in paragraph 14 above. The issuance of Aeroplan Miles to CIBC’s customers is not included in any of these referral activities and therefore cannot be considered as part of the obligation of Aeroplan

d’apprécier de nouveau les éléments de preuve (*Barnwell c. Canada*, 2016 CAF 150, [2016] A.C.F. n° 516 (QL), au paragraphe 12).

[57] La thèse selon laquelle la convention qui lie les parties et aux termes de laquelle est versée une contrepartie pour une fourniture ne doit pas jouer de rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi est incompatible avec la Loi. Comme il a été indiqué, il incombe à l’acquéreur d’une fourniture taxable de payer la taxe (article 165 de la Loi), et cet acquéreur est la personne qui est tenue de payer la contrepartie de la fourniture aux termes de la convention qui s’applique (définition du terme « acquéreur » à l’article 123 de la Loi). Par conséquent, il s’ensuit logiquement que la convention aux termes de laquelle la contrepartie est à payer joue un rôle prépondérant dans la décision sur les effets fiscaux découlant de la Loi.

[58] Plus précisément dans l’arrêt *Global Cash*, quand il a fallu déterminer la nature de la fourniture, la convention aux termes de laquelle la contrepartie avait été versée a joué un rôle prépondérant. Dans cet arrêt, la première question examinée [au paragraphe 26] a été la suivante : « Après interprétation des contrats conclus entre les casinos et Global, quels sont les services fournis par les casinos à Global qui ont justifié le versement de commissions par Global? » De la même manière que dans l’arrêt *Global Cash*, la convention aux termes de laquelle la CIBC a versé une contrepartie pour la fourniture doit jouer un rôle prépondérant lorsqu’il s’agit de déterminer ce qui a été acquis contre les sommes versées.

[59] Au paragraphe 35b) de son mémoire, la CIBC soutient que [TRADUCTION] « les milles Aéroplan que la CIBC achetait pour ses clients » étaient [TRADUCTION] « les services de promotion et de mise en marché de la société en commandite Aéroplan ». Ces services de promotion et de mise en marché sont décrits de manière générale à l’article 9 de la convention comme étant l’obligation pour Aéroplan d’exercer des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ». Ces activités d’aiguillage, qu’Aéroplan devait exécuter, sont énoncées à l’article 5 de la convention et résumées au paragraphe 14 des présents motifs. La délivrance de

to refer or arrange for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications. Hence, the obligation of Aeroplan to credit Aeroplan Miles to the Aeroplan accounts of CIBC cardholders (as provided in Article 13) is not part of the marketing and promotional services that were identified by the Tax Court Judge as the predominant element of the supply. The issuance of Aeroplan Miles to CIBC's customers cannot be elevated to be the predominant supply when such issuance of Aeroplan Miles is not even mentioned in the referral activities for which the consideration was payable.

[60] The Supreme Court in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999) 178 D.L.R. (4th) 26, at paragraph 39, confirmed that the *bona fide* legal relationships of taxpayers will be respected in tax cases.

[61] The legal relationship between CIBC and Aeroplan is defined by the agreement between these two parties. There is nothing to suggest that this agreement is not a *bona fide* agreement. In essence, CIBC is asking us to rewrite section 9 and Appendix D of the agreement to provide that CIBC was paying the consideration for the purchase of Aeroplan Miles and not for Aeroplan "referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications". There is nothing in the record that would suggest that the words chosen by the parties for section 9 and Appendix D do not reflect what was intended by the parties, or that the actual legal effect of these provisions differs from what the words stipulate.

[62] At the hearing of the appeal, CIBC raised an additional ground of appeal. CIBC submitted that the Tax Court Judge erred in finding that the predominant supply was promotional and marketing services because the Crown had not raised this argument before the Tax Court Judge. CIBC submitted that there are paragraphs in the Reply filed by the Crown with the Tax Court and the

milles Aéroplan aux clients de la CIBC ne fait partie d'aucune de ces activités d'aiguillage et, par conséquent, ne peut être considérée comme faisant partie de l'obligation d'Aéroplan d'encourager ou d'aider les membres d'Aéroplan ou d'autres personnes à présenter une demande de carte. Par conséquent, l'obligation d'Aéroplan de porter des milles Aéroplan au crédit des comptes Aéroplan des titulaires de carte de la CIBC (prévue à l'article 13) ne fait pas partie des services de promotion et de mise en marché que le juge de la Cour de l'impôt a reconnu comme étant l'élément prédominant de la fourniture. La délivrance de milles Aéroplan aux clients de la CIBC ne peut se hisser au rang de fourniture prédominante lorsque l'attribution de ces milles Aéroplan ne figure même pas dans les activités d'aiguillage pour lesquelles une contrepartie est à payer.

[60] La Cour suprême du Canada a confirmé dans l'arrêt *Shell Canada Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, 1999 CanLII 647, au paragraphe 39, que les rapports juridiques véritables établis par les contribuables doivent être respectés dans les décisions fiscales.

[61] Les rapports juridiques unissant la CIBC et Aéroplan sont définis par la convention conclue entre les deux parties. Rien ne montre que la convention ne constitue pas un rapport juridique véritable. Essentiellement, la CIBC nous demande de réécrire l'article 9 et l'annexe D de la convention pour qu'ils stipulent que la CIBC paie la contrepartie pour l'achat de milles Aéroplan et non pour qu'Aéroplan exerce des activités [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d'Aéroplan et d'autres personnes à présenter des demandes de carte ». Je ne vois rien dans le dossier qui laisserait croire que les mots choisis par les parties pour libeller l'article 9 et de l'annexe D ne traduisent pas l'intention des parties, ni qui montrerait que les effets juridiques véritables de ces clauses diffèrent de ce que les mots indiquent.

[62] Lors de l'audience pour le présent appel, la CIBC a soulevé un autre motif d'appel. Elle a soutenu que le juge de la Cour de l'impôt avait commis une erreur en concluant que la fourniture prédominante était des services de promotion et de mise en marché parce que la Couronne n'avait pas invoqué cet argument devant lui. La CIBC a soutenu que des paragraphes de la réponse

statement of agreed facts (partial) submitted at the Tax Court hearing that indicate that the Crown was admitting that CIBC was paying for Aeroplan Miles.

[63] However, CIBC did not raise this ground of appeal in either its notice of appeal or in its memorandum. If CIBC was of the view that the Tax Court Judge had made a decision that was not based on the submissions of the parties or contrary to any admitted facts, this should have been raised in its notice of appeal and its memorandum.

[64] While this Court may permit a party to raise a new arguments during the hearing of an appeal if the opposing party has a fair opportunity to respond, this is not such a case. This new ground is significantly different from the grounds as raised by CIBC. There is also no reason why CIBC could not have raised this ground in its notice of appeal and memorandum. In my view, it was not appropriate for CIBC to raise this ground during the oral argument and I would not address it.

[65] In any event, the Tax Court was not bound by any admissions that may have been made by the Crown. This Court, in *Hammill v. Canada*, 2005 FCA 252, 257 D.L.R. (4th) 1, noted [at paragraph 31]:

In an appeal against an assessment under the Act, the outcome does not belong to the parties. Public funds are involved and the Tax Court is given, in the first instance, the statutory mandate to confirm or vary the assessment based on the facts, proven or admitted. In this respect, while the Court will not generally look behind a formal admission, the parties cannot by agreement dictate the outcome of a tax appeal. The Tax Court is not bound by an admission which is shown, through properly tendered evidence, to be contrary to the facts.

[66] The Tax Court Judge was not bound by any admission that CIBC was paying for Aeroplan Miles in light of the agreement, which was properly tendered as

déposée par la Couronne auprès de la Cour de l'impôt et de l'exposé conjoint (partiel) des faits produit pour l'audience devant la Cour de l'impôt montrent que la Couronne a reconnu que la CIBC payait pour obtenir des milles Aéroplan.

[63] Cependant, la CIBC n'a invoqué ce motif d'appel ni dans son avis d'appel ni dans son mémoire. Si elle était d'avis que le juge de la Cour de l'impôt avait rendu une décision qui n'était pas fondée sur les observations des parties ou qui était contraire aux faits reconnus, la CIBC aurait dû soulever la question dans son avis d'appel et dans son mémoire.

[64] Bien que notre Cour puisse autoriser une partie à invoquer de nouveaux arguments à l'audience pour un appel lorsque la partie adverse a eu la possibilité d'y répondre, ce n'est pas le cas en l'espèce. Ce nouveau motif diffère grandement des autres motifs que la CIBC a soulevés. En outre, rien n'explique pourquoi la CIBC n'aurait pas pu invoquer ce motif dans son avis d'appel ou son mémoire. À mon avis, il n'était pas approprié que la CIBC soulève ce motif durant les observations orales et je n'examinerais pas la question.

[65] Quoiqu'il en soit, la Cour de l'impôt n'était pas liée par ce que la Couronne a pu reconnaître. Dans l'arrêt *Hammill c. Canada*, 2005 CAF 252, [2005] A.C.F. n° 1197 (QL), notre Cour a fait observer ce qui suit [au paragraphe 31] :

L'issue d'un appel interjeté contre une cotisation établie sous le régime de la Loi ne dépend pas de la volonté des parties. Les deniers publics sont en jeu, et la législation donne à la Cour canadienne de l'impôt le mandat de confirmer ou modifier une telle cotisation en première instance sur la base des faits, prouvés ou admis. C'est pourquoi, si la Cour, placée devant un fait formellement admis, ne cherchera pas en général plus loin, les parties ne peuvent par convention dicter l'issue d'un appel en matière fiscale. La Cour canadienne de l'impôt n'est pas liée par la reconnaissance d'une allégation que des éléments de preuve régulièrement produits révèlent être contraire aux faits.

[66] Le juge de la Cour de l'impôt n'était pas lié par la reconnaissance du fait que la CIBC a payé pour des milles Aéroplan étant donné que la convention, laquelle a été

evidence at the Tax Court hearing, and which clearly states that the payments made by CIBC were in consideration of Aeroplan “referring or arranging for Aeroplan Members and other members of the public to make Card Applications”.

[67] There is no basis to find that the Tax Court Judge erred in his interpretation of the agreement between Aeroplan and CIBC and therefore there is no basis to conclude that he erred in finding that the predominant supply that was made by Aeroplan to CIBC was the supply of promotional and marketing services. As a result, I would dismiss this appeal.

[68] The Tax Court Judge also addressed the issue of whether Aeroplan Miles are gift certificates. The classification of Aeroplan Miles under the Act (whether as gift certificates or coupons or otherwise) will have an impact on the persons redeeming Aeroplan Miles and Aeroplan, who will be accepting such miles as consideration for goods or services. However, neither the persons redeeming Aeroplan Miles nor Aeroplan were parties to this appeal. The Tax Court Judge also noted, at paragraph 77 of his reasons, that it was not clear how the redemption of Aeroplan Miles was treated by Aeroplan.

[69] As a result, I would not address the issue of whether Aeroplan Miles are gift certificates for the purposes of the Act. Nothing in these reasons should be construed as an endorsement of the Tax Court Judge’s conclusion that Aeroplan Miles are not a gift certificate or that in order to qualify as a gift certificate, the property must have attributes similar to money.

## V. Conclusion

[70] I would, therefore, dismiss this appeal with costs.

\* \* \*

produite en preuve devant la Cour de l’impôt, comme il le fallait, établit clairement que les paiements versés par la CIBC en contrepartie des activités d’Aéroplan [TRADUCTION] « encourageant ou aidant les membres d’Aéroplan et d’autres personnes à présenter des demandes de carte ».

[67] Rien ne permet de conclure que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation de la convention liant Aéroplan et la CIBC et, par conséquent, rien ne permet de conclure qu’il a commis une erreur lorsqu’il a conclu que la fourniture prédominante effectuée aux termes de cette convention était des services de promotion et de mise en marché. Par conséquent, je rejetterais le présent appel.

[68] Le juge de la Cour de l’impôt a également examiné la question de savoir si les milles Aéroplan étaient des certificats-cadeaux. La classification des milles Aéroplan pour l’application de la Loi (qu’ils soient considérés comme étant des certificats-cadeaux, des bons ou autres choses) aura un effet sur les personnes qui veulent échanger leurs milles Aéroplan et sur Aéroplan, qui acceptera ces milles en contrepartie de produits ou de services. Cependant, ni les personnes qui échangent leurs milles Aéroplan ni Aéroplan ne sont des parties au présent appel. Le juge de la Cour de l’impôt a également noté, au paragraphe 77 de ses motifs, que la façon dont Aéroplan traitait le rachat de milles Aéroplan n’était pas claire.

[69] En conséquence de quoi, je n’examinerais pas la question de savoir si les milles Aéroplan sont des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi. Les présents motifs ne doivent pas être interprétés comme confirmant la conclusion du juge de la Cour de l’impôt selon laquelle les milles Aéroplan ne sont pas des certificats-cadeaux ni celle selon laquelle un bien, pour être considéré comme étant un certificat-cadeau, doit avoir des attributs semblables à ceux de l’argent.

## V. Conclusion

[70] Par conséquent, je rejetterais le présent appel avec dépens.

\* \* \*

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

[71] STRATAS J.A. (dissenting): I reach a different result from my colleague.

[72] To determine the predominant element of a single multi-element, compound or composite supply, one must identify all of the elements of the supply and ask what element gives the supply its commercial efficacy or which element, in a practical or commercial sense, caused the payment of the consideration: *Global Cash Access (Canada) Inc. v. Canada*, 2013 FCA 269, 451 N.R. 358, at paragraphs 26–30; *Great-West Life Assurance Company v. Canada*, 2016 FCA 316, [2016] G.S.T.C. 118, at paragraph 50. In other words, in a practical, commercial sense, what was the taxpayer really getting out of that part of the deal?

[73] This question gets at more than just the technical content of the legal obligations found in a contract. As the appellant submits, “the terms of the contract are relevant, but they cannot be determinative” and “[t]he parties cannot, by a contractual provision, bind each other or the Minister to a particular determination of the predominant element of a single composite supply for GST purposes”: see appellant’s memorandum, at paragraph 27. The legal obligations in a contract can tell us who can sue for what. But who can sue for what, at best, is just one clue to the larger issue of what the taxpayer was getting out of that part of the deal in a practical, commercial sense.

[74] My colleague focuses on literal contractual language and exclusively so. At paragraph 10 of his reasons, he relies upon contractual language that Aeroplan’s obligations are “incidental” to Aeroplan referring or arranging for Aeroplan members to make applications for CIBC card accounts. He also relies on Appendix D to the agreement that repeats this language and sets out the formula that was used to calculate the amount payable by

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

[71] LE JUGE STRATAS, J.C.A. (dissident) : Je ne parviens pas à la même conclusion que mon collègue.

[72] Pour déterminer quel est l’élément prédominant d’une fourniture unique qui est composée de plusieurs éléments, mixte ou composite, il faut isoler les éléments de la fourniture et se demander lequel donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou lequel, sur le plan pratique ou commercial, entraîne le paiement de la contrepartie : *Global Cash Access (Canada) Inc. c. Canada*, 2013 CAF 269, [2016] A.C.F. n° 1271 (QL), paragraphes 26 à 30; *Great-West, Compagnie d’assurance-vie c. Canada*, 2016 CAF 316, [2016] A.C.F. n° 1408 (QL), paragraphe 50. Autrement dit, sur le plan pratique ou commercial, qu’est-ce que le contribuable obtient véritablement aux termes de cette partie de la convention?

[73] Cette question nous fait sortir de l’aspect purement technique des obligations juridiques stipulées dans un contrat. Comme le fait observer l’appelante, [TRADUCTION] « les modalités du contrat sont pertinentes, mais elles ne peuvent pas être déterminantes » et [TRADUCTION] « les parties ne peuvent pas, au moyen d’une clause, s’imposer mutuellement ni imposer au ministre une conclusion donnée sur l’élément prédominant d’une fourniture composite unique pour l’application de la TPS » : voir le paragraphe 27 du mémoire de l’appelante. Les obligations juridiques d’un contrat nous renseignent sur les poursuites, soit qui peut poursuivre et pour quel motif. Mais savoir qui peut poursuivre et pour quel motif constitue au mieux un indice quant à la question plus générale de ce que le contribuable obtenait véritablement, sur le plan pratique ou commercial, aux termes de cette partie de la convention.

[74] Mon collègue dirige son attention sur le libellé des clauses du contrat, à l’exclusion de toute autre chose. Au paragraphe 10 de ses motifs, il se fonde sur le libellé des clauses pour conclure que les obligations d’Aéropplan sont « accessoires » à l’obligation d’Aéropplan d’encourager ou d’aider les membres d’Aéropplan à présenter des demandes de carte à la CIBC. Il se fonde également sur l’annexe D de la convention, qui reprend ce même



CIBC to Aeroplan. The formula, put generally, largely relies upon the total dollars of purchased goods and services on CIBC card accounts. He adds (at paragraph 39) that he does not need to consider commercial efficacy because the contract says one obligation is incidental to another:

Therefore, the question to be addressed is what was supplied by Aeroplan to CIBC for the consideration paid by CIBC? To answer that question it is not necessary to consider the commercial efficacy of the agreement between CIBC and Aeroplan because the applicable agreement explicitly identifies the predominant supply and those supplies that were incidental thereto.

In my view, this approach deviates from the test in *Global Cash* and *Great-West Life*, cases that bind us, cases that encourage us to get to the practical, commercial substance of the supply. Now that my colleague's approach is law, I fear that in the future parties will add words not to change their contractual obligations or the practical, commercial substance of the supply but merely to trigger favourable GST treatment. This may be a boon for cunning drafters and their bag of tricks. But it will be a bust for the important aims the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 [ETA] is meant to serve.

[75] We must follow the approach in paragraphs 72 and 73 above. Under this approach, the first step is to identify the various elements of the supply. The Tax Court did this (at paragraphs 20–22):

- CIBC received customer information from Aeroplan (see sections 5(i) and (ii) of the 2003 Credit Agreement);
- Both Aeroplan and CIBC received advertising opportunities, through flyers and in the other's place of business (see sections 5(iii)–(vi) and section 8(iv)–(v) of the 2003 Credit Agreement);

langage et établit la formule servant à calculer la somme que la CIBC devait payer à Aéroplan. Cette formule, dans les grandes lignes, est basée sur la valeur de l'ensemble des biens et services facturés sur les cartes de crédit de la CIBC. Mon collègue ajoute, au paragraphe 39 qu'il n'a pas besoin d'examiner l'efficacité sur le plan commercial parce que le contrat précise qu'une obligation est accessoire à une autre :

Par conséquent, la question qui doit être examinée est de savoir ce qu'a fourni Aéroplan à la CIBC pour la contrepartie versée. Pour répondre à cette question, il n'est pas nécessaire d'examiner l'efficacité sur le plan commercial de la convention entre la CIBC et Aéroplan parce que cette convention établit explicitement quelle est la fourniture prédominante et quelles sont les fournitures accessoires.

À mon avis, cette approche s'écarte du critère établi dans les arrêts *Global Cash* et *Great-West*, qui nous lient et qui nous encouragent à nous pencher sur l'aspect pratique et commercial de la fourniture. À présent que l'approche de mon collègue entre dans le droit jurisprudentiel, je crains qu'à l'avenir les parties ajoutent des mots non pas pour modifier leurs obligations contractuelles ou l'aspect pratique et commercial de leur fourniture, mais bien pour obtenir un traitement plus favorable en matière de TPS. Les rédacteurs rusés et astucieux sauront sans doute en tirer avantage, mais cette brèche mettra à mal les objectifs importants que la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi), est censée mettre en œuvre.

[75] Nous devons suivre l'approche présentée aux paragraphes 72 et 73 des présents motifs. Selon cette approche, la première étape consisterait à isoler les divers éléments de la fourniture. La Cour de l'impôt l'a déjà fait (aux paragraphes 20 à 22) :

- la CIBC a obtenu des renseignements sur les clients d'Aéroplan (voir les alinéas 5(i) et (ii) de la convention de 2003 sur les cartes de crédit);
- Aéroplan et la CIBC ont obtenu toutes les deux des occasions de faire de la promotion, au moyen de feuillets publicitaires ou dans l'établissement de l'autre partie (voir les alinéas 5(iii) à (vi) et les alinéas 8(iv) et (v) de la convention de 2003 sur les cartes de crédit);

- Aeroplan and CIBC agreed to develop an annual marketing plan for the CIBC Card and share promotion costs (see section 8(i) of the 2003 Credit Agreement);
- CIBC received the right to allocate Miles (see section 13 of the 2003 Credit Agreement).
- Aéroplan et la CIBC ont convenu d'élaborer un plan annuel de mise en marché pour la carte de la CIBC et de partager les coûts de promotion (voir l'alinéa 8(i) de la convention de 2003 sur les cartes de crédit);
- la CIBC a obtenu le droit d'attribuer des milles (voir l'article 13 de la convention de 2003 sur les cartes de crédit).

[76] Now to the predominant element. The predominant element is the element that gives the supply commercial efficacy or, in other words, the reason for the consideration. On this point, the reasons of the Tax Court are diffuse and opaque and I cannot determine the basis for its decision on this point. This permits this Court to make its own assessment and, if necessary, interfere with the Tax Court's decision.

[77] In my view, the element that gives the supply commercial efficacy—the predominant element of the supply—is the right to allocate Miles. But for the right to allocate Miles, there would have been no point in the parties performing their other obligations. For example, there would have been no point in CIBC receiving Aeroplan customer information, or advertising opportunities if CIBC were not able to offer Aeroplan Miles to its customers. This approach echoes this Court's finding on the facts in *Global Cash*, at paragraph 28 that but for the predominant element in that case, “there would have been no point in [the parties performing the other obligations]”.

[78] Both my colleague and the Tax Court are influenced by the fact that CIBC plans to use its right to allocate Miles to strengthen its credit card business. They both say that, because CIBC is going to use the Miles as a promotion, the Miles themselves are a promotional and marketing service.

[79] The mere fact that CIBC plans to use its property, the rights to allocate Miles, to make money does not support the view that we are dealing with promotional and marketing services. I offer four reasons.

[76] Voyons à présent quel est l'élément prédominant. L'élément qui prédomine est celui qui donne à la fourniture son efficacité sur le plan commercial ou, en d'autres mots, la raison justifiant la contrepartie. Les motifs de la Cour de l'impôt à cet égard sont diffus et obscurs et je n'arrive pas à voir le fondement de sa décision sur ce point, ce qui permet à notre Cour de procéder à sa propre analyse et, s'il le faut, de modifier la décision de la Cour de l'impôt.

[77] À mon avis, l'élément qui confère à la fourniture son efficacité sur le plan commercial, l'élément prédominant de la fourniture, est le droit d'attribuer des milles. Sans ce droit d'attribuer des milles, les parties n'auraient aucun intérêt à exécuter les autres obligations. Par exemple, quel serait l'intérêt de la CIBC à recevoir des données sur les clients d'Aéroplan ou des occasions de faire de la publicité si elle n'était pas en mesure d'offrir des milles Aéroplan à ses clients? Cette approche fait écho à la conclusion que notre Cour a tirée sur les faits de l'affaire *Global Cash*, au paragraphe 28, selon laquelle, sans l'élément prédominant de l'affaire, les parties « n'aurai[ent] eu aucune raison [d'exécuter leurs autres obligations] ».

[78] Mon collègue et la Cour de l'impôt ont tous deux été influencés par le fait que la CIBC entend utiliser son droit d'attribuer des milles pour accroître ses activités de carte de crédit. Ils affirment tous deux que, parce que la CIBC utilisera les milles comme outil de promotion, ces milles constitueront en soi un service de promotion et de mise en marché.

[79] Le simple fait que la CIBC prévoit se servir de son bien, c'est-à-dire le droit d'attribuer des milles, pour faire de l'argent n'étaye pas le point de vue selon lequel il s'agit de services de promotion et de mise en marché. Je propose quatre motifs.

[80] First, the Miles—a form of property as defined in subsection 123(1) of the ETA—cannot become a service. Property cannot become a service because service is defined as “anything other than ... property”: ETA, subsection 123(1).

[81] Second, the mere intent to make money down the road, is too diffuse a basis to change the characteristics of the supply between CIBC and Aeroplan. In today’s economy, almost every pre-consumer transaction is done with an eye to attracting consumers and making money, i.e., marketing and promotion. For example, a repairer of all-terrain vehicles may pay for the right to use and display the trademarks of manufacturers to promote the fact that it can repair machines made by the manufacturers. The purpose is marketing and promotion but the fact remains that the repairer has obtained property. In the same way, CIBC has obtained the right to allocate Miles, which the Minister has pleaded is the same as obtaining the Miles themselves, to attract new customers for its cards.

[82] Third, it is contrary to the scheme of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, which taxes supplies. The tax treatment of a transaction or supply should be determined by analyzing that particular transaction or supply, not looking down the road to other transactions or supplies. Put another way, the focus must be on the nature of the particular supply, here the acquisition of a form of property, the right to allocate Miles: *Camp Mini-Yo-We Inc. v. Canada*, 2006 FCA 413, 357 N.R. 318, at paragraph 33.

[83] Finally, Mr. Webster’s evidence does not support the Tax Court’s conclusion that CIBC hoped to expand its business by relying primarily on the marketing and promotional services that Aeroplan was obliged to supply CIBC under the contract. Rather, it shows that CIBC was motivated to reward holders of CIBC cards with Miles because it believed this would attract new customers and expand its credit card business.

[80] Premièrement, les milles, qui sont un bien au sens du paragraphe 123(1) de la Loi, ne peuvent devenir un service. Un bien ne peut devenir un service parce qu’un service est, selon la définition, « [t]out ce qui n’est [pas] un bien » : paragraphe 123(1) de la Loi.

[81] Deuxièmement, la simple intention de faire de l’argent plus tard est un fondement trop diffus pour changer la nature de la fourniture dont ont convenu la CIBC et Aéroplan. Dans l’économie d’aujourd’hui, presque toutes les opérations avant consommation sont exécutées en vue d’attirer le consommateur et de faire de l’argent, c’est-à-dire à des fins de mise en marché et de promotion. Par exemple, un réparateur de véhicule tout-terrain peut payer pour avoir le droit d’utiliser et d’afficher les marques de commerce de fabricants afin de faire la promotion de sa capacité à réparer les véhicules de ces fabricants. L’objectif est bien la mise en marché et la promotion, mais il demeure que le réparateur a acquis un bien. De la même manière, la CIBC a obtenu le droit d’attribuer des milles, droit qui, selon le ministre, équivaldrait à l’acquisition des milles eux-mêmes, dans le but d’attirer de nouveaux clients pour ses cartes de crédit.

[82] Troisièmement, l’approche est contraire au régime de la Loi, qui taxe les fournitures. Le traitement fiscal d’une opération ou d’une fourniture doit être établi à la suite de l’analyse de l’opération ou de la fourniture elle-même et non pas en fonction d’opérations ou de fournitures qui seraient effectuées plus tard. Autrement dit, l’importance doit être placée sur la nature de la fourniture en question, en l’espèce l’acquisition d’une forme de bien, soit le droit d’attribuer des milles : *Camp Mini-Yo-We Inc. c. Canada*, 2006 CAF 413, [2006] A.C.F. n° 1942 (QL), au paragraphe 33.

[83] Enfin, le témoignage de M. Webster n’étaye pas la conclusion de la Cour de l’impôt selon laquelle la CIBC espérait étendre ses activités principalement au moyen des services de mise en marché et de promotion qu’Aéroplan avait l’obligation de fournir à la CIBC aux termes de la convention. Ce témoignage montre plutôt que la motivation de la CIBC était de récompenser avec des milles les titulaires de carte de crédit parce que la CIBC pensait pouvoir ainsi attirer de nouveaux clients et développer ses activités de carte de crédit.

[84] The above analysis has the virtue of being consistent with the assumptions pleaded by the Minister. Absent something in the evidence displacing an assumption—and there is nothing here—the Court should stick to those assumptions. As well, no one argued in this Court or before the Tax Court that the characterization of the predominant element of a single multi-element, compound or composite supply should be based on the technical wording of the obligations in the contract, probably because they properly recognized that the approach of *Global Cash* and *Great-West Life* is binding on us.

[85] Since I have concluded that Miles were the predominant element of the supply, it is necessary to consider whether the Miles are gift certificates under the *Excise Tax Act*. As these reasons will not be the majority reasons of this Court, I will be brief.

[86] The Goods and Services Tax under the *Excise Tax Act* is imposed only on the consumption of taxable property and services acquired for consideration. No sales tax is imposed on money, which is a medium of exchange, not a consumable property or service: see the definitions of “service” and “property” in subsection 123(1) of the Act, both of which exclude money. And Parliament has specified unique treatment for other exchange devices such as coupons, gift certificates or barter units: see sections 181–181.3.

[87] The Act does not define a gift certificate. However, its ordinary meaning is a device, paper or electronic, that may be used, subject to its terms, as full or partial consideration for a supply offered by a supplier. This gives it very much the same quality as money and is nothing like a consumable property or services. On this definition, Miles qualify as gift certificates.

[88] The Tax Court found (at paragraph 83) that Miles cannot be gift certificates because they do not have a fixed dollar value. The requirement of a fixed dollar value does not have a foundation in the text, context or purpose

[84] L’analyse ci-dessus a l’avantage d’être compatible avec les hypothèses avancées par le ministre. S’il n’y a pas d’éléments de preuve infirmant une hypothèse, et je n’en vois aucun en l’espèce, la Cour doit y souscrire. De plus, personne n’a fait valoir devant notre Cour ni devant la Cour de l’impôt que la conclusion quant à l’élément prédominant d’une fourniture unique qui est composée de plusieurs éléments, mixte ou composite doit être fondée sur le libellé technique des obligations inscrites au contrat, sans doute parce que les parties reconnaissent à juste titre que nous sommes liés par l’approche établie dans les arrêts *Global Cash* et *Great-West*.

[85] Ayant déjà conclu que les milles étaient l’élément prédominant de la fourniture, je dois examiner la question de savoir si ces milles sont des certificats-cadeaux pour l’application de la Loi. Les présents motifs ne faisant pas partie de la décision majoritaire, je serai bref.

[86] La taxe sur les produits et services prévue par la Loi n’est imposée que sur la consommation de biens ou de services taxables acquis à titre onéreux. Aucune taxe de vente n’est imposée sur l’argent, qui est un moyen d’échange et non un bien ou un service de consommation : voir les définitions des termes « service » et « bien » au paragraphe 123(1) de la Loi, qui excluent toutes deux l’argent. Qui plus est, le législateur a prévu un traitement unique pour d’autres moyens d’échange comme les bons, les certificats-cadeaux et les unités de troc : voir les articles 181 à 181.3 de la Loi.

[87] La Loi ne définit pas le terme « certificat-cadeau ». Cependant, dans son sens ordinaire, il s’agit d’une pièce, format papier ou électronique, pouvant être utilisée, sous réserve de conditions, en contrepartie pleine ou partielle d’une fourniture offerte par un fournisseur. Cette définition confère au certificat-cadeau des attributs fort semblables à ceux de l’argent et ne le fait en rien ressembler à des biens ou à des services de consommation. Selon cette définition, les milles peuvent être considérés comme étant des certificats-cadeaux.

[88] La Cour de l’impôt a conclu, au paragraphe 83 de ses motifs, que les milles ne pouvaient pas être des certificats-cadeaux parce qu’ils n’ont pas de valeur monétaire fixe. L’exigence qu’il existe une valeur monétaire

of the Act. It is noteworthy that the Act does not require a fixed dollar value on other exchange devices, such as foreign currency, whose value in Canadian dollars may change from time to time.

[89] I would affirm earlier decisions of the Tax Court of Canada and their supporting reasoning to the effect that reward points need not have a fixed dollar value in order to be considered a gift certificate: see *Royal Bank v. The Queen*, 2007 TCC 281, [2007] G.S.T.C. 122, at paragraphs 47–51. However, the mere fact that rewards points may be cancelled by the issuer does not mean they are not a gift certificate so I would not follow *Royal Bank v. The Queen* on that point.

[90] In the commercial world, Miles function as gift certificates. Miles are purchased by accumulation partners of Aeroplan to be used as rewards for their customers. They are an exchange device because they may be used as consideration for property or services in the same way as money or a gift certificate. Aeroplan accepts Miles as consideration for airline tickets, merchandise or gift cards with few conditions on their redemption. This is not a case like *Canasia Industries Ltd. v. The Queen*, 2003 TCC 33, 2003 G.T.C. 647, where the onerous conditions on redemption meant the reward points in that case did not function like exchange devices.

[91] In this case, as CIBC paid consideration for the Miles, for GST purposes the Miles constitute gift certificates, consistent with the scheme of the *Excise Tax Act*. As a result, section 181.2 applies to deem CIBC's acquisition of the Miles not to be a supply. Thus, CIBC paid GST in error. It is entitled to the rebates it claims.

[92] Therefore, I would allow CIBC's appeal with costs throughout and refer the assessments to the Minister for reassessment on the basis that CIBC is entitled to the rebates it claims.

fixe n'est fondée ni sur le texte, ni sur le contexte, ni sur l'objet de la Loi. Il convient de noter que la Loi n'exige pas non plus que les autres moyens d'échange aient une valeur monétaire fixe, comme les devises étrangères, dont la valeur en dollars canadiens varie dans le temps.

[89] Je confirmerais des décisions antérieures de la Cour canadienne de l'impôt, et les motifs les justifiant, selon lesquelles les points de récompense n'ont pas besoin d'avoir une valeur monétaire fixe pour être considérés comme étant des certificats-cadeaux : *Banque Royale du Canada c. La Reine*, 2007 CCI 281, [2007] A.C.I. n° 361 (QL), paragraphes 47 à 51. Cependant, le simple fait que les points de récompense peuvent être annulés par l'émetteur de ces points ne signifie pas qu'ils ne sont pas des certificats-cadeaux; je ne confirmerais pas la décision *Banque Royale du Canada c. La Reine* sur ce point.

[90] Dans le monde du commerce, les milles fonctionnent comme des certificats-cadeaux. Les milles sont achetés par les partenaires d'accumulation d'Aéroplan pour récompenser leurs clients. Ils sont un moyen d'échange parce qu'ils peuvent servir de contrepartie pour des biens ou des services de la même manière que de l'argent ou des certificats-cadeaux. Aéroplan accepte les milles en contrepartie de billets d'avion, de marchandises ou de cartes-cadeaux, sous réserve de quelques conditions. La présente affaire diffère de l'affaire *Canasia Industries Ltd. c. La Reine*, 2003 CCI 33, dans laquelle les conditions de rachat onéreuses avaient pour conséquence que les points de récompense ne fonctionnaient pas comme des moyens d'échange.

[91] En l'espèce, la CIBC payait une contrepartie pour les milles; pour l'application de la TPS, les milles constituent des certificats-cadeaux, ce qui est conforme au régime prévu par la Loi. Il s'ensuit que l'article 181.2 s'applique, de sorte que l'acquisition de milles par la CIBC ne constitue pas une fourniture. La CIBC a donc payé la TPS par erreur. Elle a droit au remboursement qu'elle demande.

[92] Par conséquent, j'accueillerais l'appel avec dépens devant toutes les cours et je renverrais les cotisations au ministre pour l'établissement de nouvelles cotisations, étant entendu que la CIBC a droit au remboursement qu'elle demande.

A-115-20  
A-43-20  
A-13-20  
A-477-19  
2021 FCA 122

A-115-20  
A-43-20  
A-13-20  
A-477-19  
2021 CAF 122

**ViiV Healthcare Company, Shionogi & Co., Ltd. and  
ViiV Healthcare ULC (Appellants)**

**ViiV Healthcare Company, Shionogi & Co., Ltd. et  
ViiV Healthcare ULC (appelantes)**

v.

c.

**Gilead Sciences Canada, Inc. (Respondent)**

**Gilead Sciences Canada, Inc. (intimée)**

**INDEXED AS: ViiV HEALTHCARE COMPANY v. GILEAD  
SCIENCES CANADA, INC.**

**RÉPERTORIÉ : ViiV HEALTHCARE COMPANY c. GILEAD  
SCIENCES CANADA, INC.**

Federal Court of Appeal, Stratas, Laskin and Mactavish  
J.J.A.—By videoconference, April 19; Ottawa, June 16,  
2021.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Laskin et Mactavish,  
J.C.A.—Par vidéoconférence, 19 avril; Ottawa, 16 juin  
2021.

*Patents — Appeals from three interlocutory orders of Federal Court; one summary judgment from Federal Court dismissing appellants' patent infringement action against respondent — Patent in issue, Canadian Patent No. 2606282, covering several classes of chemical compounds — Appellants believing that respondent's compound, bictégravir, component of drug for treating HIV, infringing their patent — Thus, bringing action against respondent for patent infringement — Respondent counterclaimed on basis that appellants' patent invalid — Respondent brought motion for summary trial under Federal Courts Rules, r. 216 on issue of patent infringement — Appellants objected thereto; brought motion to adjourn or quash respondent's motion — Federal Court dismissed appellants' motion, stated that summary trial would proceed — Also dismissed appellants' motion to compel production of certain documents, appellants' hearsay objection to admission into evidence of product monograph of bictégravir — Federal Court found bictégravir not infringing patent at issue — As result, granted summary judgment in favour of respondent — Appellants challenged this, alleging number of legal grounds for reversal — However, there were no grounds to set aside Federal Court's grant of summary judgment in favour of respondent — Construction of patent is question of law; however, Federal Court is entitled to deference in its appreciation of evidence, particularly expert evidence, which affects construction — Respecting fact that Federal Court referred to patent disclosure when construing claims, is trite law that patent must be read contextually in light of entire patent, all of necessary expert evidence — Part of necessary context is disclosure — While Federal Court found claims "clear and*

*Brevets — Appels interjetés à l'encontre de trois ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale et d'un jugement sommaire par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de brevet des appelantes contre l'intimée — Le brevet en litige, le brevet canadien n° 2606282, vise plusieurs classes de composés chimiques — Les appelantes ont estimé que le composé de l'intimée, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du VIH, contrefaisait leur brevet — Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l'intimée — L'intimée a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet des appelantes — L'intimée a déposé une requête en procès sommaire, en application de la règle 216 des Règles des Cours fédérales, relativement à la question de la contrefaçon de brevet — Les appelantes ont fait valoir leur opposition à la requête et en ont demandé l'ajournement ou l'annulation par voie de requête — La Cour fédérale a rejeté la requête des appelantes et a conclu que le procès sommaire irait de l'avant — Elle a aussi rejeté la requête présentée par les appelantes en vue de contraindre la production de certains documents et l'objection fondée sur le oui dire présentée par les appelantes, qui s'opposaient à l'admission en preuve de la monographie du bictégravir — La Cour fédérale a conclu que le bictégravir ne contrefaisait pas le brevet en cause — Elle a donc rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée — Les appelantes ont avancé plusieurs motifs de droit au soutien de l'annulation de cette décision — Toutefois, il n'existait aucun motif justifiant l'annulation du jugement sommaire rendu par la Cour fédérale en faveur de l'intimée — L'interprétation d'un brevet est une question de droit; il y a*

unambiguous”, found it necessary to go beyond terms of claim, resort to disclosure — As to biology/virology evidence from respondent in construction of patent, while patents should be construed contextually in light of entire patent, all of necessary expert evidence, not meaning that to understand specific portion of claim, court must always take into account every conceivable part of context, whether or not it is useful to construction — Where, as here, some piece of context not assisting with construction, Federal Court need not consider it — In this case, biology/virology evidence would not have assisted in interpretation — If virology/biology evidence were required, Federal Court had access to it — Appeals dismissed.

*Practice — Judgments and Orders — Appellants believing that respondent’s compound, bictegravir, component of drug for treating HIV, infringing their patent (Canadian Patent No. 2606282) — Thus, bringing action against respondent for patent infringement — Respondent counterclaiming on basis that appellants’ patent invalid — Appellants sought to overturn Federal Court’s finding that summary judgment trial was appropriate proceeding to advance litigation, narrow issues in dispute given narrow, well-defined issues before Court — Federal Court found that it was in a position to grant judgment — In so doing, not ignoring issue of onus of proof or erring in law or in fact — Appellants’ submissions in that regard not identifying extricable legal question on which Federal Court erring — In substance, appellants asking Federal Court of Appeal to reweigh matter, come to different conclusion — Not Federal Court of Appeal’s task on appeal — If Federal Court not committing legal error or palpable and overriding error in applying law to circumstances of litigation before it, Federal Court of Appeal cannot interfere — Federal Court of Appeal is especially loath to interfere where, as here, particular judge of Federal Court either case managing or closely involved in regulating course of proceedings — Appellants not demonstrating any reversible error on part of Federal Court — However, it was incorrect for Federal Court to suggest it had no authority to consider preliminary motions to quash motions for summary judgment or motions for summary trial, given availability of such motions — In rare circumstances, motions*

*lieu toutefois de faire preuve de retenue quant à l’appréciation par la Cour fédérale de la preuve, en particulier de la preuve d’expert, qui influe sur l’interprétation — En ce qui concerne le fait que la Cour fédérale a renvoyé à la divulgation du brevet pour l’interprétation des revendications, il est acquis en matière jurisprudentielle qu’un brevet doit être interprété dans l’intégralité de son contexte, à la lumière de l’ensemble de la preuve d’expert nécessaire — La divulgation fait partie du contexte nécessaire — Même si elle a conclu que le libellé des revendications était « clair et sans ambiguïté », la Cour fédérale a jugé nécessaire de ne pas se limiter au libellé de la revendication et de recourir à la divulgation — En ce qui concerne la preuve sur la biologie et la virologie provenant de l’intimée dans l’interprétation du brevet, s’il est vrai que les brevets doivent être interprétés dans leur contexte, à la lumière du brevet dans son ensemble et de toute la preuve d’expert nécessaire, cela ne signifie pas que, pour comprendre un volet précis d’une revendication, le tribunal doit toujours prendre en compte chaque élément plausible du contexte, qu’il soit ou non utile à l’interprétation — Lorsque certains éléments du contexte n’éclairaient pas l’interprétation, comme en l’espèce, la Cour fédérale n’a pas à en tenir compte — En l’espèce, les éléments de preuve sur la biologie ou la virologie n’auraient pas facilité l’interprétation — En outre, si des éléments de preuve sur la biologie ou la virologie avaient été nécessaires, la Cour fédérale les avait à sa disposition — Appels rejetés.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Les appelantes ont estimé que le composé de l’intimée, le bictégravir, un des composants d’un médicament utilisé dans le traitement du VIH, contrefaisait leur brevet (brevet canadien n° 2606282) — Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l’intimée — L’intimée a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l’invalidité du brevet des appelantes — Les appelantes ont demandé que soit infirmée la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un jugement (procès) sommaire était une procédure appropriée pour faire avancer le litige et limiter les questions en litige étant donné les questions étroites et bien définies dont la Cour fédérale était saisie — La Cour fédérale a conclu qu’elle pouvait rendre un jugement — Ce faisant, elle n’a pas omis de tenir compte du fardeau de la preuve, ni commis une erreur de droit ou de fait — Dans leurs observations sur la question, les appelantes n’ont soulevé aucune erreur de la Cour fédérale sur une question de droit isolable — Les appelantes demandaient essentiellement à la Cour d’appel fédérale de réexaminer l’affaire et de parvenir à une conclusion différente — Ce n’est pas là le rôle d’une cour d’appel — À défaut d’une erreur de droit ou d’une erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale dans l’application du droit aux circonstances de l’affaire, la Cour d’appel fédérale ne peut intervenir — La Cour d’appel fédérale est particulièrement réticente à intervenir lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, le juge de la Cour fédérale assurait la gestion de l’instance ou participait étroitement à la gestion du*

*to quash or to adjourn motion can be brought — When brought early, dealt with quickly, can proactively advance objectives of Federal Courts Rules, r. 3; stop harmful litigation conduct — In this way, motions to quash or adjourn analogous to motions under Rules concerning scheduling, case management, restraining of abuses of process — Thus, although not expressly permitted by specific rule, such motions falling under r. 4 — Rule 3 providing that Federal Courts Rules shall be interpreted, applied so that “every proceeding” is determined “on its merits” in just, most expeditious, least expensive way — Ultimately, Court must be satisfied that prerequisites in Federal Courts Rules for summary judgment or summary trial, understood in light of r. 3, met; that able to grant summary judgment, fairly, justly, on evidence adduced, law.*

These were four appeals by the appellants. Three were from interlocutory orders of the Federal Court and one was from its summary judgment dismissing the appellants' patent infringement action against the respondent. The patent in issue, Canadian Patent No. 2606282, covers several classes of chemical compounds. The appellants took the view that the respondent's compound, bictegravir, a component of a drug for treating HIV, infringed their patent. So they brought an action against the respondent for patent infringement. The respondent counterclaimed on the basis that the appellants' patent was invalid. In August 2019, about 18 months into the action, the respondent brought a motion for summary trial under the *Federal Courts Rules*, rule 216 on the issue of patent infringement. The Federal Court scheduled the motion to be heard in January 2020. The appellants objected to the bringing of the motion and stated they would move to adjourn or quash it. However, they did not complete their filings on the motion to quash until December 2019, just before the hearing of the summary trial. By that time, the parties had done significant preparations for the summary trial. That motion was dismissed by the Federal Court, which stated that the summary trial would proceed. Along the way, the Federal Court also dismissed two other interlocutory motions brought by the appellants. It dismissed the appellants' motion to compel

*déroulement de l'instance — Les appelantes n'ont pas établi quelque erreur de la part de la Cour fédérale qui justifierait l'infirmité de sa décision — Toutefois, la Cour fédérale a indiqué à tort qu'elle n'était pas habilitée à examiner des requêtes préliminaires visant à obtenir l'annulation de requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire, étant donné les requêtes en annulation ou en ajournement possibles — Il est possible, dans de rares circonstances, de présenter une requête en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement d'une autre requête — Lorsqu'elles sont présentées tôt et examinées rapidement, ces requêtes peuvent contribuer de manière proactive à l'atteinte des objectifs énoncés à la règle 3 des Règles des Cours fédérales et mettre un frein aux conduites préjudiciables — Dans cette optique, les requêtes en annulation ou en ajournement sont analogues aux requêtes prévues dans les Règles relativement à l'inscription des causes au rôle, à la gestion des instances et aux abus de procédure — Par conséquent, même si elles ne sont pas expressément autorisées par une disposition précise des Règles, ces requêtes tombent sous le coup de la règle 4 — La règle 3 dispose que les Règles des Cours fédérales sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » — Au bout du compte, la Cour doit être d'avis qu'il est satisfait aux conditions préalables définies dans les Règles des Cours fédérales relatives au jugement ou au procès sommaires, interprétées à la lumière de la règle 3, et qu'elle peut rendre un jugement sommaire d'une manière juste et équitable sur le fondement des éléments de preuve présentés et du droit.*

Il s'agissait de quatre appels interjetés par les appelantes. Trois de ces appels ont été interjetés à l'encontre d'ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale et l'un d'eux a été interjeté à l'encontre du jugement sommaire par lequel elle a rejeté l'action en contrefaçon de brevet des appelantes contre l'intimée. Le brevet en litige, le brevet canadien n° 2606282, vise plusieurs classes de composés chimiques. Les appelantes ont estimé que le composé de l'intimée, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du VIH, contrefaisait leur brevet. Elles ont donc intenté une action en contrefaçon de brevet contre l'intimée. L'intimée a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet des appelantes. En août 2019, quelque 18 mois après le début de l'action, l'intimée a déposé une requête en procès sommaire, en application de la règle 216 des *Règles des Cours fédérales*, relativement à la question de la contrefaçon de brevet. La Cour fédérale a fixé l'instruction de la requête à janvier 2020. Les appelantes ont fait valoir leur opposition à la requête et ont déclaré qu'elles en demanderaient l'ajournement ou l'annulation par voie de requête. Ce n'est toutefois qu'en décembre 2019, soit juste avant le début de l'instruction du procès sommaire, qu'elles ont fini par déposer tous les documents requis pour la requête en annulation. Les parties avaient alors déjà monté en grande partie leur dossier en vue du procès sommaire.



production of certain documents and the appellants' hearsay objection to the admission into evidence of the product monograph of bictégravir.

*Held*, the appeals should be dismissed.

The appellants sought to overturn the Federal Court's finding that a summary judgment [trial] was an appropriate proceeding to advance the litigation and narrow the issues in dispute given the narrow and well-defined issues before the Federal Court. The Federal Court found that given the facts and the law before it, it was in a position to grant judgment. In so doing, it did not ignore the issue of onus of proof, nor did it err in law or in fact. The appellants' submissions in that regard did not identify an extricable legal question on which the Federal Court erred. In substance, the appellants were asking the Court to reweigh the matter and come to a different conclusion. On appeal, that is not the Court's task. If the Federal Court does not commit legal error and does not commit palpable and overriding error in applying the law to the circumstances of the litigation before it, the Federal Court of Appeal cannot interfere. The Federal Court of Appeal is especially loath to interfere where, as here, a particular judge of the Federal Court was either case-managing or was closely involved in regulating the course of the proceedings. The appellants did not demonstrate any reversible error on the part of the Federal Court.

In the course of its reasons on the motion to quash or adjourn, the Federal Court suggested it has no authority to consider preliminary motions to quash motions for summary judgment or motions for summary trial. However, given the availability of such motions, this was incorrect. In rare circumstances, motions to quash or to adjourn a motion can be brought. When brought early and dealt with quickly before time is wasted and the resources of the Court and the parties are squandered, they can proactively advance the objectives of rule 3 and stop harmful litigation conduct in its tracks. In this way, motions to quash or adjourn are analogous to motions under the *Federal Courts Rules* concerning scheduling, case management and the restraining of abuses of process. Thus, although not expressly permitted by a specific rule, these motions fall under rule 4. Rule 3 provides that the *Federal Courts Rules* shall be interpreted and applied so that "every proceeding" is determined "on its merits" in "the just, most expeditious and least expensive" way. Ultimately, the Court must be satisfied that the prerequisites in the *Federal Courts Rules* for

La Cour fédérale a rejeté la requête en question et a conclu que le procès sommaire irait de l'avant. Dans l'intervalle, la Cour fédérale a aussi rejeté deux autres requêtes interlocutoires présentées par les appelantes. Elle a rejeté la requête présentée par les appelantes en vue de contraindre la production de certains documents et l'objection fondée sur le oui-dire présentée par les appelantes, qui s'opposaient à l'admission en preuve de la monographie du bictégravir.

*Arrêt* : les appels doivent être rejetés.

Les appelantes ont demandé que soit infirmée la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un jugement (procès) sommaire était une procédure appropriée pour faire avancer le litige et limiter les questions en litige étant donné les questions étroites et bien définies dont la Cour fédérale était saisie. La Cour fédérale a conclu qu'elle pouvait rendre un jugement, eu égard au droit et aux faits qui lui avaient été présentés. Ce faisant, elle n'a pas omis de tenir compte du fardeau de la preuve, ni commis une erreur de droit ou de fait. Dans leurs observations sur la question, les appelantes n'ont soulevé aucune erreur de la Cour fédérale sur une question de droit isolable. Les appelantes demandaient essentiellement à la Cour de réexaminer l'affaire et de parvenir à une conclusion différente. Ce n'est pas là le rôle d'une cour d'appel. À défaut d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale dans l'application du droit aux circonstances de l'affaire, la Cour d'appel fédérale ne peut intervenir. La Cour d'appel fédérale est particulièrement réticente à intervenir lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le juge de la Cour fédérale assurait la gestion de l'instance ou participait étroitement à la gestion du déroulement de l'instance. Les appelantes n'ont pas établi quelque erreur de la part de la Cour fédérale qui justifierait l'infirmité de sa décision.

Dans ses motifs au sujet de la requête en annulation ou en ajournement, la Cour fédérale a indiqué qu'elle n'est pas habilitée à examiner des requêtes préliminaires visant à obtenir l'annulation de requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire. C'était inexact, étant donné les requêtes en annulation ou en ajournement possibles. Il est possible, dans de rares circonstances, de présenter une requête en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement d'une autre requête. Lorsqu'elles sont présentées tôt et examinées rapidement, avant qu'elles n'occasionnent des pertes de temps et ne causent un gaspillage des ressources de la Cour et des parties, ces requêtes peuvent contribuer de manière proactive à l'atteinte des objectifs énoncés à la règle 3 et mettre un frein aux conduites préjudiciables. Dans cette optique, les requêtes en annulation ou en ajournement sont analogues aux requêtes prévues dans les *Règles des Cours fédérales* relativement à l'inscription des causes au rôle, à la gestion des instances et aux abus de procédure. Par conséquent, même si elles ne sont pas expressément autorisées par une disposition précise des Règles, ces requêtes tombent

summary judgment or summary trial, understood in light of rule 3, are met and that it is able to grant summary judgment, fairly and justly, on the evidence adduced and the law.

The Federal Court found bictégravir did not infringe the patent. As a result, it granted summary judgment in favour of the respondent. The appellants challenged this, alleging a number of legal grounds for reversal. However, there were no grounds to set aside the Federal Court's grant of summary judgment in favour of the respondent. The Federal Court's judgment turned on its construction of specific claims of the patent in question and the construction of "Ring A" described in those claims. It agreed with the respondent and found that "Ring A", as defined in the claims at issue, (defined, in particular, as an optionally substituted heterocycle) includes only spiro and fused bicyclic rings, not bridged bicyclic rings. In the course of its reasons, the Federal Court found the claims themselves were unclear, such that a person ordinary skilled in the art (POSITA) would not know what is covered and what is not. As a result, the POSITA would have to resort to the patent disclosure to determine the scope of "Ring A". Moreover, construction of a patent is a question of law. However, the Federal Court is entitled to deference in its appreciation of the evidence, particularly the expert evidence, which affects the construction. Respecting the fact that the Federal Court referred to the patent disclosure when construing the claims, it is trite law that a patent must be read contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence. Part of the necessary context is the disclosure. While the Federal Court found the claims "clear and unambiguous", it found it necessary to go beyond the terms of the claim and resort to the disclosure. The reasons of first-instance courts are to be read holistically, making due allowance for awkward expression and efforts to synthesize reams of information. This means, among other things, that isolated sentences in reasons must be read in the context of the reasons and the record before the Court. In this case, it was obvious that the Federal Court understood correctly the role of disclosure in construing patent claims. As to biology/virology evidence from the respondent in the construction of the patent, while patents should be construed contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence, this does not mean that to understand a specific portion of a claim a court must always take into account every conceivable part of the context, whether or not it is useful to the construction. Where, as here, some piece of context does not assist with the construction, the Federal Court need not consider it. In this case, biology/virology evidence would not have assisted in the

son le coup de la règle 4. La règle 3 dispose que les *Règles des Cours fédérales* sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible ». Au bout du compte, la Cour doit être d'avis qu'il est satisfait aux conditions préalables définies dans les *Règles des Cours fédérales* relatives au jugement ou au procès sommaires, interprétées à la lumière de la règle 3, et qu'elle peut rendre un jugement sommaire d'une manière juste et équitable sur le fondement des éléments de preuve présentés et du droit.

La Cour fédérale a conclu que le bictégravir ne contrefaisait pas le brevet. Elle a donc rendu un jugement sommaire en faveur de l'intimée. Les appelantes ont avancé plusieurs motifs de droit au soutien de l'annulation de cette décision. Toutefois, il n'existait aucun motif justifiant l'annulation du jugement sommaire rendu par la Cour fédérale en faveur de l'intimée. Le jugement de la Cour fédérale reposait sur son interprétation de certaines revendications du brevet en question et son interprétation du « cycle A » qui y est défini. La Cour fédérale a souscrit à la thèse de l'intimée et a conclu que le « cycle A », tel qu'il est défini dans les revendications en question (décrit plus particulièrement comme un hétérocycle facultativement substitué), comprend uniquement les structures bicycliques spiraniques ou fusionnées, et ne comprend pas les structures pontées. Dans ses motifs, la Cour fédérale a conclu que les revendications elles-mêmes n'étaient pas claires et qu'une personne versée dans l'art ne saurait pas ce qu'elles visent et ce qu'elles ne visent pas. La personne versée dans l'art devrait donc consulter la divulgation du brevet pour déterminer la portée du « cycle A ». En outre, l'interprétation d'un brevet est une question de droit. Il y a lieu toutefois de faire preuve de retenue quant à l'appréciation par la Cour fédérale de la preuve, en particulier de la preuve d'expert, qui influe sur l'interprétation. En ce qui concerne le fait que la Cour fédérale a renvoyé à la divulgation du brevet pour l'interprétation des revendications, il est acquis en matière jurisprudentielle qu'un brevet doit être interprété dans l'intégralité de son contexte, à la lumière de l'ensemble de la preuve d'expert nécessaire. La divulgation fait partie du contexte nécessaire. Même si elle a conclu que le libellé des revendications était « clair et sans ambiguïté », la Cour fédérale a jugé nécessaire de ne pas se limiter au libellé de la revendication et de recourir à la divulgation. Il faut interpréter les motifs des tribunaux de première instance de façon globale, en usant d'indulgence pour les expressions maladroitement et les efforts faits pour résumer une abondance de renseignements. Il en découle notamment que les phrases isolées extraites des motifs doivent être interprétées à la lumière des motifs et du dossier qui a été présenté à la Cour. En l'espèce, il était évident que la Cour fédérale avait bien compris le rôle de la divulgation dans l'interprétation des revendications de brevet. En ce qui concerne la preuve sur la biologie et la virologie provenant de l'intimée dans l'interprétation du brevet, s'il est vrai que les brevets doivent être interprétés dans leur contexte, à

interpretation of “Ring A”. And if virology/biology evidence were required, the Federal Court had access to it.

la lumière du brevet dans son ensemble et de toute la preuve d’expert nécessaire, cela ne signifie pas que, pour comprendre un volet précis d’une revendication, le tribunal doit toujours prendre en compte chaque élément plausible du contexte, qu’il soit ou non utile à l’interprétation. Lorsque certains éléments du contexte n’éclairent pas l’interprétation, comme en l’espèce, la Cour fédérale n’a pas à en tenir compte. En l’espèce, les éléments de preuve sur la biologie ou la virologie n’auraient pas facilité l’interprétation du « cycle A ». En outre, si des éléments de preuve sur la biologie ou la virologie avaient été nécessaires, la Cour fédérale les avait à sa disposition.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 101.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 3, 4, 213–215, 216, 369(2).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024.

##### CONSIDERED:

*CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799.

##### REFERRED TO:

*Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 FC 966, 87 C.P.R. (4th) 412; *Bosa v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 793, 436 F.T.R. 288; *Premium Sports Broadcasting Inc. v. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 FC 590; *Collins v. Canada*, 2014 FC 307, 2014 D.T.C. 5066; *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1040, 46 Imm. L.R. (4th) 209; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited v. Canada (Minister of Public Works)*, 2011 FC 70, 328 D.L.R. (4th) 665; *Tremblay v. Orio Canada Inc.*, 2013 FC 109, [2014] 3 F.C.R. 404; *Teva Canada Limited v. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398; *0871768 B.C. Ltd. v. Aestival (Vessel)*, 2014 FC 1047, 467 F.T.R. 1; *Burns Bog Conservation Society v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1024, 417 F.T.R. 98; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336; *Canada v. Olumide*, 2017 FCA 42, [2018] 2 F.C.R. 328; *Dugré v. Canada*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 101.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 3, 4, 213–215, 216, 369(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 CF 966; *Bosa c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 793; *Premium Sports Broadcasting Inc. c. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 CF 590; *Collins c. Canada*, 2014 CF 307; *Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1040; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, 2011 CF 70; *Tremblay c. Orio Canada Inc.*, 2013 CF 109, [2014] 3 R.C.F. 404; *Teva Canada Limited c. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169; *0871768 B.C. Ltd. c. Aestival (Navire)*, 2014 CF 1047; *Burns Bog Conservation Society c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1024; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43; *Canada c. Olumide*, 2017 CAF 42, [2018] 2 R.C.F. 328; *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8; *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 171; *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 224; *Mazhero c. Fox*, 2014 CAF 219; *Philipos c. Canada (Procureur général)*,

(Attorney General), 2021 FCA 8; *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 171; *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 224; *Mazhero v. Fox*, 2014 FCA 219; *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268; *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral v. Aga*, 2021 SCC 22, 459 D.L.R. (4th) 425; *Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57, 470 N.R. 187; *Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, 159 C.P.R. (4th) 275; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 FCA 109, 432 N.R. 292; *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111; *ABB Technology AG v. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 FCA 181, 475 N.R. 341; *Bombardier Recreational Products Inc. v. Arctic Cat, Inc.*, 2018 FCA 172, 159 C.P.R. (4th) 319; *Apotex Inc. v. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 FCA 9; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367; *Cobalt Pharmaceuticals Company v. Bayer Inc.*, 2015 FCA 116, 474 N.R. 311; *Janssen Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FC 184, 128 C.P.R. (4th) 129; *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 754, 157 C.P.R. (4th) 391; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286.

APPEALS from three Federal Court interlocutory orders (2020 FC 11; 2019 FC 1579) and one Federal Court summary judgment (2020 FC 486, 173 C.P.R. (4th) 297) dismissing the appellants' patent infringement action against the respondent. Appeals dismissed.

#### APPEARANCES

*Donald M. Cameron, R. Scott MacKendrick, Melanie Szweras, Michael Fenwick and Anastassia Trifonova* for appellants.  
*Tim Gilbert, Nisha Anand, Andrew Moeser, Kevin P. Siu, Andrea Rico Wolf and Colin Carruthers* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Bereskin & Parr LLP*, Toronto, for appellants.  
*Giilbert's LLP*, Toronto, for respondent.

2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268; *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral c. Aga*, 2021 CSC 22; *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57; *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 CAF 109; *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219; *ABB Technology AG c. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 CAF 181; *Bombardier Produits Récréatifs Inc. c. Arctic Cat, Inc.*, 2018 CAF 172; *Apotex Inc. c. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 CAF 9; *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179; *Cobalt Pharmaceuticals Company c. Bayer Inc.*, 2015 CAF 116; *Janssen Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CF 184; *Teva Canada Limitée c. Janssen Inc.*, 2018 CF 754; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, 1981 CanLII 15; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165.

APPELS interjetés à l'encontre de trois ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale (2020 CF 11; 2019 CF 1579) et d'un jugement sommaire (2020 CF 486) par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de brevet des appelantes contre l'intimée. Appels rejetés.

#### ONT COMPARU :

*Donald M. Cameron, R. Scott MacKendrick, Melanie Szweras, Michael Fenwick et Anastassia Trifonova* pour les appelantes.  
*Tim Gilbert, Nisha Anand, Andrew Moeser, Kevin P. Siu, Andrea Rico Wolf et Colin Carruthers* pour l'intimée.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Bereskin & Parr LLP*, Toronto, pour les appelantes.  
*Giilbert's LLP*, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] STRATAS J.A.: The appellants (collectively ViiV) appeal from three interlocutory orders of the Federal Court (all *per* Manson J.). ViiV also appeals a summary judgment dismissing its patent infringement action against the respondent, Gilead (*per* Manson J.): *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2020 FC 486, 173 C.P.R. (4th) 297 [2020 FC 486].

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

A. Background and the appeals from the interlocutory orders

[3] The patent in issue, Canadian Patent No. 2606282, owned by some of the ViiV companies, covers several classes of chemical compounds.

[4] ViiV took the view that Gilead's compound, bictégravir, a component of a drug for treating HIV, infringed its patent. So it brought an action against Gilead for patent infringement. Gilead counterclaimed on the basis that ViiV's patent was invalid.

[5] In August 2019, roughly 18 months into the action, Gilead brought a motion for summary trial under rule 216 [*Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules)] on the issue of patent infringement. The Federal Court scheduled the motion to be heard in January 2020.

[6] ViiV objected to the bringing of the motion and stated it would move to adjourn or quash it. However, ViiV did not complete its filings on the motion to quash until December 2019, just before the hearing of the summary trial. By that time, the parties had done significant preparations for the summary trial. For example, voluminous expert evidence had already been filed: *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2020 FC 11 [2020 FC 11], at paragraphs 10–12.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les appelantes (collectivement ViiV) interjettent appel de trois ordonnances interlocutoires rendues par la Cour fédérale (toutes sous la plume du juge Manson). ViiV interjette également appel d'un jugement sommaire rejetant son action en contrefaçon de brevet contre l'intimée, Gilead (sous la plume du juge Manson) : *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2020 CF 486 [2020 CF 486].

[2] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais les appels avec dépens.

A. Énoncé des faits et appels interjetés à l'encontre des ordonnances interlocutoires

[3] Le brevet en litige, le brevet canadien n° 2606282, est la propriété de certaines sociétés de ViiV et vise plusieurs classes de composés chimiques.

[4] Estimant que le composé de Gilead, le bictégravir, un des composants d'un médicament utilisé dans le traitement du virus de l'immunodéficience humaine (le VIH), contrefaisait son brevet, ViiV a intenté une action en contrefaçon de brevet à Gilead. Gilead a déposé une demande reconventionnelle en faisant valoir l'invalidité du brevet de ViiV.

[5] En août 2019, quelque 18 mois après le début de l'action, Gilead a déposé une requête en procès sommaire, en application de la règle 216 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), relativement à la question de la contrefaçon de brevet. La Cour fédérale a fixé l'instruction de la requête à janvier 2020.

[6] ViiV a fait valoir son opposition à la requête et a déclaré qu'elle en demanderait l'ajournement ou l'annulation par voie de requête. Ce n'est toutefois qu'en décembre 2019, soit juste avant le début de l'instruction du procès sommaire, que ViiV a fini par déposer tous les documents requis pour la requête en annulation. Les parties avaient alors déjà monté en grande partie leur dossier en vue du procès sommaire. Une volumineuse preuve d'expert avait notamment déjà été déposée (*ViiV*

[7] The Federal Court dismissed the motion to adjourn or quash: 2020 FC 11. It held that the summary trial would go ahead. But whether it would grant summary judgment was a different matter. It said it would rule on the appropriateness of that at the summary trial itself: 2020 FC 11, at paragraph 22.

[8] In file A-13-20, ViiV appeals the Federal Court's dismissal of the motion to quash. The Federal Court conducted a factually suffused, discretionary assessment of the circumstances relevant to whether the summary trial should go ahead as scheduled. As well, the Federal Court found that many of the materials in support of the motion to quash were improper and the motion to quash was brought very late: 2020 FC 11, at paragraphs 12 and 19. In the course of its reasons, the Federal Court also offered some observations about the propriety of motions to quash. These observations will be addressed later in these reasons. Overall, ViiV has not established any reviewable error on the part of the Federal Court and so I would dismiss this appeal.

[9] Along the way, the Federal Court dismissed two other interlocutory motions brought by ViiV:

- The Federal Court dismissed ViiV's motion to compel production of certain documents: *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2019 FC 1579. ViiV appeals this in file A-477-19.
- The Federal Court dismissed ViiV's hearsay objection to the admission into evidence of the product monograph of bictégravir: order dated January 24, 2020. ViiV appeals this in file A-43-20.

Both of these appeals should be dismissed.

*Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2020 CF 11 [2020 CF 11], aux paragraphes 10 à 12).

[7] La Cour fédérale a rejeté la requête visant l'ajournement ou l'annulation (2020 CF 11). Elle a conclu que le procès sommaire irait de l'avant, sans toutefois indiquer si elle rendrait ou non un jugement sommaire. Elle a déclaré qu'elle se prononcerait sur l'opportunité d'une telle mesure au procès sommaire (2020 CF 11, au paragraphe 22).

[8] Dans le dossier A-13-20, ViiV interjette appel de la décision de la Cour fédérale de rejeter sa requête en annulation. La Cour fédérale a fait des circonstances pertinentes une évaluation discrétionnaire et largement fondée sur les faits, afin de déterminer si le procès sommaire devait être instruit comme prévu. La Cour fédérale a conclu que bon nombre des documents présentés à l'appui de la requête en annulation n'étaient pas pertinents et que cette dernière avait été déposée très tardivement (2020 CF 11, aux paragraphes 12 et 19). Dans ses motifs, la Cour fédérale a également formulé quelques observations sur le bien-fondé des requêtes en annulation. Ces observations sont examinées ci-après dans les présents motifs. Dans l'ensemble, ViiV n'a pu établir que la Cour fédérale eût commis quelque erreur susceptible de révision; je rejette donc le présent appel.

[9] Dans l'intervalle, la Cour fédérale a rejeté deux autres requêtes interlocutoires présentées par ViiV :

- la requête présentée par ViiV en vue de contraindre la production de certains documents : *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2019 CF 1579. ViiV interjette appel de cette décision dans le dossier A-477-19.
- l'objection fondée sur le oui-dire présentée par ViiV, qui s'opposait à l'admission en preuve de la monographie du bictégravir (ordonnance rendue le 24 janvier 2020). ViiV interjette appel de cette décision dans le dossier A-43-20.

Ces deux appels devraient être rejetés.

[10] As for the appeal concerning the production of certain documents, there are two reasons why it should be dismissed. First, the documents are relevant only to a variant theory of infringement and later in these reasons I reject that theory. Second, ViiV argues that the productions are relevant to Gilead's counterclaim on the basis that the patent is invalid. But Gilead undertakes that it will discontinue its invalidity counterclaim if it is successful on all appeals. Given that I propose that very result, Gilead will discontinue its invalidity counterclaim and so the productions sought by ViiV are irrelevant.

[11] As for the appeal concerning the admissibility of the product monograph of bictégravir, I would also dismiss it. In the end, even if the Federal Court erred, its consideration of the monograph is of no moment. The record shows that the parties agreed on most of the structure of bictégravir, including, as we shall see, the most important part: it has a bridged bicyclic ring at the "Ring A" position. The parties only disagree about some stereochemistry which is irrelevant to the infringement issue: excerpts from plaintiffs' fresh as amended written representations, at paragraph 54, A-43-20, appeal book, Vol. 1, Tab 5 (Appendix 3), at pages 156–158. In response to questions at the hearing, ViiV could not say how this case would have been decided differently if the product monograph were excluded from evidence.

## B. The summary trial issues

### (1) *Introduction: a review of the principles*

[12] When a motion for summary judgment or summary trial is brought, how should the Court proceed? What exactly is the methodology the Court should follow? These days, the answer is rather unclear.

[13] Some suggest that the Court can consider first whether a motion for summary judgment or summary trial should be entertained at all and, if not, the Court, on

[10] L'appel relatif à la production de certains documents devrait être rejeté pour deux raisons. Premièrement, ces documents ne sont pertinents que pour appuyer une thèse fondée sur la contrefaçon par variantes — que je rejette dans les présents motifs. Deuxièmement, ViiV prétend que ces documents sont pertinents pour l'examen de la demande reconventionnelle fondée sur l'invalidité du brevet, présentée par Gilead. Cependant, Gilead s'engage à abandonner sa demande reconventionnelle fondée sur l'invalidité si elle a gain de cause dans tous les appels. Puisque c'est justement l'issue que je propose, Gilead abandonnera sa demande reconventionnelle fondée sur l'invalidité; la production de documents demandée par ViiV n'est donc pas pertinente.

[11] Quant à l'appel relatif à la recevabilité de la monographie du bictégravir, je le rejetterais également. En définitive, même si la Cour fédérale a commis une erreur, son examen de la monographie est sans importance. Le dossier montre que les deux parties se sont entendues sur la majeure partie de la structure du bictégravir, notamment, comme nous le verrons, sur son élément le plus important, à savoir la structure bicyclique pontée à l'endroit du « cycle A ». Les parties ne divergent que sur certains aspects de la stéréochimie qui n'ont aucune incidence sur la question de la contrefaçon (extraits des nouvelles observations écrites modifiées des demanderesses, au paragraphe 54, dossier d'appel A-43-20, vol. 1, onglet 5 (annexe 3), aux pages 156 à 158). En réponse aux questions soulevées à l'audience, ViiV n'a pu dire en quoi l'issue de l'affaire aurait été différente si la monographie de produit avait été exclue de la preuve.

## B. Questions en litige au sujet du procès sommaire

### 1) *Introduction : Examen des principes*

[12] Comment la Cour doit-elle donner suite à une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire? Quelle méthodologie la Cour doit-elle suivre exactement? De nos jours, la réponse à ces questions est assez floue.

[13] De l'avis de certains, la Cour peut d'abord déterminer si la requête en jugement sommaire ou en procès sommaire doit être instruite et, dans la négative, la Cour

its own initiative, can dismiss it right away: e.g., *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 FC 966, 87 C.P.R. (4th) 412 [*Wenzel*], at paragraphs 5–7. Others suggest that a party can bring a motion to quash a motion for summary judgment or summary trial on the basis that it should not be entertained at all. Still others, such as the Federal Court here (2020 FC 11, at paragraph 22), suggest that motions to quash should not be brought. And others never consider the issue unless a party has raised it.

[14] Lack of clarity also stems from the fact that judges and counsel often address whether a summary judgment motion or a summary trial is “appropriate” but a review of the case law shows that “appropriate” means different things to different judges. For some, “appropriate” is a shorthand for whether the summary proceedings should be entertained at all: *Bosa v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 793, 436 F.T.R. 288 [*Bosa*], at paragraph 22; *Premium Sports Broadcasting Inc. v. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 FC 590, at paragraph 5; *Collins v. Canada*, 2014 FC 307, 2014 D.T.C. 5066. For others, “appropriate” is a shorthand for whether a judgment should be granted based on the facts and the law before them: *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1040, 46 Imm. L.R. (4th) 209; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited v. Canada (Minister of Public Works)*, 2011 FC 70, 328 D.L.R. (4th) 665. And others seem to mix and match by using “appropriate” to embrace both of these issues: *Tremblay v. Orio Canada Inc.*, 2013 FC 109, [2014] 3 F.C.R. 404 [*Tremblay*], at paragraphs 24–27; *Teva Canada Limited v. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 FC 1169, 99 C.P.R. (4th) 398; *0871768 B.C. Ltd. v. Aestival (Vessel)*, 2014 FC 1047, 467 F.T.R. 1, at paragraphs 58–63; *Burns Bog Conservation Society v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1024, 417 F.T.R. 98, at paragraph 65.

[15] Better clarity on this would benefit judges and counsel alike. The quest for clarity begins with an understanding of three basic operative principles concerning the practice and procedure of the Federal Courts.

peut, de sa propre initiative, la rejeter d’emblée (voir, par exemple, *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2010 CF 966 [*Wenzel*], aux paragraphes 5 à 7). D’autres sont d’avis qu’une partie peut présenter une requête en vue d’obtenir l’annulation d’une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire au motif que cette requête ne devrait même pas être instruite. D’autres encore, comme la Cour fédérale en l’espèce (2020 CF 11, au paragraphe 22), sont d’avis que les requêtes en annulation ne devraient pas être déposées. Enfin, d’autres n’examinent jamais cette question à moins qu’elle ne soit soulevée par une partie.

[14] Ce flou découle également du fait que les juges et les avocats cherchent souvent à déterminer si une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire est « appropriée ». Or, un examen de la jurisprudence montre que ce mot prend un sens différent selon le juge. Pour certains, il résume la question de savoir si la procédure sommaire devrait même être instruite (*Bosa c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 793 [*Bosa*], au paragraphe 22; *Premium Sports Broadcasting Inc. c. 9005-5906 Québec Inc. (Resto-bar Mirabel)*, 2017 CF 590, au paragraphe 5; *Collins c. Canada*, 2014 CF 307). Pour d’autres, il traduit la question de savoir s’ils devraient rendre un jugement en fonction du droit et des faits qui leur sont présentés (*Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1040; *Trevor Nicholas Construction Co. Limited c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, 2011 CF 70). Pour d’autres encore, il semble englober ces deux questions (*Tremblay c. Orio Canada Inc.*, 2013 CF 109, [2014] 3 R.C.F. 404 [*Tremblay*], aux paragraphes 24 à 27; *Teva Canada Limited c. Wyeth and Pfizer Canada Inc.*, 2011 CF 1169; *0871768 B.C. Ltd. c. Aestival (Navire)*, 2014 CF 1047, aux paragraphes 58 à 63; *Burns Bog Conservation Society c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1024, au paragraphe 65).

[15] Une clarté accrue sur cette question bénéficierait à la fois aux juges et aux avocats. La quête de clarté exige d’abord une compréhension de trois principes généraux qui sous-tendent les pratiques et les procédures des Cours fédérales.



[16] First, the practice and procedure of the Federal Courts draws upon two sources, one primary, one secondary. The primary source is the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. The Rules set out standards expressly and by necessary implication. They supply most of the substantive content of the practice and procedure of the Courts. The secondary source is the plenary powers of the courts—the powers that the courts possess by virtue of being courts under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 5]. These allow the courts, among other things, to run and govern their essential back-office operations, such as the Registry, and to regulate their proceedings and the litigants who prosecute and defend them. The plenary powers of the Courts are always live. They can be drawn upon by the courts when just and appropriate as long as there is no legislative text in the way.

[17] The second operative principle is that the *Federal Courts Rules* generally permit the parties to prosecute and defend their cases as they see fit. The general default position in the Federal Courts system is that litigation is party-run. Putting aside specific court orders or directions that might be issued in particular cases and putting aside the rules on case management, parties can file documents at any time within the deadlines set by the Rules and they can file motions whenever they wish. But this is only a default position.

[18] The third operative principle is the centrality in our practice and procedure of rule 3 of the *Federal Courts Rules*. Rule 3 provides that the *Federal Courts Rules* shall be interpreted and applied so that “every proceeding” is determined “on its merits” in “the just, most expeditious and least expensive” way. Inherent in rule 3 is the concept of proportionality: *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336, at paragraph 11. The words “every”, “most” and “least” in Rule 3 deserve particular attention. They encourage interpretations and applications of the Rules

[16] Premièrement, deux sources — l’une primaire et l’autre secondaire — définissent les pratiques et la procédure des Cours fédérales. Les Règles constituent la source primaire. Les normes y sont énoncées expressément ainsi qu’implicitement, soit par voie de conséquence nécessaire. Les Règles établissent l’essentiel des pratiques et de la procédure des Cours. La plénitude des pouvoirs dont disposent les Cours — c’est-à-dire les pouvoirs qui leur sont conférés à titre de tribunaux au sens de l’article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], constitue la source secondaire. Ces pouvoirs permettent notamment aux cours de diriger et de régir leurs services de soutien essentiels, comme le greffe, ainsi que d’encadrer de près le déroulement des affaires et les plaideurs qui les intentent et les défendent. Les cours ne sont jamais dépouillées de la plénitude de leurs pouvoirs. Elles peuvent s’en prévaloir dans les cas opportuns, à condition qu’aucun texte législatif n’y fasse obstacle.

[17] Le second principe général veut que les Règles autorisent généralement les parties à ester en justice comme bon leur semble. En règle générale, les affaires portées devant les Cours fédérales sont pilotées par les parties. Sauf si elles sont visées par des ordonnances ou directives précises rendues dans des affaires particulières, et à l’exception des règles régissant la gestion des instances, les parties peuvent déposer des documents en tout temps à l’intérieur des délais prescrits par les Règles et elles peuvent également déposer des requêtes quand bon leur semble. Or, il s’agit simplement d’une règle générale.

[18] Le troisième principe général concerne le rôle central de la règle 3 dans nos pratiques et notre procédure. La règle 3 dispose que les Règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d’apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible ». Le principe de la proportionnalité fait partie intrinsèque de la règle 3 (*Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43, au paragraphe 11). Il convient de porter une attention particulière à l’expression « la plus expéditive et économique possible », qui figure à cette disposition. Elle préconise

that are proactive in preventing, eliminating or minimizing conduct that causes delay and cost.

[19] The three operative principles guide us in answering practical questions of procedure and practice. Take this one for example. A party brings a motion. The motion appears to have little merit but it is quite harmful in terms of the time and the expense it will cause. Can the opposing party bring a motion to quash it or, alternatively, to adjourn it? This question squarely arises in this case, as ViiV brought a motion in the Federal Court to quash or adjourn Gilead's summary trial motion.

[20] The operative principles, above, suggest that in rare circumstances motions to quash or to adjourn a motion can be brought. When brought early and dealt with quickly before time is wasted and the resources of the Court and the parties are squandered, they can proactively advance the objectives of rule 3 and stop harmful litigation conduct in its tracks. In this way, motions to quash or adjourn are analogous to motions under the Rules concerning scheduling, case-management and the restraining of abuses of process. Thus, although not expressly permitted by a specific rule, they fall under rule 4.

[21] A motion to quash is not the place to raise substantive defences to the motion, no matter how strong; the responding motion record under subsection 369(2) [of the Rules] is the place to do that. As well, it should not be a time-wasting and resource-exhausting exercise in itself. No matter which side is doing it, filibustering proceedings by bringing useless, unnecessary motions has no place in the Federal Courts system.

[22] In appropriate circumstances, can the Court act on its own initiative to refuse to entertain a problematic

une interprétation et une application proactives des Règles visant à prévenir ou à réduire au minimum les actes qui entraînent des retards et des coûts.

[19] Ces trois principes généraux éclairent l'analyse des questions concrètes touchant la procédure et les pratiques. Examinons l'exemple qui suit. Une partie dépose une requête. La requête ne semble guère fondée et elle sera très préjudiciable sur le plan du temps et des fonds qui devront y être consacrés. La partie adverse peut-elle présenter une requête en annulation ou, subsidiairement, en ajournement? Cette question se pose directement en l'espèce, car ViiV a déposé une requête auprès de la Cour fédérale en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement de la requête en procès sommaire de Gilead.

[20] Selon les principes généraux énoncés plus haut, il est possible, dans de rares circonstances, de présenter une requête en vue d'obtenir l'annulation ou l'ajournement d'une autre requête. Lorsqu'elles sont présentées tôt et examinées rapidement, avant qu'elles n'occasionnent des pertes de temps et ne causent un gaspillage des ressources de la Cour et des parties, ces requêtes peuvent contribuer de manière proactive à l'atteinte des objectifs énoncés à la règle 3 et mettre un frein aux conduites préjudiciables. Dans cette optique, les requêtes en annulation ou en ajournement sont analogues aux requêtes prévues dans les Règles relativement à l'inscription des causes au rôle, à la gestion des instances et aux abus de procédure. Par conséquent, même si elles ne sont pas expressément autorisées par une disposition précise des Règles, elles tombent sous le coup de la règle 4.

[21] Une requête en annulation n'est pas l'instrument qui convient pour soulever des moyens de défense sur le fond, aussi solides soient-ils. Ceux-ci doivent être invoqués dans le dossier de réponse à la requête, prévu au paragraphe 369(2) des Règles. De plus, cet exercice ne doit pas, en soi, entraîner une perte de temps et un gaspillage de ressources. Peu importe la partie qui les présente, les requêtes vaines et inutiles ayant pour objet l'obstruction n'ont pas leur place dans le système des Cours fédérales.

[22] Quand les circonstances s'y prêtent, la Cour peut-elle, de son propre chef, refuser d'examiner une requête

motion, i.e., one where the time and the expense it will cause is disproportionate to its benefit?

[23] Yes. The Court need not wait for a responding motion. The Court is not stuck in a purely passive role, standing idly by and watching helplessly as a problematic motion tips the proceeding into an abyss of delay, waste and chaos.

[24] The Court is a scarce community resource that must be preserved and managed in the public interest: *Canada v. Olumide*, 2017 FCA 42, [2018] 2 F.C.R. 328, at paragraphs 17–20. Using its plenary powers, the Court can act on its own initiative to invite submissions and then, when warranted, can issue orders, directions or both to advance the rule 3 objectives. For example, this Court has relied on its plenary powers as a court to act proactively to deal with problematic litigation conduct: see *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8, at paragraph 38 and cases cited therein; see also *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 171; *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 224; *Mazhero v. Fox*, 2014 FCA 219; *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268, and many others.

[25] However, the Court should not be quick to act on its own initiative. The general principle that litigation in the Federal Courts system is party-run, not Court-run, deserves respect and must be given due weight. Put another way, the parties deserve deference and a good margin of appreciation in the litigation choices they make. But deference does not mean unquestioning acceptance and no margin of appreciation is limitless.

[26] Quite aside from the foregoing, the Court always has a wide discretion guided by the objectives of rule 3 to issue directions or orders concerning scheduling and the manner in which the motion is to be prosecuted, defended and argued.

problématique, c'est-à-dire une requête pour laquelle le temps et les fonds qui devront y être consacrés seront démesurés par rapport aux avantages qui en découleront?

[23] La réponse est « oui ». La Cour n'est pas contrainte d'attendre le dépôt d'une requête en réponse. Elle n'est pas confinée à un rôle purement passif, impuissante devant le dépôt d'une requête problématique qui précipitera l'instance dans un abîme de retards, de gaspillage et de chaos.

[24] La Cour est un bien collectif limité qui doit être préservé et géré dans l'intérêt public (*Canada c. Olumide*, 2017 CAF 42, [2018] 2 R.C.F. 328, aux paragraphes 17 à 20). En exerçant la plénitude de ses pouvoirs, la Cour peut, de son propre chef, inviter les parties à lui soumettre des observations. Ensuite, si la situation s'y prête, elle peut rendre des ordonnances ou des directives pour favoriser l'atteinte de l'objet énoncé à la règle 3. Notre Cour a notamment usé de la plénitude de ses pouvoirs à titre de tribunal pour statuer de manière proactive sur des conduites litigieuses problématiques (voir les arrêts *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8, au paragraphe 38 et la jurisprudence qui y est mentionnée; voir aussi *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 171; *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 224; *Mazhero c. Fox*, 2014 CAF 219; *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268 et de nombreux autres).

[25] La Cour ne doit toutefois pas s'empresser d'agir de sa propre initiative. Le principe général voulant que ce soient les parties, et non la Cour, qui pilotent les instances dans le système des Cours fédérales commande le respect, et on doit y accorder l'importance qu'il mérite. Autrement dit, les parties ont droit à la déférence ainsi qu'à une certaine latitude quant à leurs choix procéduraux. Déférence n'est toutefois pas synonyme d'acceptation inconditionnelle, et la latitude ne saurait être assimilée à une absence de limites.

[26] Indépendamment de ce qui précède, précisons que la Cour dispose toujours d'un vaste pouvoir discrétionnaire sous-tendu par les objets énoncés à la règle 3. Ce pouvoir lui permet de rendre des directives ou des ordonnances relatives à la mise au rôle et à la procédure applicable à l'instruction, à la plaidoirie et à la défense d'une requête.

[27] The Court must always respect the principles of procedural fairness. Before making any ruling that may affect the interests of the parties, the Court must invite submissions and consider them.

[28] How do these principles play out in summary judgment motions and summary trial motions under rules 213–216?

[29] Where a motion for summary judgment or summary trial or its timing seems problematic in the sense described above, a motion to quash or adjourn may be brought subject to the qualifications set out above. Absent such a motion, the Court—acting on its own initiative in accordance with the principles set out above—can invite submissions and then decide the issue whether a motion for summary judgment or summary trial should be entertained at all or should be adjourned. Quite aside from this, in dealing with any motion for summary judgment or summary trial, the Court has a wide discretion governed by the objectives of rule 3 concerning scheduling and the manner in which the motion is to be prosecuted, defended and argued.

[30] I turn now to the specific wording of rules 213–216.

[31] Rule 213 provides that “[a] party may bring a motion for summary judgment or summary trial on all or some of the issues raised in the pleadings” any time after “the defendant has filed a defence” but “before the time and place for trial have been fixed”.

[32] Rule 215 governs when the Court may grant summary judgment. It provides that if the Federal Court “is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence”, the Court shall grant summary judgment. There is “no genuine issue for trial” where the judge has “the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute” on a summary basis, i.e., where “the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and

[27] La Cour doit toujours respecter les principes de l’équité procédurale. Avant de rendre un jugement susceptible de toucher les intérêts des parties, la Cour doit solliciter de ces dernières des observations et en tenir compte.

[28] Comment ces principes s’appliquent-ils aux requêtes en jugement sommaire et en procès sommaire, qui sont prévues aux règles 213 à 216?

[29] Lorsqu’une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire — ou le moment de son dépôt — semble soulever les problèmes décrits plus haut, une requête en annulation ou en ajournement peut être présentée dans le cadre des paramètres énoncés plus haut. Sinon, la Cour — agissant de son propre chef conformément aux principes qui précèdent — peut inviter les parties à lui soumettre des observations à la lumière desquelles elle détermine si la requête en jugement sommaire ou en procès sommaire devrait être instruite ou ajournée. En outre, la Cour dispose, pour trancher les requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire, d’un vaste pouvoir discrétionnaire régi par les objets de la règle 3, en ce qui a trait à la mise au rôle et à la procédure applicable à l’instruction, à la défense et à la plaidoirie d’une requête.

[30] Examinons ensuite le libellé précis des règles 213 à 216.

[31] La règle 213 prévoit qu’« [u]ne partie peut présenter une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire à l’égard de toutes ou d’une partie des questions que soulèvent les actes de procédure » en tout temps après « le dépôt de la défense du défendeur », mais « avant que les heure, date et lieu de l’instruction soient fixés ».

[32] La règle 215 précise dans quelles circonstances la Cour peut rendre un jugement sommaire. Il prévoit que la Cour fédérale rend un jugement sommaire si elle « est convaincue qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense ». Il n’existe « pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès » lorsque le juge dispose de « la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige » de façon sommaire, c’est-à-dire lorsque « la procédure de jugement sommaire 1) permet

less expensive means to achieve a just result”: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 [*Hryniak*], at paragraphs 49 and 66; see also *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral v. Aga*, 2021 SCC 22, 459 D.L.R. (4th) 425, at paragraph 25 and *Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57, 470 N.R. 187 [*Manitoba*], at paragraph 11.

[33] Put another way, “a case ought not to proceed to trial, with all the consequences that would follow for the parties and the costs involved for the administration of justice, unless there is a genuine issue that can only be resolved through the full apparatus of a trial”: *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799, at paragraph 24.

[34] Even if there is a “genuine issue of fact or law for trial with respect to a claim or defence”, the Court may “nevertheless determine that issue by way of summary trial”: subsection 215(3) [of the Rules]. In such cases, judges have greater powers to decide disputed questions of fact: *Manitoba*, at paragraph 16; *Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, 159 C.P.R. (4th) 275 [*Milano Pizza*], at paragraph 32.

[35] Rule 216 governs the Court’s discretion as to whether to hold a summary trial. The Court may decline to do so if “the issues raised are not suitable for summary trial” or “a summary trial would not assist in the efficient resolution of the action”: subsection 216(5). The rule also provides that even if the amounts involved are high, the issues are complex or the evidence is conflicting, “the Court may grant judgment either generally or on an issue” unless “the Court is of the opinion that it would be unjust to decide the issues on the motion”: subsection 216(6).

[36] What do the words “issues...not suitable for a summary trial” and “assist in the efficient resolution

au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, 2) lui permet d’appliquer les règles de droit aux faits et 3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d’arriver à un résultat juste » (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87 [*Hryniak*], aux paragraphes 49 et 66; voir aussi *Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral c. Aga*, 2021 CSC 22, au paragraphe 25 et *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57 [*Manitoba*], au paragraphe 11).

[33] En d’autres termes, « un procès, avec toutes les conséquences qui en résulteraient pour les parties et les coûts associés à l’administration de la justice, n’est tenu que s’il existe une véritable question litigieuse qui ne peut être tranchée autrement » (*CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799, au paragraphe 24).

[34] Même s’il existe une « véritable question de fait ou de droit litigieuse à l’égard d’une déclaration ou d’une défense », la Cour peut « néanmoins trancher cette question par voie de procès sommaire » (paragraphe 215(3) des Règles). En pareils cas, les juges disposent de pouvoirs accrus pour trancher des questions de fait litigieuses (*Manitoba*, au paragraphe 16; *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112 [*Milano Pizza*], au paragraphe 32).

[35] La règle 216 régit le pouvoir de décider s’il convient de tenir un procès sommaire. La Cour peut refuser de tenir un tel procès si « les questions soulevées ne se prêtent pas à la tenue d’un procès sommaire » ou si « un procès sommaire n’est pas susceptible de contribuer efficacement au règlement de l’action » (paragraphe 216(5) des Règles). Cette disposition des Règles prévoit également que, même si les sommes d’argent en cause sont élevées, que les questions en litige sont complexes ou que la preuve est contradictoire, la Cour « peut rendre un jugement sur l’ensemble des questions ou sur une question en particulier » à moins « qu’elle ne soit d’avis qu’il serait injuste de trancher les questions en litige dans le cadre de la requête » (paragraphe 216(6) des Règles).

[36] Qu’entend-on par « les questions [...] ne se prêtent pas à la tenue d’un procès sommaire » et

of the action” in subsection 216(5) [of the Rules] mean? What is “unjust” within the meaning of subsection 216(6) [of the Rules]?

[37] These words “must be interpreted [and applied] broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims”: *Hryniak*, above, at paragraph 5. In other words, they must be interpreted and applied consistently with the objectives in rule 3.

[38] Appropriately mindful of the wording of these Rules and rule 3, the Federal Court has developed useful factors relevant to whether the prerequisites in the Rules for summary judgment or summary trial have been met: *Wenzel*, at paragraph 38; *Bosa*, at paragraph 22; *Tremblay*, at paragraph 24.

[39] Also highly useful is the concise, comprehensive and accurate summary of the law under rules 215 and 216—including the effect of the Supreme Court’s decision in *Hryniak*—in *Milano Pizza*, at paragraphs 24–40.

[40] Some of the cases cited in *Milano Pizza* show that in some cases summary proceedings just add to the cost and duration of litigation. But other cases cited in *Milano Pizza* show that in some cases summary proceedings can improve access to speedy, cost-efficient justice.

[41] It is hard enough for parties to drive all the way to the final destination of trial and final determination of the merits of the litigation; to have their journey interrupted along the way and put through summary proceedings is harder still. But a summary procedure can sometimes provide the parties with an express route to their final destination. It all depends. The wise exercise of judicial discretion is called for: taking the words of the Rules, viewing them in light of the objectives of rule 3 and examples in the case law, and applying them to the particular circumstances of the case.

« contribuer efficacement au règlement de l’action » au paragraphe 216(5) des Règles? Qu’entend-on par « injuste » au paragraphe 216(6) des Règles?

[37] Ces mots « doivent recevoir une interprétation [et une application] large et propice à la proportionnalité et à l’accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes » (*Hryniak*, au paragraphe 5). Autrement dit, ils doivent être interprétés et appliqués en conformité avec les objectifs énoncés à la règle 3.

[38] Sensible à juste titre au libellé de ces dispositions des Règles, y compris de la règle 3, la Cour fédérale a défini des facteurs utiles pour déterminer si les conditions préalables exigées dans les Règles pour la tenue d’un procès sommaire ou le prononcé d’un jugement sommaire sont remplies (*Wenzel*, au paragraphe 38; *Bosa*, au paragraphe 22; *Tremblay*, au paragraphe 24).

[39] Un autre élément très utile est le résumé concis, exhaustif et précis des règles de droit prévues aux règles 215 et 216 — notamment les effets de l’arrêt de la Cour suprême *Hryniak* —, qui est présenté dans le jugement *Milano Pizza*, aux paragraphes 24 à 40.

[40] Certaines affaires invoquées dans la décision *Milano Pizza* montrent que, dans certains cas, les procédures sommaires ne font qu’accroître les frais et la durée des procédures. Cependant, d’autres affaires mentionnées dans cette jurisprudence montrent que les procédures sommaires peuvent améliorer dans certains cas l’accès à une justice expéditive et économique.

[41] Il est déjà difficile pour les parties de piloter leur instance jusqu’au procès et jusqu’au prononcé de la décision sur le fond — leur destination finale. Si leurs progrès sont interrompus par une procédure sommaire, la difficulté est accrue. Or, une procédure sommaire peut parfois offrir aux parties un raccourci vers leur destination finale. Tout dépend des circonstances. Le tribunal doit exercer de manière judicieuse son pouvoir discrétionnaire : interpréter le libellé des Règles à la lumière des objets de la règle 3 et des exemples de la jurisprudence, puis appliquer cette interprétation aux circonstances particulières de l’espèce.

[42] At the end of the day, the Court must be satisfied that the prerequisites in the Rules for summary judgment or summary trial, understood in light of rule 3, are met and that it is able to grant summary judgment, fairly and justly, on the evidence adduced and the law.

(2) *Applying these principles to this case*

[43] In file A-115-20, ViiV seeks to overturn the Federal Court’s finding that a “summary judgment [trial] was an appropriate proceeding to advance the litigation and narrow the issues in dispute” given the “narrow and well-defined issues before the Court”. The Federal Court found that given the facts and the law before the Court, it was in a position to grant judgment: 2020 FC 486, at paragraphs 1 and 11–18.

[44] ViiV contends that the Federal Court ignored the issue of onus of proof. I disagree: see 2020 FC 486, at paragraphs 19–22.

[45] ViiV also submits that the Federal Court erred in law or in fact in granting summary judgment in this case. But ViiV’s submissions do not identify an extricable legal question on which the Federal Court erred. In substance, ViiV asks this Court to reweigh the matter and come to a different conclusion.

[46] On appeal, that is not our task. If the Federal Court does not commit legal error and does not commit palpable and overriding error in applying the law to the circumstances of the litigation before it, this Court cannot interfere: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. We are especially loath to interfere where, as here, a particular judge of the Federal Court is either case-managing or is closely involved in regulating the course of the proceedings. ViiV has not demonstrated any reversible error on the part of the Federal Court.

[47] In the course of its reasons on the motion to quash or adjourn, the Federal Court suggested it has no

[42] Au bout du compte, la Cour doit être d’avis qu’il est satisfait aux conditions préalables définies dans les Règles relatives au jugement ou au procès sommaires, interprétées à la lumière de la règle 3, et qu’elle peut rendre un jugement sommaire d’une manière juste et équitable sur le fondement des éléments de preuve présentés et du droit.

2) *Application de ces principes à l’espèce*

[43] Dans le dossier A-115-20, ViiV demande que soit infirmée la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle un jugement (procès) sommaire était « une procédure appropriée pour faire avancer le litige et limiter les questions en litige » étant donné « les questions étroites et bien définies dont la Cour est saisie ». La Cour fédérale a conclu qu’elle pouvait rendre un jugement, eu égard au droit et aux faits qui lui avaient été présentés (2020 CF 486, aux paragraphes 1 et 11 à 18).

[44] ViiV soutient que la Cour fédérale n’a pas tenu compte du fardeau de la preuve. Je ne suis pas d’accord (voir 2020 CF 486, aux paragraphes 19 à 22).

[45] ViiV affirme également que la Cour fédérale a commis une erreur de droit ou de fait en rendant un jugement sommaire en l’espèce. Cependant, ViiV ne soulève aucune erreur sur une question de droit isolable dans ses observations. ViiV demande essentiellement à notre Cour de réexaminer l’affaire et de parvenir à une conclusion différente.

[46] Or, ce n’est pas là le rôle d’une cour d’appel. À défaut d’une erreur de droit ou d’une erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale dans l’application du droit aux circonstances de l’affaire, notre Cour ne peut intervenir (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235). Nous sommes particulièrement réticents à intervenir lorsque, comme c’est le cas en l’espèce, le juge de la Cour fédérale assure la gestion de l’instance ou participe étroitement à la gestion du déroulement de l’instance. ViiV n’a pas établi quelque erreur de la part de la Cour fédérale qui justifierait l’infirmité de sa décision.

[47] Dans ses motifs au sujet de la requête en annulation ou en ajournement, la Cour fédérale indique qu’elle

authority to consider preliminary motions to quash motions for summary judgment or motions for summary trial: 2020 FC 11, at paragraphs 25–26. Given the analysis above concerning the availability of motions to quash or adjourn, this is incorrect.

C. The Federal Court’s finding that the patent, properly construed, did not cover bictegravir

[48] The Federal Court found bictegravir did not infringe the patent. As a result it granted summary judgment in favour of Gilead. ViiV challenges this, alleging a number of legal grounds for reversal. These are described below. In my view, there are no grounds to set aside the Federal Court’s grant of summary judgment in favour of Gilead.

[49] The Federal Court’s judgment turned on its construction of claims 1, 11 and 16 of the patent and the construction of “Ring A” described in those claims.

[50] The parties agree that Gilead’s drug, bictegravir, is substantially the same as the compounds described in claims 1, 11 and 16 except at the “Ring A” position.

[51] Claim 1 describes “Ring A” as an “optionally substituted heterocycle”. Claim 11 describes it as an “optionally substituted and optionally condensed 5 – to 7 – membered heterocycle containing 1 to 2 hetero atom(s)”. And Claim 16 describes it as an “optionally substituted and optionally condensed 5 – to 7 – membered heterocycle...[where] two of the substituents taken together with the neighboring atom(s), may form an optionally substituted carbocycle or optionally substituted heterocycle”. The question, one of construction, was whether these include bridged bicyclic rings—the type of structure at the “Ring A” position of bictegravir.

[52] In the Federal Court, ViiV argued that “Ring A” covers bridged bicyclic rings and so bictegravir offends

n’est pas habilitée à examiner des requêtes préliminaires visant à obtenir l’annulation de requêtes en jugement sommaire ou en procès sommaire (2020 CF 11, aux paragraphes 25 et 26). C’est inexact, comme le révèle l’analyse qui précède sur les requêtes en annulation ou en ajournement possibles.

C. Conclusion de la Cour fédérale voulant que le brevet, s’il est bien interprété, ne vise pas le bictégravir

[48] La Cour fédérale conclut que le bictégravir ne contrefait pas le brevet. Elle rend donc un jugement sommaire en faveur de Gilead. ViiV avance plusieurs motifs de droit au soutien de l’annulation de cette décision. Ces motifs sont décrits ci-après. Je suis d’avis qu’il n’existe aucun motif justifiant l’annulation du jugement sommaire rendu par la Cour fédérale en faveur de Gilead.

[49] Le jugement de la Cour fédérale repose sur son interprétation des revendications 1, 11 et 16 du brevet et son interprétation du « cycle A » qui y est défini.

[50] Les parties conviennent que le médicament de Gilead, le bictégravir, est essentiellement identique aux composés décrits dans les revendications 1, 11 et 16, sauf en ce qui a trait à la position du « cycle A ».

[51] La revendication 1 décrit le « cycle A » comme un [TRADUCTION] « hétérocycle facultativement substitué ». La revendication 11 le décrit comme un [TRADUCTION] « hétérocycle de 5 à 7 membres, facultativement substitué et optionnellement condensé contenant 1 à 2 hétéroatomes ». La revendication 16 le décrit comme un [TRADUCTION] « hétérocycle de 5 à 7 membres, facultativement substitué et optionnellement condensé, [dont] deux des substituants combinés avec le ou les atomes voisins peuvent former un carbocycle facultativement substitué ou un hétérocycle facultativement substitué ». La question qui se posait, et qui était liée à l’interprétation, était de savoir si ces structures comprenaient les structures bicycliques pontées, soit le type de structure que l’on trouve à la position du « cycle A » dans le bictégravir.

[52] Devant la Cour fédérale, ViiV a fait valoir que le « cycle A » visait les structures bicycliques pontées et,



the patent. Gilead argued that “Ring A” does not include bridged bicyclic rings and so bictégravir is outside of the patent.

[53] The Federal Court agreed with Gilead. It found that “Ring A” as defined in claims 1, 11 and 16 includes only spiro and fused bicyclic rings, not bridged bicyclic rings.

[54] In the course of its reasons, the Federal Court found the claims themselves were unclear, such that a person ordinary skilled in the art (POSITA) would not know what is covered and what is not. As a result, the POSITA would have to resort to the patent disclosure to determine the scope of “Ring A”.

[55] On appeal, ViiV submits that the Federal Court made many errors of law in construing the claims.

[56] Construction of a patent is a question of law: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraphs 61 and 76. However, the Federal Court is entitled to deference in its appreciation of the evidence, particularly the expert evidence, which affects the construction: *Mylan Pharmaceuticals ULC v. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 FCA 109, 432 N.R. 292, at paragraph 20; *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459, at paragraph 44; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111, at paragraphs 73–74; *ABB Technology AG v. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 FCA 181, 475 N.R. 341 [*ABB Technology*], at paragraphs 22–24. In particular, the appreciation of expert evidence as to how a POSITA would understand the claims and any specific wording as well as what common general knowledge was available to the POSITA at the date of publication is a question of fact reviewable under the palpable and overriding error standard: *Bombardier Recreational Products Inc. v. Arctic Cat, Inc.*, 2018 FCA 172, 159 C.P.R. (4th) 319, at paragraphs 15–16; *Apotex Inc. v. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 FCA 9, at paragraphs 29–30; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166

donc, que le bictégravir contrevient au brevet. Gilead a soutenu au contraire que le « cycle A » ne comprenait pas les structures bicycliques pontées et donc que le bictégravir n’était pas visé par le brevet.

[53] La Cour fédérale a souscrit à la thèse de Gilead. Elle a conclu que le « cycle A », tel qu’il est défini dans les revendications 1, 11 et 16, comprend uniquement les structures bicycliques spiraniques ou fusionnées. Il ne comprend pas les structures pontées.

[54] Dans ses motifs, la Cour fédérale indique que les revendications elles-mêmes ne sont pas claires et qu’une personne versée dans l’art ne saurait pas ce qu’elles visent et ce qu’elles ne visent pas. La personne versée dans l’art devrait donc consulter la divulgation du brevet pour déterminer la portée du « cycle A ».

[55] Dans l’appel, ViiV soutient que la Cour fédérale a commis de nombreuses erreurs de droit dans son interprétation des revendications.

[56] L’interprétation d’un brevet est une question de droit (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067, aux paragraphes 61 et 76). Il y a lieu toutefois de faire preuve de retenue quant à l’appréciation par la Cour fédérale de la preuve, en particulier de la preuve d’expert, qui influe sur l’interprétation (*Mylan Pharmaceuticals ULC c. AstraZeneca Canada Inc.*, 2012 CAF 109, au paragraphe 20; *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 44; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219, aux paragraphes 73 et 74; *ABB Technology AG c. Hyundai Heavy Industries Co., Ltd.*, 2015 CAF 181 [*ABB Technology*], aux paragraphes 22 à 24). Plus précisément, l’appréciation de la preuve d’expert, quant à la manière dont une personne versée dans l’art interpréterait les revendications et tout libellé particulier et quant aux connaissances générales courantes dont cette personne disposait à la date de publication, est une question de fait susceptible de contrôle selon la norme de l’erreur manifeste et dominante (*Bombardier Produits Récréatifs Inc. c. Arctic Cat, Inc.*, 2018 CAF 172, aux paragraphes 15 et 16; *Apotex Inc. c. Astrazeneca Canada Inc.*, 2017 CAF 9, au paragraphes 29 et 30; *Tearlab Corporation*

C.P.R. (4th) 367, at paragraph 29. For these things, the standard of review is the hard-to-meet standard of palpable and overriding error: *Cobalt Pharmaceuticals Company v. Bayer Inc.*, 2015 FCA 116, 474 N.R. 311, at paragraph 15; *ABB Technology*, at paragraph 24.

[57] ViiV says the Federal Court erred in law by referring to the patent disclosure when construing the claims.

[58] I disagree. It is trite law that a patent must be read contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence: *Jansen Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FC 184, 128 C.P.R. (4th) 129, at paragraphs 92–93; *Teva Canada Limited v. Janssen Inc.*, 2018 FC 754, 157 C.P.R. (4th) 391, at paragraph 236. Part of the necessary context is the disclosure: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at pages 520–521, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203.

[59] ViiV submits that the Federal Court erred in law by resorting to the disclosure even though it found the claims “clear and unambiguous”.

[60] Again, I disagree. ViiV plucks the phrase “clear and unambiguous” from the Federal Court’s reasons and mischaracterizes it. A reading of the whole paragraph—not just one sentence in it—shows that the Federal Court found it necessary to go beyond the terms of the claim: 2020 FC 486, at paragraph 128.

[61] The reasons of first-instance courts are to be read holistically, making due allowance for awkward expression and efforts to synthesize reams of information: *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 35 and 55; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344 [Mahjoub], at paragraph 68; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraphs 49–51. This means, among other things, that isolated sentences in reasons must be read in the context of the reasons and the record before the Court. When this is done here, it is obvious

*c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179, au paragraphe 29). La norme de contrôle qui s’applique à ces questions est la norme difficile à atteindre de l’erreur manifeste et dominante (*Cobalt Pharmaceuticals Company c. Bayer Inc.*, 2015 CAF 116, au paragraphe 15; *ABB Technology*, au paragraphe 24).

[57] ViiV affirme que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en renvoyant à la divulgation du brevet pour l’interprétation des revendications.

[58] Je ne suis pas du même avis. Il est acquis en matière jurisprudentielle qu’un brevet doit être interprété dans l’intégralité de son contexte, à la lumière de l’ensemble de la preuve d’expert nécessaire (*Jansen Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CF 184, aux paragraphes 92 et 93; *Teva Canada Limitée c. Janssen Inc.*, 2018 CF 754, au paragraphe 236). La divulgation fait partie du contexte nécessaire (*Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, aux pages 520 et 521, 1981 CanLII 15).

[59] ViiV prétend que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ayant recours à la divulgation, même après avoir conclu que le libellé des revendications était « clair et sans ambiguïté ».

[60] Je ne partage pas cet avis non plus. ViiV dégage les mots « clair et sans ambiguïté » des motifs de la Cour fédérale et en fait une interprétation erronée. Lorsqu’on lit le paragraphe dans son ensemble — et pas seulement un membre de phrase — on constate que la Cour fédérale a jugé nécessaire de ne pas se limiter au libellé de la revendication (2020 CF 486, au paragraphe 128).

[61] Il faut interpréter les motifs des tribunaux de première instance de façon globale, en usant d’indulgence pour les expressions maladroites et les efforts faits pour résumer une abondance de renseignements (*R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 35 et 55; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 [Mahjoub], au paragraphe 68; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, aux paragraphes 49 à 51). Il en découle notamment que les phrases isolées extraites des motifs doivent être interprétées à la lumière des motifs et du

that the Federal Court understood correctly the role of disclosure in construing patent claims.

[62] ViiV says the Federal Court erred by construing the patent without biology/virology evidence from Gilead. ViiV does not say there was no biology/virology evidence at all before the Court; nor does it say such evidence is necessary to construe Ring A. It says, as a general matter, there should be a full POSITA team and there was not one here so the appeal must be allowed. It says this based on authorities that tell us that patents must always be construed contextually.

[63] I disagree. It is true that patents should be construed contextually in light of the entire patent and all of the necessary expert evidence. Put negatively, this means that one cannot create a fiction by cherry-picking part of a patent or part of the POSITA team. But this does not mean that to understand a specific portion of a claim a court must always take into account every conceivable part of the context, whether or not it is useful to the construction. Where, as here, some piece of context does not assist with the construction, the Court need not consider it.

[64] In this case, biology/virology evidence would not have assisted in the interpretation of “Ring A”. ViiV’s own expert on the subject said as much: 2020 FC 486, at paragraph 79. And if virology/biology evidence were required, the Court had access to it: ViiV led an expert on biology/virology. Tellingly, ViiV does not refer to its biology/virology evidence at all on this appeal.

[65] ViiV submits that the Federal Court improperly limited claims 1, 11 and 16 to the preferred embodiments and that in doing this, the Federal Court impermissibly read language into the claims.

dossier qui a été présenté à la Cour. En l’espèce, si on adopte cette démarche, il est évident que la Cour fédérale a bien compris le rôle de la divulgation dans l’interprétation des revendications du brevet.

[62] ViiV affirme que la Cour fédérale a commis une erreur en interprétant le brevet sans élément de preuve sur la biologie et la virologie provenant de Gilead. ViiV ne dit pas qu’aucun élément de preuve sur la biologie ou la virologie n’a été présenté à la Cour, ni que de tels éléments de preuve sont nécessaires à l’interprétation du cycle A. Elle dit, de façon générale, qu’il aurait dû y avoir une équipe complète de personnes versées dans l’art, mais qu’il n’y en avait pas; l’appel doit donc être accueilli. Elle soulève cette thèse sur le fondement d’une jurisprudence qui nous dit que les brevets doivent toujours être interprétés à la lumière de leur contexte.

[63] Je ne suis pas du même avis. Il est vrai que les brevets doivent être interprétés dans leur contexte, à la lumière du brevet dans son ensemble et de toute la preuve d’expert nécessaire. Formulée de façon négative, cette thèse veut qu’on ne puisse créer une fiction en ne sélectionnant qu’une partie d’un brevet ou qu’une partie de l’équipe des personnes versées dans l’art. Or, elle ne signifie pas que, pour comprendre un volet précis d’une revendication, le tribunal doit toujours prendre en compte chaque élément plausible du contexte, qu’il soit ou non utile à l’interprétation. Lorsque certains éléments du contexte n’éclairent pas l’interprétation, comme en l’espèce, la Cour n’a pas à en tenir compte.

[64] En l’espèce, les éléments de preuve sur la biologie ou la virologie n’auraient pas facilité l’interprétation du « cycle A ». Le propre expert de ViiV l’a reconnu (2020 CF 486, au paragraphe 79). En outre, si des éléments de preuve sur la biologie ou la virologie avaient été nécessaires, la Cour les avait à sa disposition : ViiV a cité à comparaître un expert en biologie et virologie. Fait révélateur, ViiV n’invoque aucun de ses éléments de preuve sur la biologie et la virologie dans le présent appel.

[65] ViiV prétend que la Cour fédérale a indûment limité les revendications 1, 11 et 16 aux variantes à privilégier et qu’elle a ainsi ajouté aux revendications par voie d’interprétation.

[66] Again, I disagree. As ViiV concedes, the Federal Court charged itself correctly on the law in this area: appellant’s memorandum of fact and law, at paragraph 75. In reality, ViiV takes issue with how the Federal Court applied this law to the facts—a question of mixed fact and law with no extricable legal question for which the standard of review is palpable and overriding error.

[67] ViiV quibbles about the force of some authorities and the meaning of the term “may” in claim 16 of the patent. But it does not argue—let alone demonstrate—that the Federal Court made any palpable and overriding error such as obviously illogical findings, findings that are not supported by the record, or a complete disregard of evidence: see, e.g., *Mahjoub*, at paragraph 62. The Federal Court knew the law in this area, and clearly preferred Gilead’s expert evidence to that of ViiV: 2020 FC 486, at paragraphs 130–136.

[68] Next, ViiV submits that even if bictégravir does not fall within the scope of claims 1, 11 and 16, it infringes the patent because it is a mere variation of a non-essential element of the patent. However, during the summary trial, ViiV conceded that “Ring A” is essential. ViiV’s concession means the variant argument is not open to it.

[69] To try to limit the force of this concession, ViiV tries to chop the patent up into smaller and smaller pieces. It says it conceded only that Ring A, as a whole, is essential but it did not concede that certain forms of Ring A are essential. In saying this, ViiV is attempting to resile from the breadth of its concession in the Federal Court. This it cannot do. Its approach smacks of the “spirit of the invention” approach to patent infringement. Under this now-discredited approach, patent holders get two kicks at the can: first, they can try and show literal infringement and then, if unsuccessful, they can try to show infringement “in spirit”. The Supreme Court has rejected this approach due to its uncertainty and unpredictability: *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024.

[66] Je ne partage pas cet avis non plus. Comme le reconnaît ViiV, la Cour fédérale a bien circonscrit le droit dans ce domaine (mémoire des faits et du droit de l’appelante, au paragraphe 75). En réalité, ViiV conteste la manière dont la Cour fédérale a appliqué le droit aux faits — il s’agit d’une question de droit et de fait sans question de droit isolable, pour laquelle la norme de contrôle est celle de l’erreur manifeste et dominante.

[67] ViiV chicane sur l’importance de certaines sources faisant autorité, ainsi que sur le sens du mot « *may* » (peuvent) dans la version anglaise de la revendication 16 du brevet. Or, elle ne prétend pas — et démontre encore moins — que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante, par exemple en formulant des conclusions manifestement illogiques ou des conclusions non corroborées par le dossier, ou en faisant totalement abstraction d’éléments de preuve (voir, par exemple, *Mahjoub*, au paragraphe 62). La Cour fédérale connaissait le droit dans ce domaine et elle a manifestement préféré la preuve d’expert de Gilead à celle de ViiV (2020 CF 486, aux paragraphes 130 à 136).

[68] ViiV soutient en outre que le bictégravir contrefait le brevet même s’il n’est pas visé par les revendications 1, 11 et 16, car il s’agit d’une simple variation d’un élément non essentiel du brevet. Pourtant, durant le procès sommaire, ViiV a reconnu que le « cycle A » est un élément essentiel. Cette concession signifie que ViiV ne peut invoquer une thèse fondée sur le recours à des variantes.

[69] Dans ses efforts visant à limiter l’importance de cette concession, ViiV tente de diviser le brevet en composantes de plus en plus petites. ViiV affirme n’avoir reconnu que le cycle A, dans son ensemble, comme élément essentiel, mais prétend ne pas avoir reconnu que certaines formes du cycle A étaient essentielles. Par une telle affirmation, ViiV tente de diminuer la portée de sa concession à la Cour fédérale, ce qu’elle ne peut faire. Son approche rappelle celle fondée sur l’« esprit de l’invention » en matière de contrefaçon de brevet. Selon cette approche aujourd’hui discréditée, les titulaires de brevets obtiennent deux chances de faire valoir leur cause : ils peuvent d’abord tenter de démontrer qu’il y a eu contrefaçon littérale et, s’ils échouent, ils peuvent ensuite tenter de démontrer une contrefaçon « en esprit ».

La Cour suprême a toutefois rejeté cette approche en raison de l'incertitude et de l'imprévisibilité qui en résultent (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024).

D. Proposed disposition

[70] Therefore, I would dismiss the four appeals with costs.

LASKIN J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

D. Dispositif proposé

[70] Par conséquent, je rejetterais les quatre appels avec dépens.

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

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

IMM-2167-20  
2021 FC 721

IMM-2167-20  
2021 CF 721

**Ly Thi Chuc Tran** (*Applicant*)

**Ly Thi Chuc Tran** (*demanderesse*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Ahmed J.—By videoconference (between Charlottetown, Halifax and Ottawa), May 13; Ottawa, July 7, 2021.

Cour fédérale, juge Ahmed—Par vidéoconférence (entre Charlottetown, Halifax et Ottawa), 13 mai; Ottawa, 7 juillet 2021.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Provincial Nominee Program — Judicial review of visa officer's decision refusing applicant's permanent residence application under Provincial Nominee Program (PNP) — Application made under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 87(2)(a) — Applicant claiming intent to start business in New Brunswick — Officer not satisfied applicant intending to reside in New Brunswick — Officer not obtaining concurring opinion pursuant to s. 87(4) before rendering decision — Applicant submitting that individual presumed to have ability to become economically established in Canada when nominated by New Brunswick under PNP — Whether officer erred by not rebutting presumption; by not obtaining concurring opinion; by breaching duty of fairness — Plain reading of Canada–New Brunswick Immigration Agreement, Overseas Processing manual OP 7-B Provincial Nominees (OP 7-B) not giving rise to asserted presumption — Officer's assessment of applicant's intent to reside in chosen province taking into account family ties, history of travel, incomplete business plan — No reviewable error identified within officer's decision — Officer's interpretation, application of s. 87 internally coherent, justified — Officer not required to obtain second officer's concurring opinion — One's ability to become economically established in entire country not determinative of one's intent to live in particular province, or vice-versa — Visa officer's authority to substitute evaluation for criteria under s. 87(2) triggered by fact that foreign national being named in provincial nomination certificate not sufficient indicator of whether they may become economically established in Canada — S. 87(3) solely contemplating issuance of certificate under s. 87(2)(a), not one's intent to reside in nominating province under s. 87(2)(b) — Officer's decision justified even if OP 7-B may permit different interpretation of s. 87 — Officer not breaching duty of fairness to applicant — Application dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Programme des candidats des provinces — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente de la demanderesse au titre du Programme des candidats des provinces (PCP) — Demande présentée conformément à l'art. 87(2)(a) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — La demanderesse a fait valoir qu'elle avait l'intention de démarrer une entreprise au Nouveau-Brunswick — L'agent n'était pas convaincu que la demanderesse cherchait à s'établir au Nouveau-Brunswick — L'agent n'a pas obtenu une confirmation de la décision, comme le prévoit l'art. 87(4), avant de rendre sa décision — La demanderesse a fait valoir que lorsqu'un étranger est désigné par le Nouveau-Brunswick au titre du PNP, il existe une présomption que cette personne a la capacité à réussir son établissement économique au Canada — Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur en ne réfutant pas la présomption, en n'obtenant pas une confirmation de la décision et en manquant à son obligation d'agir avec équité — Une simple lecture de l'Accord Canada-Nouveau-Brunswick et du guide sur le traitement à l'étranger intitulé OP 7-B Candidats des provinces (OP 7-B), ne donne pas lieu à la présomption invoquée — Lorsqu'il a évalué l'intention de la demanderesse de s'établir dans une province choisie, l'agent a tenu compte des liens familiaux, des voyages antérieurs et du caractère incomplet du plan d'affaires — Aucune erreur susceptible de contrôle n'a été relevée dans la décision de l'agent — L'interprétation et l'application de l'art. 87 par l'agent étaient intrinsèquement cohérentes et justifiées — Il n'était pas nécessaire d'obtenir une confirmation d'un autre agent — La capacité d'une personne à réussir son établissement économique dans le pays en entier n'est pas déterminante quant à la question de savoir si elle cherche à s'établir dans une province en particulier, et vice versa — Le pouvoir d'un*

This was an application for judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant's permanent residence application under the Provincial Nominee Program (PNP).

The applicant, a Vietnamese national, owns a company in Vietnam that provides security equipment for marine vessels. In support of her application for permanent residency, the applicant attached a certificate from New Brunswick, nominating her for the PNP under the entrepreneurial stream pursuant to paragraph 87(2)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. Under subsection 87(2), a foreign national must be nominated by a provincial government and intend to reside in that province to become a permanent resident under the PNP. The applicant claimed she intended to start a business in Saint John, New Brunswick that trades marine security products. The officer raised several concerns regarding the applicant's credibility. The officer explained they were not satisfied the applicant intended to reside in New Brunswick. A New Brunswick official concurred with the visa officer's preliminary assessment. In refusing the application, the officer stated, *inter alia*, that the applicant's responses did not offset the factors weighing against her. The officer did not consult with a second officer to obtain a concurring opinion pursuant to subsection 87(4) of the IRPR before rendering their decision.

The applicant submitted that when a foreign national is nominated by New Brunswick under the PNP, there is a presumption that individual has the ability to become economically established in Canada. The applicant asserted such a presumption is created under the *Canada–New Brunswick Immigration Agreement – Annex A: Provincial Nominees*. According to the applicant, the officer's determination that the applicant does not intend to reside in New Brunswick was unreasonable in light of the contrary presumption.

At issue was whether the officer erred by not rebutting the presumption created by the Canada–New Brunswick Agreement, whether the officer erred by not obtaining a concurring opinion

*agent des visas de substituer son appréciation aux critères prévus à l'art. 87(2) découle du fait qu'un étranger visé par un certificat de désignation délivré par une province n'est pas un indicateur suffisant de l'aptitude à réussir son établissement économique au Canada — L'art. 87(3) porte uniquement sur la délivrance d'un certificat aux termes de l'art. 87(2)a, et non sur l'intention d'une personne de s'établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation aux termes de l'art. 87(2)b — La décision de l'agent était justifiée même si le libellé du guide OP 7-B peut donner lieu à une interprétation de l'art. 87 différente — L'agent n'a pas manqué à son obligation d'agir équitablement envers la demanderesse — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente de la demanderesse au titre du Programme des candidats des provinces (PCP).

La demanderesse, une ressortissante du Vietnam, est propriétaire d'une entreprise au Vietnam qui offre de l'équipement de sécurité pour les navires. À l'appui de sa demande de résidence permanente, elle a joint un certificat délivré par le Nouveau-Brunswick, la désignant comme candidate au titre du volet entrepreneurial du PCP conformément à l'alinéa 87(2)a du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Conformément au paragraphe 87(2), un étranger doit être désigné par un gouvernement provincial et chercher à s'établir dans la province en question pour devenir un résident permanent au titre du PCP. La demanderesse a fait valoir qu'elle avait l'intention de démarrer une entreprise faisant le commerce de produits de sécurité maritime à Saint John, au Nouveau-Brunswick. L'agent a émis plusieurs réserves quant à la crédibilité de la demanderesse. L'agent a expliqué qu'il n'était pas convaincu que la demanderesse cherchait à s'établir au Nouveau-Brunswick. Un représentant du Nouveau-Brunswick a confirmé l'évaluation préliminaire de l'agent. L'agent a rejeté la demande, affirmant notamment que les réponses données par la demanderesse n'avaient pas fait contrepois aux facteurs qui lui étaient défavorables. L'agent n'a pas obtenu une confirmation de la décision auprès d'un autre agent, comme le prévoit le paragraphe 87(4) du RIPR, avant de rendre sa décision.

La demanderesse a fait valoir que lorsqu'un étranger est désigné par le Nouveau-Brunswick au titre du PNP, il existe une présomption que cette personne a la capacité à réussir son établissement économique au Canada. Elle a soutenu que cette présomption découle de l'annexe A de l'*Accord Canada–Nouveau-Brunswick sur l'immigration : Candidats des provinces*. Selon la demanderesse, la décision de l'agent portant qu'elle ne cherche pas à s'établir au Nouveau-Brunswick était déraisonnable compte tenu de la présomption contraire.

Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur en ne réfutant pas la présomption créée par l'*Accord Canada–Nouveau-Brunswick*, si l'agent a commis une erreur en n'obtenant pas une

from a second officer, and whether the officer breached their duty of fairness.

*Held*, the application should be dismissed.

A plain reading of the Canada–New Brunswick Agreement and Immigration, Refugees, and Citizenship Canada’s Overseas Processing manual *OP 7-B Provincial Nominees* (OP 7-B) does not give rise to the presumption asserted by the applicant. The Officer did not dispute that the applicant could become economically established in Canada, but rather that the applicant did not intend to reside in New Brunswick. These determinations are not mutually inclusive. The intention to reside in a chosen province is a highly subjective criterion, and the assessment of said criterion may take into account all indicia. Here, the officer weighed, *inter alia*, the applicant’s family ties, her history of travel to Ontario and British Columbia, and her incomplete business plan. The applicant did not identify a reviewable error within the officer’s decision. The officer’s interpretation and application of section 87 of the Regulations was internally coherent and justified in relation to the relevant law. The officer reasonably concluded they were not required to obtain a second officer’s concurring opinion before determining the applicant did not intend to reside in New Brunswick. The case law supports the officer’s conclusion. A foreign national’s intent to reside in a nominating province and their ability to become economically established in Canada are “not equivalent.” It is self-evident that one could have the means and ability to become economically established in Canada but not intend to reside in the province that nominated them. One’s ability to become economically established in the entire country is not determinative of one’s intent to live in a particular province, or vice versa. The officer’s interpretation was justified in light of the wording of subsection 87(3) of the Regulations. Under that provision, a visa officer’s authority to substitute their evaluation for the criteria under subsection 87(2) is triggered by the fact that a foreign national being named in a provincial nomination certificate is not a sufficient indicator of whether they may become economically established in Canada. The language of subsection 87(3) pertains to the “criteria set out in subsection (2)” and thus at first glance captures both criteria under that provision. However, this broad language is limited by the fact that subsection 87(3) solely contemplates the issuing of a provincial nomination certificate under paragraph 87(2)(a), not one’s intent to reside in the nominating province under paragraph 87(2)(b). While the broad language of OP 7-B may permit an interpretation of section 87 that is different than the one reached by the officer, the officer’s decision was nonetheless justified. Finally, the officer did not breach their duty of fairness to the applicant. The officer clearly explained their concerns to the applicant and provided the applicant with opportunities to address them.

confirmation de la décision auprès d’un autre agent, et si l’agent a manqué à son obligation d’agir avec équité.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Une simple lecture de l’Accord Canada-Nouveau-Brunswick et du guide sur le traitement à l’étranger d’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, intitulé *OP 7-B Candidats des provinces* (OP 7-B), ne donne pas lieu à la présomption invoquée par la demanderesse. L’agent n’a pas contesté que la demanderesse avait la capacité à réussir son établissement économique au Canada, mais il a conclu qu’elle ne cherchait pas à s’établir au Nouveau-Brunswick. Ces décisions ne sont pas mutuellement inclusives. L’intention de s’établir dans une province choisie est un critère hautement subjectif, et l’évaluation de ce critère peut tenir compte de tous les indices. En l’espèce, l’agent a soupesé notamment les liens familiaux de la demanderesse, ses voyages antérieurs en Ontario et en Colombie-Britannique et le caractère incomplet de son plan d’affaires. La demanderesse n’a relevé aucune erreur susceptible de contrôle dans la décision de l’agent. L’interprétation et l’application de l’article 87 du Règlement par l’agent étaient intrinsèquement cohérentes et justifiées au regard du droit applicable. L’agent a raisonnablement conclu qu’il n’était pas nécessaire d’obtenir une confirmation d’un autre agent avant de conclure que la demanderesse ne cherchait pas à s’établir au Nouveau-Brunswick. La jurisprudence étaye la conclusion de l’agent. L’intention d’un étranger de vivre dans la province ayant délivré le certificat de désignation et sa capacité à réussir son établissement économique au Canada « n’ont pas un poids équivalent ». Il va de soi qu’une personne pourrait avoir les moyens et la capacité à réussir son établissement économique au Canada sans chercher à s’établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation. La capacité d’une personne à réussir son établissement économique dans le pays en entier n’est pas déterminante quant à la question de savoir si elle cherche à s’établir dans une province en particulier, et vice versa. L’interprétation de l’agent était justifiée à la lumière du libellé du paragraphe 87(3) du Règlement. Aux termes de cette disposition, le pouvoir d’un agent des visas de substituer son appréciation aux critères prévus au paragraphe 87(2) découle du fait qu’un étranger visé par un certificat de désignation délivré par une province n’est pas un indicateur suffisant de l’aptitude à réussir son établissement économique au Canada. Le libellé du paragraphe 87(3) renvoie aux « critères prévus au paragraphe (2) » et, en conséquence, il englobe à première vue les deux critères de ce paragraphe. Cependant, ce libellé général est limité par le fait que le paragraphe 87(3) porte uniquement sur la délivrance d’un certificat de désignation des provinces aux termes de l’alinéa 87(2)a), et non sur l’intention d’une personne de s’établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation aux termes de l’alinéa 87(2)b). Bien que le libellé général du guide OP 7-B puisse donner lieu à une interprétation de l’article 87 différente de celle retenue par



l'agent, la décision de l'agent était néanmoins justifiée. Enfin, l'agent n'a pas manqué à son obligation d'agir équitablement envers la demanderesse. Il a clairement expliqué ses réserves à la demanderesse et lui a donné des occasions d'y répondre.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 74(d)  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 87.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Canada-New Brunswick Immigration Agreement – Annex A: Provincial Nominees*, 2017, ss. 4.18, 4.20.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Bano v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 568; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Kikeshian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 658, 391 F.T.R. 52; *Ransanz v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 1109.

## DISTINGUISHED:

*Hassan v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 1096; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 162; *Gedara v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 209; *Bideh v. New Brunswick (Minister of Post-Secondary Education, Training and Labour)*, 2016 NBQB 192, 47 Imm. L.R. (4th) 287.

## CONSIDERED:

*Yan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 146; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674.

## REFERRED TO:

*Torres v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 150; *Nwachukwu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 122; *Canadian Pacific Railway Company v.*

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d)  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 87.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord Canada-Nouveau-Brunswick sur l'immigration – Annexe A : Candidats de la province*, 2017, art. 4.18, 4.20.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Bano c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 568; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Association canadienne des avocats en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Kikeshian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 658; *Ransanz c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 1109.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Hassan c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 1096; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 162; *Gedara c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 209; *Bideh c. Nouveau-Brunswick (Ministre de l'éducation postsecondaire, de la formation et du travail)*, 2016 NBBR 192.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Yan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 146; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Torres c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 150; *Nwachukwu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 122; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c.*

*Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Rabbani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 257; *Dhesi v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 283; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Azenabor v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 1160; *Sran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 791, 11 Imm. L.R. (4th) 74; *Yasmin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 38; *Ali v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1247, 398 F.T.R. 303; *De Azeem v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1043; *Khwaja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 522; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199.

*Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Rabbani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 257; *Dhesi c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 283; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Azenabor c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 1160; *Sran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 791; *Yasmin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 383; *Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1247; *De Azeem c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1043; *Khwaja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2006 CF 522; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178.

## AUTHORS CITED:

Immigration, Refugees, and Citizenship Canada. *OP 7-B Provincial Nominees*, 2014.

APPLICATION for judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant's permanent residence application under the Provincial Nominee Program. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Gary Scales and Duncan Sturz* for applicant.

*Amy Smeltzer* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*McInnes Cooper*, Charlottetown, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

AHMED J.:

I. Overview

[1] The applicant, Ms. Ly Thi Chuc Tran, seeks judicial review of a decision of a visa officer (the Officer) of Immigration, Refugees, and Citizenship Canada (IRCC), refusing the applicant's permanent residence

## DOCTRINE CITÉE

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada. *OP 7-B Candidats des provinces*, 2014.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas a rejeté la demande de résidence permanente de la demanderesse au titre du Programme des candidats des provinces. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Gary Scales et Duncan Sturz* pour la demanderesse.

*Amy Smeltzer* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*McInnes Cooper*, Charlottetown, pour la demanderesse.

*La sous-procureure générale du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE AHMED :

I. Aperçu

[1] La demanderesse, M<sup>me</sup> Ly Thi Chuc Tran, sollicite le contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas (l'agent) d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) a rejeté sa demande de

application under the Provincial Nominee Program (PNP). The Officer found the applicant did not intend to reside in New Brunswick, the province that nominated her under the PNP, as required under paragraph 87(2)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR).

[2] The applicant submits the Officer committed two reviewable errors. First, the applicant asserts the Officer failed to rebut the presumption arising from the applicant's provincial nomination under the PNP that she intended to reside in New Brunswick. Second, the applicant asserts the Officer failed to obtain a concurring opinion from a second officer before refusing her application pursuant to subsections 87(3) and 87(4) of the IRPR.

[3] In addition, the applicant submits the Officer breached their duty of fairness by not providing the applicant with an opportunity to respond to their credibility concerns.

[4] In my view, the Officer's decision is reasonable. The Officer provided justified, transparent, and intelligible reasons for determining the applicant was unlikely to reside in New Brunswick. The applicant essentially asks the Court to reweigh the evidence before the Officer and reach a different outcome, which this Court must refrain from doing. I further find it was reasonable for the Officer not to obtain a concurring opinion pursuant to subsection 87(4) of the IRPR, as that provision only applies to a determination that a foreign national is unlikely to become economically established in Canada.

[5] Finally, I find the Officer did not breach their duty of fairness, as the Officer provided the applicant with sufficient opportunities to respond to their credibility concerns during the interview. I therefore dismiss this application for judicial review.

résidence permanente au titre du Programme des candidats des provinces (PCP). L'agent a conclu que la demanderesse ne cherchait pas à s'établir au Nouveau-Brunswick, soit la province qui lui a délivré le certificat dans le cadre du PCP, comme l'exige l'alinéa 87(2)b du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR).

[2] La demanderesse soutient que l'agent a commis deux erreurs susceptibles de contrôle. Premièrement, elle fait valoir que l'agent n'a pas réfuté la présomption découlant de la désignation provinciale dans le cadre du PCP, à savoir qu'elle cherchait à s'établir au Nouveau-Brunswick. Deuxièmement, elle soutient que l'agent n'a pas obtenu une confirmation de la décision auprès d'un autre agent avant de rejeter sa demande, conformément aux paragraphes 87(3) et 87(4) du RIPR.

[3] En outre, la demanderesse avance que l'agent a manqué à son obligation d'agir avec équité, car il ne lui a pas offert l'occasion de répondre à ses préoccupations quant à la crédibilité.

[4] À mon avis, la décision de l'agent est raisonnable. L'agent a fourni des motifs justifiés, transparents et intelligibles pour étayer sa conclusion selon laquelle il était peu probable que la demanderesse s'établisse au Nouveau-Brunswick. La demanderesse demande essentiellement à la Cour d'apprécier à nouveau les éléments de preuve qui ont été présentés à l'agent et de tirer une conclusion différente, ce que la Cour doit s'abstenir de faire. Je conclus également qu'il était raisonnable pour l'agent de ne pas obtenir une confirmation de la décision auprès d'un autre agent en application du paragraphe 87(4) du RIPR, car cette disposition s'applique uniquement à une décision selon laquelle il est peu probable qu'un étranger réussisse son établissement économique au Canada.

[5] Enfin, je conclus que l'agent n'a pas manqué à son obligation d'agir avec équité, car il a offert à la demanderesse une occasion suffisante de répondre à ses préoccupations quant à la crédibilité au cours de l'entrevue. Je rejette donc la présente demande de contrôle judiciaire.

## II. Facts

### A. *The Applicant*

[6] The applicant is a 43-year-old Vietnamese national. She is the owner of a successful company in Vietnam that provides security equipment for marine vessels.

[7] On June 25, 2018, the applicant, along with her spouse and four children (born 2005, 2009, 2010, and 2017), applied for permanent residency as a member of the provincial nominee class under section 87 of the IRPR. In support of her application, the applicant attached a certificate from New Brunswick, nominating her for the PNP under the entrepreneurial stream pursuant to paragraph 87(2)(a) of the IRPR. The applicant claimed she intended to start a business in Saint John, New Brunswick that trades marine security products.

### B. *Decision Under Review*

[8] On January 17, 2020, the Officer interviewed the applicant to assess her intent to start a business and reside in New Brunswick. The interview and subsequent correspondence are described in the Officer's Global Case Management System (GCMS) notes, which form part of the reasons for the Officer's decision (*Torres v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 150, at paragraph 19).

[9] Over the course of the January 17, 2020, interview, the Officer raised several concerns regarding the applicant's credibility, including:

- (a) The applicant asserted in her permanent residence application, subsequent forms, and at the interview that no one in her family had been previously refused a Canadian visa, but she later acknowledged that her children had been previously refused visitor visas.

## II. Les faits

### A. *La demanderesse*

[6] La demanderesse est une ressortissante du Vietnam âgée de 43 ans. Elle est propriétaire d'une entreprise prospère au Vietnam qui offre de l'équipement de sécurité pour les navires.

[7] Le 25 juin 2018, la demanderesse, avec son époux et ses quatre enfants (nés en 2005, 2009, 2010 et 2017), a présenté une demande de résidence permanente au titre de la catégorie des candidats des provinces au sens de l'article 87 du RIPR. À l'appui de sa demande, elle a joint un certificat délivré par le Nouveau-Brunswick, la désignant comme candidate au titre du volet entrepreneurial du PCP conformément à l'alinéa 87(2)a) du RIPR. La demanderesse a fait valoir qu'elle avait l'intention de démarrer une entreprise faisant le commerce de produits de sécurité maritime à Saint John, au Nouveau-Brunswick.

### B. *La décision faisant l'objet du contrôle*

[8] Le 17 janvier 2020, l'agent a rencontré la demanderesse en entrevue dans l'objectif d'évaluer son intention de démarrer une entreprise et de s'établir au Nouveau-Brunswick. L'entrevue et les échanges subséquents sont décrits dans les notes de l'agent versées dans le Système mondial de gestion des cas (SMGC), qui font partie des motifs de la décision de l'agent (*Torres c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 150, au paragraphe 19).

[9] Au cours de l'entrevue du 17 janvier 2020, l'agent a émis plusieurs réserves quant à la crédibilité de la demanderesse, dont les suivantes :

- a) dans sa demande de résidence permanente, dans des formulaires subséquents et au cours de son entrevue, la demanderesse a affirmé qu'aucun membre de sa famille ne s'était déjà vu refuser une demande de visa canadien, mais elle a par la suite reconnu que ses enfants s'étaient déjà vus refuser des visas de visiteur;

- |   |  |
|---|--|
| <p>(b) The applicant asserted in her permanent residence application that her youngest child was born in Vietnam, but she later acknowledged her youngest child was born in Canada in 2017.</p> <p>(c) The applicant asserted she intended to start a business in New Brunswick, but her only business plan was the template form that New Brunswick required her to complete for her PNP application. The applicant's business plan did not demonstrate market research, marketing strategies, and revenue projections, and the applicant did not complete the section of the form asking about industry regulations, permits, and licences.</p> | <p>b) dans sa demande de résidence permanente, la demanderesse a déclaré que son enfant le plus jeune était né au Vietnam, mais elle a par la suite reconnu qu'il était né au Canada en 2017;</p> <p>c) la demanderesse a soutenu qu'elle avait l'intention de démarrer une entreprise au Nouveau-Brunswick, mais son plan d'affaires était uniquement le formulaire que la province du Nouveau-Brunswick lui exigeait de remplir pour sa demande au titre du PCP. Le plan d'affaires de la demanderesse ne comprenait aucune étude de marché, stratégie de marketing, ni prévision de recettes, et la demanderesse n'a pas rempli la section du formulaire portant sur les règlements de l'industrie, les permis et les licences.</p> |
|---|--|

[10] In an email dated January 30, 2020, to a New Brunswick official, the Officer explained they were not satisfied the applicant intended to reside in New Brunswick because:

[10] Dans un courriel du 30 janvier 2020 transmis à un représentant du Nouveau-Brunswick, l'agent a expliqué qu'il n'était pas convaincu que la demanderesse cherchait à s'établir au Nouveau-Brunswick pour les motifs suivants :

- |  |   |
|--|---|
| <p>(a) The applicant's credibility was impugned by her inconsistent statements regarding past visa refusals and her youngest child's country of birth.</p> <p>(b) The applicant travelled to Canada when she was 28 weeks pregnant and remained in Canada to give birth. While the applicant asserted she remained in Canada due to complications with her pregnancy, the Officer concluded it was likely for the purposes of obtaining citizenship for her child (i.e., "birth tourism").</p> <p>(c) The applicant's close relatives in Ontario and British Columbia created a "pull" factor to live in those provinces rather than New Brunswick.</p> <p>(d) The applicant had visited Canada twice but she had only visited New Brunswick once for a week. The applicant acknowledged this visit was insufficient</p> | <p>a) les déclarations incohérentes de la demanderesse sur les rejets des demandes de visa de ses enfants et le pays de naissance de son plus jeune minaient sa crédibilité;</p> <p>b) la demanderesse s'est rendue au Canada à 28 semaines de grossesse et est demeurée au Canada pour accoucher. Bien que la demanderesse ait déclaré qu'elle était restée au Canada en raison de complications relatives à la grossesse, l'agent a conclu qu'il était probable qu'elle soit demeurée au Canada pour que son enfant obtienne la citoyenneté (c.-à-d. [TRADUCTION] « tourisme obstétrique »);</p> <p>c) les membres de la famille proche de la demanderesse habitant en Ontario et en Colombie-Britannique créaient un facteur [TRADUCTION] « d'attrance » vers ces provinces au lieu du Nouveau-Brunswick;</p> <p>d) la demanderesse a fait deux séjours au Canada, mais elle n'a séjourné qu'une seule fois au Nouveau-Brunswick, pendant une semaine. La demanderesse</p> |
|--|---|

to know if she wanted her family to live in New Brunswick permanently.

- (e) The applicant's focus seemed to be on obtaining status for her children and enabling them to study in Canada.
- (f) The applicant's business plan was lacking in the detail reasonably expected of a new business.

[11] In an email dated January 30, 2020, the New Brunswick official concurred with the Officer's preliminary assessment that the applicant likely misrepresented herself in her application and may not have a genuine interest to reside in New Brunswick.

[12] In a decision dated January 31, 2020, the Officer refused the applicant's permanent residence application. In particular, the Officer stated:

Following a full review it has been determined that you are unlikely to reside in the nominating province if and when a permanent resident visa is issued to you. The factors leading to this determination were outlined to you at an interview held in Ho Chi Minh City on January 17, 2020. Your responses to these concerns were considered in full, but the conclusion is that they do not offset the factors weighing against you.

It is therefore determined that you do not meet the requirements of subsection 87(2) of the *IRPR* and are not considered a member of the provincial nominee class. As a result, your application has been refused.

[13] The Officer did not consult with a second officer to obtain a concurring opinion pursuant to subsection 87(4) of the *IRPR* before rendering their decision.

### III. Issues and Standard of Review

[14] This application for judicial review raises the following issues:

a reconnu que cette visite ne lui avait pas permis de savoir si elle voulait que sa famille habite au Nouveau-Brunswick en permanence;

- e) la demanderesse semblait avoir comme objectif d'obtenir la citoyenneté pour ses enfants et de leur permettre d'étudier au Canada;
- f) le plan d'affaires de la demanderesse ne comprenait pas les détails qu'on s'attend raisonnablement à trouver pour le lancement d'une nouvelle entreprise.

[11] Dans un courriel du 30 janvier 2020, le représentant du Nouveau-Brunswick a confirmé l'évaluation préliminaire de l'agent, à savoir que la demanderesse avait probablement fait de fausses déclarations dans sa demande et ne souhaitait pas véritablement s'établir au Nouveau-Brunswick.

[12] Dans une décision datée du 31 janvier 2020, l'agent a rejeté la demande de résidence permanente de la demanderesse. En particulier, l'agent s'est exprimé en ces termes :

[TRADUCTION] Des suites d'un examen complet, il a été conclu qu'il est improbable que vous vous établissiez dans la province de désignation si un visa de résident permanent vous était délivré. Les facteurs ayant mené à cette conclusion vous ont été présentés au cours d'une entrevue tenue à Hô Chi Minh-Ville le 17 janvier 2020. Les réponses que vous avez données à ces réserves ont été pleinement prises en compte, mais il a été conclu qu'elles ne font pas contre-poids aux facteurs qui vous sont défavorables.

Par conséquent, il est conclu que vous ne satisfaites pas aux exigences du paragraphe 87(2) du *RIPR* et que vous n'êtes pas considérée comme un membre de la catégorie des candidats des provinces. En conséquence, votre demande est rejetée.

[13] L'agent n'a pas obtenu une confirmation de la décision auprès d'un autre agent, comme le prévoit le paragraphe 87(4) du *RIPR*, avant de rendre sa décision.

### III. Questions en litige et norme de contrôle

[14] La présente demande de contrôle judiciaire soulève les questions suivantes :

- A. *Did the Officer err by not rebutting the presumption created by the Canada–New Brunswick Agreement?*
- B. *Did the Officer err by not obtaining a concurring opinion from a second officer?*
- C. *Did the Officer breach their duty of fairness?*
- A. *L’agent a-t-il commis une erreur en ne réfutant pas la présomption créée par l’Accord Canada-Nouveau-Brunswick?*
- B. *L’agent a-t-il commis une erreur en n’obtenant pas une confirmation de la décision auprès d’un autre agent?*
- C. *L’agent a-t-il manqué à son obligation d’agir avec équité?*

[15] It is common ground between the parties that the first and second issues are reviewed upon the reasonableness standard, whereas the third issue is reviewed upon the correctness standard.

[16] I agree. Issues pertaining to a visa officer’s decision on a permanent residence application under the PNP are reviewed upon the reasonableness standard (*Bano v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 568 (*Bano*), at paragraphs 13–14, citing *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*)), whereas issues of procedural fairness are reviewed upon what is best reflected in the correctness standard (*Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 35).

[17] I note, however, a small disagreement on this matter. The applicant asserts the Officer’s decision not to consult with a second officer pursuant to subsection 87(4) of the IRPR constitutes a breach of procedural fairness and is therefore reviewed on a correctness standard.

[18] I disagree. A decision maker’s interpretation of their home statute attracts a presumption of reasonableness (*Vavilov*, at paragraph 25). This aspect of the Officer’s decision involves the interpretation and application of the IRPR and no grounds for rebutting the presumption of reasonableness apply (*Vavilov*, at paragraph 17; see also *Nwachukwu v. Canada (Citizenship*

[15] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable aux deux premières questions est celle de la décision raisonnable, tandis que la norme applicable à la troisième question est celle de la décision correcte.

[16] Je suis d’accord. La norme de contrôle applicable aux questions se rapportant à la décision d’un agent des visas concernant une demande de résidence permanente au titre du PCP est celle de la décision raisonnable (*Bano c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 568 (*Bano*), aux paragraphes 13 et 14, citant l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*)), tandis que l’exercice de contrôle des questions relatives à l’équité procédurale est particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte (*Association canadienne des avocats en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 35).

[17] Cependant, je souligne un léger désaccord à cet égard. La demanderesse affirme que la décision de l’agent de ne pas consulter un autre agent conformément au paragraphe 87(4) du RIPR constitue un manquement à l’équité procédurale et qu’en conséquence, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[18] Je ne suis pas de cet avis. L’interprétation de sa loi habilitante par le décideur établit une présomption selon laquelle la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 25). Cet aspect de la décision de l’agent concerne l’interprétation et l’application du RIPR, et aucun motif permettant de réfuter la présomption selon laquelle la norme de

*and Immigration*), 2020 FC 122, at paragraph 9). Further, the applicant has not established that consulting with a second officer is a right guaranteed to her under the principles of procedural fairness, rather than under the IRPR.

[19] Reasonableness is a deferential, but robust, standard of review (*Vavilov*, at paragraphs 12–13). The reviewing court must determine whether the decision under review, including both its rationale and outcome, is transparent, intelligible and justified (*Vavilov*, at paragraph 15). A reasonable decision is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker (*Vavilov*, at paragraph 85). Whether a decision is reasonable depends on the relevant administrative setting, the record before the decision maker, and the impact of the decision on those affected by its consequences (*Vavilov*, at paragraphs 88–90, 94 and 133–135).

[20] For a decision to be unreasonable, the applicant must establish the decision contains flaws that are sufficiently central or significant (*Vavilov*, at paragraph 100). A reviewing court must refrain from reweighing evidence before the decision maker, and it should not interfere with factual findings absent exceptional circumstances (*Vavilov*, at paragraph 125).

[21] Correctness, in contrast, is a non-deferential standard of review. The central question for issues of procedural fairness is whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances, including the factors enumerated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraphs 21–28 (*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraph 54).

contrôle applicable est celle de la décision raisonnable ne s'applique (*Vavilov*, au paragraphe 17; voir aussi *Nwachukwu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 122, au paragraphe 9). En outre, la demanderesse n'a pas établi que la consultation d'un autre agent est un droit qui lui est garanti par les principes de l'équité procédurale, et non par le RIPR.

[19] La norme de la décision raisonnable est une norme de contrôle empreinte de déférence, mais rigoureuse (*Vavilov*, aux paragraphes 12 et 13). La cour de révision doit établir si la décision faisant l'objet du contrôle, notamment le résultat et le raisonnement, est transparente, intelligible et justifiée (*Vavilov*, au paragraphe 15). Une décision raisonnable doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle, et être justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti (*Vavilov*, au paragraphe 85). La question de savoir si une décision est raisonnable dépend du contexte administratif, du dossier dont le décideur est saisi et de l'incidence de la décision sur les personnes qui en subissent les conséquences (*Vavilov*, aux paragraphes 88–90, 94 et 133–135).

[20] Pour qu'une décision soit jugée déraisonnable, le demandeur doit démontrer que la décision comporte une déficience suffisamment capitale ou importante (*Vavilov*, au paragraphe 100). Une cour de révision doit s'abstenir d'apprécier à nouveau la preuve examinée par le décideur et, à moins de circonstances exceptionnelles, ne doit pas modifier les conclusions de fait de celui-ci (*Vavilov*, au paragraphe 125).

[21] En revanche, la norme de la décision correcte est une norme de contrôle qui ne commande aucune déférence. Dans le contexte de l'équité procédurale, la question centrale est celle de savoir si la procédure était équitable eu égard à l'ensemble des circonstances, y compris les facteurs énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 21–28 (*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, au paragraphe 54).



IV. AnalysisA. *Did the Officer err by not rebutting the presumption created by the Canada–New Brunswick Agreement?*

[22] The PNP grants a certain degree of autonomy to provinces and territories to select foreign nationals that meet their jurisdiction’s particular needs, provided the chosen candidates can become “economically established” in Canada (*Bano*, at paragraph 18). This requirement is reflected under subsection 87(1) of the IRPR:

**Class**

**87 (1)** For the purposes of subsection 12(2) of the Act, the provincial nominee class is hereby prescribed as a class of persons who may become permanent residents on the basis of their ability to become economically established in Canada.

[23] Under subsection 87(2) of the IRPR, a foreign national must be nominated by a provincial government and intend to reside in that province to become a permanent resident under the PNP:

**87 ...****Member of the class**

**(2)** A foreign national is a member of the provincial nominee class if

**(a)** subject to subsection (5), they are named in a nomination certificate issued by the government of a province under a provincial nomination agreement between that province and the Minister; and

**(b)** they intend to reside in the province that has nominated them.

[24] The applicant submits that when a foreign national is nominated by New Brunswick under the PNP, there is a presumption that individual has the ability to become economically established in Canada. The applicant asserts such a presumption is created under Annex A of the *Canada–New Brunswick Immigration Agreement*

IV. AnalyseA. *L’agent a-t-il commis une erreur en ne réfutant pas la présomption créée par l’Accord Canada–Nouveau-Brunswick?*

[22] Le PCP accorde une certaine autonomie aux provinces et aux territoires en ce qui concerne la sélection des étrangers qui répondent aux besoins particuliers de leur administration, à condition que les candidats choisis puissent « réussir leur établissement économique » au Canada (*Bano*, au paragraphe 18). Cette exigence est énoncée au paragraphe 87(1) du RIPR :

**Catégorie**

**87 (1)** Pour l’application du paragraphe 12(2) de la Loi, la catégorie des candidats des provinces est une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent devenir résidents permanents du fait de leur capacité à réussir leur établissement économique au Canada.

[23] Conformément au paragraphe 87(2) du RIPR, un étranger doit être désigné par un gouvernement provincial et chercher à s’établir dans la province en question pour devenir un résident permanent au titre du PCP :

**87 [...]****Qualité**

**(2)** Fait partie de la catégorie des candidats des provinces l’étranger qui satisfait aux critères suivants :

**a)** sous réserve du paragraphe (5), il est visé par un certificat de désignation délivré par le gouvernement provincial concerné conformément à l’accord concernant les candidats des provinces que la province en cause a conclu avec le ministre;

**b)** il cherche à s’établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation.

[24] La demanderesse fait valoir que lorsqu’un étranger est désigné par le Nouveau-Brunswick au titre du PNP, il existe une présomption que cette personne a la capacité à réussir son établissement économique au Canada. Elle soutient que cette présomption découle de l’annexe A de l’*Accord Canada–Nouveau-Brunswick sur*

– *Annex A: Provincial Nominees, 2017* (the “Canada–New Brunswick Agreement”), which states:

#### 4.0 Assessment and Nomination

4.1 New Brunswick has the sole and non-transferable responsibility to assess and nominate candidates who, in New Brunswick’s determination:

4.1.1 Will be of benefit to the economic development of New Brunswick; and

4.1.2 Have the ability and intention to economically establish and permanently settle in New Brunswick subject to sections 4.2 through 4.8.

...

4.14 Canada shall consider New Brunswick’s nomination as evidence that New Brunswick has carried out its due diligence determining that an applicant will be of economic benefit to New Brunswick and has met the requirements of New Brunswick’s Provincial Nominee Program.

[25] The applicant notes the presumption under the Canada–New Brunswick Agreement is reflected within IRCC’s own policy. In particular, section 5 of IRCC’s *OP 7-B Provincial Nominees* (OP 7-B) states: “[i]mmigration officers can assume that a candidate nominated by a province does, in the view of the provincial officials, intend to reside in the nominating province and has a strong likelihood of becoming economically established in Canada” (emphasis added).

[26] According to the applicant, the Officer’s determination that the applicant does not intend to reside in New Brunswick is unreasonable in light of the contrary presumption created under the Canada–New Brunswick Agreement and OP 7-B.

[27] In my view, a plain reading of the Canada–New Brunswick Agreement and OP 7-B does not give rise to the presumption asserted by the applicant. While both instruments affirm that a nomination under the PNP is

*l’immigration – Annexe A : Candidats de la province, 2017* (l’Accord Canada–Nouveau-Brunswick), dont voici un extrait :

#### 4.0 Évaluation et désignation

4.1 Le Nouveau-Brunswick a la responsabilité exclusive et non transférable d’évaluer et de désigner des candidats qui, à son avis :

4.1.1 Contribueront au développement économique du Nouveau-Brunswick; et

4.1.2 Ont la capacité et l’intention de réussir leur établissement économique et de s’installer en permanence dans la province, sous réserve des clauses 4.2 à 4.8 de la présente annexe.

[...]

4.14 Le Canada doit considérer la désignation faite par le Nouveau-Brunswick comme la preuve que la province a exercé sa diligence raisonnable pour s’assurer que le candidat apportera un avantage économique au Nouveau-Brunswick et répond aux critères du Programme des candidats des provinces du Nouveau-Brunswick.

[25] La demanderesse souligne que la présomption découlant de l’Accord Canada–Nouveau-Brunswick ressort de la politique même d’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC). En particulier, la section 5 du guide *OP 7-B Candidats des provinces* (OP 7-B) d’IRCC est rédigé en ces termes : « Les agents d’immigration peuvent présumer qu’un candidat désigné par une province a l’intention, selon l’opinion des représentants de la province, de s’établir dans cette province et a de fortes chances de réussir son établissement sur le plan économique au Canada » (non souligné dans l’original).

[26] Selon la demanderesse, la décision de l’agent portant qu’elle ne cherche pas à s’établir au Nouveau-Brunswick est déraisonnable compte tenu de la présomption contraire découlant de l’Accord Canada–Nouveau-Brunswick et du guide OP 7-B.

[27] À mon avis, une simple lecture de l’Accord Canada–Nouveau-Brunswick et du guide OP 7-B ne donne pas lieu à la présomption invoquée par la demanderesse. Bien que les deux instruments prévoient qu’une désignation

evidence that New Brunswick believes a foreign national intends to reside in the province, I find they do not affirm that such a presumption extends to IRCC.

[28] In arguing to the contrary, the applicant relies upon two cases: *Hassan v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 1096 (*Hassan*) and *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 162 (*Begum*).

[29] I find *Hassan* and *Begum* are distinguishable from the case at hand. Those cases stand for the authority that if a foreign national is nominated by a province under the PNP, that foreign national is presumed to be able to become economically established in Canada (*Hassan*, at paragraphs 20–24; *Begum*, at paragraphs 26–28; see also *Bano*, at paragraph 19). In this case, the Officer does not dispute the applicant is able to become economically established in Canada, but rather finds the applicant does not intend to reside in New Brunswick. As discussed in detail below, I am not convinced by the applicant’s argument that these determinations are mutually inclusive.

[30] In addition, I find the Officer’s decision is reasonable in light of the protocol outlined in the Canada–New Brunswick Agreement. Sections 4.18 and 4.20 of the Canada–New Brunswick Agreement required the Officer to consult with New Brunswick prior to refusing the applicant’s permanent residence application, but allowed the Officer to make their decision without notifying New Brunswick:

#### 4.0 Assessment and Nomination

...

4.18 Should Canada determine that an individual nominated by New Brunswick is likely to be refused a Permanent Resident visa based on the applicant’s inability to meet the requirements of the New Brunswick Provincial Nominee Program and the requirements of membership in the Provincial Nominee class as per the IRPR and this Agreement, New Brunswick will be notified as soon as possible, taking into consideration local operating

au titre du PCP prouve que le Nouveau-Brunswick croit qu’un étranger cherche à s’établir dans la province, je conclus qu’ils ne confirment pas qu’une telle présomption s’étend à IRCC.

[28] En faisant valoir le contraire, la demanderesse s’appuie sur deux décisions : *Hassan c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 1096 (*Hassan*) et *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 162 (*Begum*).

[29] Je conclus que les décisions *Hassan* et *Begum* se distinguent toutes deux de la présente affaire. Ces décisions permettent d’affirmer que si un étranger est désigné par une province au titre du PCP, il est présumé que cet étranger a la capacité à réussir son établissement économique au Canada (*Hassan*, aux paragraphes 20–24; *Begum*, aux paragraphes 26–28; voir aussi *Bano*, au paragraphe 19). En l’espèce, l’agent ne conteste pas que la demanderesse a la capacité à réussir son établissement économique au Canada. Il conclut plutôt qu’elle ne cherche pas à s’établir au Nouveau-Brunswick. Comme je l’explique en détail ci-dessous, je ne suis pas convaincu par l’argument de la demanderesse selon lequel ces décisions sont mutuellement inclusives.

[30] En outre, je conclus que la décision de l’agent est raisonnable compte tenu du protocole énoncé dans l’Accord Canada-Nouveau-Brunswick. Conformément aux articles 4.18 et 4.20 de l’Accord Canada-Nouveau-Brunswick, l’agent doit consulter le Nouveau-Brunswick avant de refuser la demande de résidence permanente du demandeur, mais il peut prendre sa décision sans aviser le Nouveau-Brunswick :

#### 4.0 Évaluation et désignation

[...]

4.18 Si le Canada juge que la demande de visa de résident permanent d’un candidat désigné par le Nouveau-Brunswick sera vraisemblablement refusée du fait que le demandeur ne peut respecter les conditions du Programme des candidats des provinces du Nouveau-Brunswick ou les conditions d’appartenance à la catégorie des candidats des provinces aux termes du RIPR et du présent accord, il en avisera sur le champ le Nouveau-Brunswick, en tenant

environments, and New Brunswick will be consulted regarding the reasons for possible refusal.

...

4.20 In all cases where Canada determines that an individual nominated by New Brunswick does not meet the admissibility requirements of the IRPA, Canada will refuse without notifying New Brunswick before the final decision.... [Emphasis added.]

[31] The Officer followed the protocol under the Canada–New Brunswick Agreement in rendering their decision. After interviewing the applicant, the Officer consulted with a New Brunswick official and outlined their credibility concerns regarding the applicant’s intent to reside in New Brunswick. The New Brunswick official responded and agreed with the Officer’s concerns, stating the applicant likely misrepresented herself in her application and may not have a genuine interest to reside in New Brunswick.

[32] Finally, the Officer’s determination that the applicant was not credible with respect to her intent to reside in New Brunswick is justified, transparent, and intelligible (*Vavilov*, at paragraph 99).

[33] Intention to reside in a chosen province is a highly subjective criterion, and the assessment of said criterion may take into account all indicia, including past conduct, present circumstances, and future plans (*Rabbani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 257, at paragraph 43). In finding the applicant was not credible, the Officer weighed the applicant’s family ties and history of travel to Ontario and British Columbia; the applicant’s acknowledgement that she had not spent sufficient time in New Brunswick to know if she wanted to reside there permanently; the incomplete state of the applicant’s business plan; and the applicant’s acknowledgement that her primary motivation for applying for the PNP was to allow her to live with her children while they pursued studies in Canada.

compte du contexte opérationnel local, et la consultera au sujet des motifs d’un éventuel refus.

[...]

4.20 Dans tous les cas où le Canada établit qu’une personne désignée par le Nouveau-Brunswick ne remplit pas les conditions d’admissibilité prévues dans la LIPR, il refusera la demande sans aviser le Nouveau-Brunswick avant de prendre la décision définitive [...] [Non souligné dans l’original.]

[31] L’agent a suivi le protocole énoncé dans l’Accord Canada-Nouveau-Brunswick pour rendre sa décision. Après avoir rencontré la demanderesse en entrevue, l’agent a consulté un représentant du Nouveau-Brunswick et lui a fait part de ses réserves quant à la crédibilité de la demanderesse, particulièrement en ce qui a trait à son intention de s’établir au Nouveau-Brunswick. Dans sa réponse, le représentant du Nouveau-Brunswick a indiqué qu’il avait les mêmes réserves que l’agent, et a affirmé que la demanderesse avait probablement fait de fausses déclarations dans sa demande et ne souhaitait pas véritablement s’établir au Nouveau-Brunswick.

[32] Enfin, la décision de l’agent concernant le manque de crédibilité de la demanderesse en ce qui a trait à son intention de s’établir au Nouveau-Brunswick est justifiée, transparente et intelligible (*Vavilov*, au paragraphe 99).

[33] L’intention de s’établir dans une province choisie est un critère hautement subjectif, et l’évaluation de ce critère peut tenir compte de tous les indices, y compris le comportement antérieur, les circonstances présentes et les plans futurs (*Rabbani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 257, au paragraphe 43). Pour conclure que la demanderesse n’était pas crédible, l’agent a soupesé différents facteurs, dont les liens familiaux de la demanderesse et ses voyages antérieurs en Ontario et en Colombie-Britannique; sa reconnaissance du fait qu’elle n’a pas passé suffisamment de temps au Nouveau-Brunswick pour savoir si elle voulait que sa famille habite à cet endroit en permanence; le caractère incomplet de son plan d’affaires; et sa reconnaissance du fait que l’objectif principal de sa demande au titre du PCP était d’habiter avec ses enfants pendant leurs études au Canada.

[34] The applicant argues this conclusion is unreasonable because the Officer was preoccupied with the applicant's desire for her children to successfully integrate in Canada. This argument, however, does not identify a reviewable error within the Officer's decision. Rather, it merely asks this Court to reweigh the evidence before the Officer and reach a different outcome, which is not the purpose of judicial review (*Dhesi v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 283, at paragraph 24, citing *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 61).

[35] As stated by my colleague Justice McHaffie, the Officer's credibility determination is part of the fact-finding process and therefore provided significant deference upon review (*Azenabor v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 1160, at paragraph 6). Credibility determinations lie within "the heartland of the discretion of triers of fact ... and cannot be overturned unless they are perverse, capricious or made without regard to the evidence" (*Yan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FC 146, at paragraph 18). In this case, the applicant has established no such grounds to overturn the Officer's decision.

B. *Did the Officer err by not obtaining a concurring opinion from a second officer?*

[36] Subsections 87(3) and 87(4) of the IRPR set out two procedural safeguards that encourage deliberation when a visa officer diverges from a provincial nomination and finds a foreign national is unlikely to become economically established in Canada (*Bano*, at paragraph 20). Specifically, subsection 87(3) requires a visa officer to consult with the issuing provincial government if the officer seeks to substitute a provincial determination of economic establishment with their own evaluation, and subsection 87(4) requires the concurrence of a second officer for an officer's substituted determination under subsection 87(3):

[34] La demanderesse fait valoir que cette décision est déraisonnable, car l'agent se préoccupait du désir de la demanderesse de voir ses enfants réussir leur intégration au Canada. Cependant, cet argument ne relève aucune erreur susceptible de contrôle dans la décision de l'agent. En invoquant cet argument, la demanderesse demande plutôt simplement à la Cour d'apprécier à nouveau les éléments de preuve qui ont été présentés à l'agent et de tirer une conclusion différente, mais cela n'est pas le but d'un contrôle judiciaire (*Dhesi c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 283, au paragraphe 24, citant *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 61).

[35] Comme l'a affirmé mon collègue le juge McHaffie, la conclusion de l'agent quant à la crédibilité fait partie du processus de recherche des faits, et par conséquent, elle appelle la déférence lors du contrôle (*Azenabor c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 1160, au paragraphe 6). Les décisions quant à la crédibilité constituent « l'essentiel du pouvoir discrétionnaire des juges des faits [...] et elles ne sauraient être infirmées à moins qu'elles ne soient abusives, arbitraires ou rendues sans tenir compte des éléments de preuve » (*Yan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 146, au paragraphe 18). En l'espèce, la demanderesse n'a établi l'existence d'aucun motif justifiant d'infirmar la décision de l'agent.

B. *L'agent a-t-il commis une erreur en n'obtenant pas une confirmation de la décision auprès d'un autre agent?*

[36] Les paragraphes 87(3) et 87(4) du RIPR énoncent deux garanties procédurales qui favorisent la délibération lorsqu'un agent des visas prend une décision qui diverge de la désignation provinciale et conclut qu'il est peu probable qu'un étranger réussisse son établissement économique au Canada (*Bano*, au paragraphe 20). Plus précisément, le paragraphe 87(3) oblige l'agent des visas à consulter le gouvernement qui a délivré le certificat s'il veut substituer son appréciation à une décision provinciale quant à l'établissement économique, et le paragraphe 87(4) exige de faire confirmer par un autre agent la décision d'un agent de substituer son appréciation à une décision conformément au paragraphe 87(3) :

87...

**Substitution of evaluation**

(3) If the fact that the foreign national is named in a certificate referred to in paragraph (2)(a) is not a sufficient indicator of whether they may become economically established in Canada and an officer has consulted the government that issued the certificate, the officer may substitute for the criteria set out in subsection (2) their evaluation of the likelihood of the ability of the foreign national to become economically established in Canada.

**Concurrence**

(4) An evaluation made under subsection (3) requires the concurrence of a second officer.

[37] The applicant submits it was unreasonable for the Officer to determine that the applicant did not intend to reside in New Brunswick without obtaining the concurrence of a second officer in accordance with subsections 87(3) and 87(4) of the IRPR.

[38] The applicant asserts that both criteria under subsection 87(2) of the IRPR—being nominated by a province, and having the intent to reside in that nominating province—are integral and mutually inclusive to becoming economically established in Canada under subsection 87(1). Therefore, according to the applicant, if an officer determines a foreign national does not intend to reside in the province that nominated them under paragraph 87(2)(b), this determination constitutes a substituted evaluation of the foreign national’s ability to become economically established in Canada under subsection 87(3), thus triggering the requirement to obtain the concurrence of a second officer under subsection 87(4).

[39] The applicant submits the above interpretation is clear when section 87 of the IRPR is read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, at paragraph 21). In particular, the applicant notes that under subsection 87(3), an “officer may substitute for the criteria set out in subsection (2) their evaluation

87 [...]

**Substitution d’appréciation**

(3) Si le fait que l’étranger est visé par le certificat de désignation mentionné à l’alinéa (2)a n’est pas un indicateur suffisant de l’aptitude à réussir son établissement économique au Canada, l’agent peut, après consultation auprès du gouvernement qui a délivré le certificat, substituer son appréciation aux critères prévus au paragraphe (2).

**Confirmation**

(4) Toute décision de l’agent au titre du paragraphe (3) doit être confirmée par un autre agent.

[37] La demanderesse fait valoir qu’il était déraisonnable pour l’agent de conclure qu’elle ne cherchait pas à s’établir au Nouveau-Brunswick sans obtenir une confirmation de la décision auprès d’un autre agent conformément aux paragraphes 87(3) et 87(4) du RPR.

[38] La demanderesse soutient que les deux critères énoncés au paragraphe 87(2) du RPR — être désigné par une province et chercher à s’établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation — font partie intégrante de la réussite de l’établissement économique au Canada selon le paragraphe 87(1) et sont mutuellement inclusifs. Par conséquent, selon la demanderesse, si un agent conclut qu’un étranger ne cherche pas à s’établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation aux termes de l’alinéa 87(2)b, cette décision constitue une substitution d’appréciation de la capacité de l’étranger à réussir son établissement économique au Canada aux termes du paragraphe 87(3), et fait en sorte qu’il est nécessaire d’obtenir la confirmation d’un autre agent comme le prévoit le paragraphe 87(4).

[39] La demanderesse soutient que cette interprétation est claire lorsque l’article 87 du RPR est lu « dans [son] contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21). En particulier, la demanderesse souligne qu’en vertu du paragraphe 87(3), un « agent peut [...] substituer son appréciation aux critères prévus au paragraphe (2) ». La demanderesse

of the likelihood of the ability of the foreign national to become economically established in Canada”. This language, the applicant highlights, is not narrowed to include only the criterion under paragraph 87(2)(a) (i.e., a provincial nomination) and therefore also includes the criterion under paragraph 87(2)(b) (i.e., an intent to reside in the nominating province). If Parliament intended otherwise, the applicant asserts the language used in subsection 87(3) would be restricted solely to a re-evaluation of the criterion under paragraph 87(2)(a).

[40] Despite the applicant’s submissions, I find the Officer’s interpretation and application of section 87 of the IRPR are internally coherent and justified in relation to the relevant law (*Vavilov*, at paragraph 85). The Officer reasonably concluded they were not required to obtain a second officer’s concurring opinion before determining the applicant did not intend to reside in New Brunswick.

[41] The jurisprudence supports the Officer’s conclusion. In *Kikeshian v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 658, 391 F.T.R. 52 (*Kikeshian*), at paragraph 17, Justice Barnes affirmed that a foreign national’s intent to reside in a nominating province and their ability to become economically established in Canada are “not equivalent.”

[42] Following *Kikeshian*, Justice Martineau confirmed in *Ransanz v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 1109 (*Ransanz*), that the determination of a foreign national’s intention to reside in the province that nominated them does not trigger the requirements of consultation and concurrence under paragraphs 87(3) and 87(4) of the IRPR [at paragraph 25]:

Subsection 87(3) of the Regulations specifically grants federal officials the discretion to substitute their evaluation of an applicant’s ability to become economically established in Canada, provided that they consult with the province that has nominated the individual, and that they have obtained the concurrence of a second officer (subsections 87(3) and 87(4)). Crucially, however, these requirements for consultation and concurrence apply specifically to the first condition under subsection 87(2) only—namely, to considerations relating to the likelihood of the applicant’s ability to become established in Canada,

souligne que la portée de ce libellé n’est pas limitée uniquement au critère énoncé à l’alinéa 87(2)a) (c.-à-d. une désignation par une province), et qu’elle englobe par conséquent le critère énoncé à l’alinéa 87(2)b) (c.-à-d. l’intention de s’établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation). La demanderesse affirme que si le législateur avait eu une autre intention, le paragraphe 87(3) serait libellé de façon à s’appliquer uniquement à une nouvelle appréciation du critère énoncé à l’alinéa 87(2)a).

[40] Malgré les observations de la demanderesse, je conclus que l’interprétation et l’application de l’article 87 du RIPR par l’agent sont intrinsèquement cohérentes et justifiées au regard du droit applicable (*Vavilov*, au paragraphe 85). L’agent a raisonnablement conclu qu’il n’était pas nécessaire d’obtenir une confirmation d’un autre agent avant de conclure que la demanderesse ne cherchait pas à s’établir au Nouveau-Brunswick.

[41] La jurisprudence étaye la conclusion de l’agent. Dans la décision *Kikeshian c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 658 (*Kikeshian*), au paragraphe 17, le juge Barnes a confirmé que l’intention d’un étranger de vivre dans la province ayant délivré le certificat de désignation et sa capacité à réussir son établissement économique au Canada « n’ont pas un poids équivalent ».

[42] S’appuyant sur la décision *Kikeshian*, le juge Martineau a confirmé dans l’affaire *Ransanz c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 1109 (*Ransanz*) que la décision concernant l’intention d’un étranger de s’établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation n’entraîne pas l’application des obligations de consultation et de confirmation prévues aux paragraphes 87(3) et 87(4) du RIPR [au paragraphe 25] :

Le paragraphe 87(3) du Règlement accorde expressément aux fonctionnaires fédéraux le pouvoir discrétionnaire de substituer leur appréciation de la capacité du demandeur à réussir son établissement économique au Canada, pourvu qu’ils consultent le gouvernement qui a délivré le certificat et qu’ils obtiennent confirmation d’un autre agent (paragraphes 87(3) et 87(4)). Cependant, il est crucial que ces obligations de consulter et de confirmer s’appliquent seulement et expressément à la première condition prévue au paragraphe 87(2), à savoir aux considérations relatives à la probabilité que le demandeur ait la

as per the criteria of the provincial nomination certificate at subsection 87(2)(a). An applicant's intention to reside in the province that has nominated him or her (subsection 87(2)(b)) is a separate requirement—one that is not subject to the requirements for consultation and concurrence, and which is additional to the issuance of a certificate of selection or a provincial nomination. [Emphasis added.]

[43] The Officer's interpretation is also internally coherent. It is self-evident that one could have the means and ability to become economically established in Canada but not intend to reside in the province that nominated them. One's ability to become economically established in the entire country is not determinative of one's intent to live in a particular province, or vice versa.

[44] Further, the Officer's interpretation is justified in light of the wording of subsection 87(3) of the IRPR. I repeat the provision here for clarity:

**87...**

**Substitution of evaluation**

(3) If the fact that the foreign national is named in a certificate referred to in paragraph (2)(a) is not a sufficient indicator of whether they may become economically established in Canada and an officer has consulted the government that issued the certificate, the officer may substitute for the criteria set out in subsection (2) their evaluation of the likelihood of the ability of the foreign national to become economically established in Canada.

[45] Under subsection 87(3), a visa officer's authority to substitute their evaluation for the criteria under subsection 87(2) is triggered by the fact that a foreign national being named in a provincial nomination certificate is not a sufficient indicator of whether they may become economically established in Canada.

[46] It is true the language of subsection 87(3) pertains to the "criteria set out in subsection (2)" and thus at first glance captures both criteria under that provision. However, I find this broad language is limited by the fact that subsection 87(3) solely contemplates the

capacité à réussir son établissement au Canada, conformément au critère d'obtention du certificat de désignation provincial visé à l'alinéa 87(2)a). L'intention du demandeur de résider dans la province qui lui a délivré le certificat (alinéa 87(2)b)) est une condition distincte, qui est exempte de l'obligation de consulter et de confirmer et qui s'ajoute à la délivrance du certificat de sélection ou à la désignation des candidats des provinces. [Non souligné dans l'original.]

[43] L'interprétation de l'agent est aussi intrinsèquement cohérente. Il va de soi qu'une personne pourrait avoir les moyens et la capacité à réussir son établissement économique au Canada sans chercher à s'établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation. La capacité d'une personne à réussir son établissement économique dans le pays en entier n'est pas déterminante quant à la question de savoir si elle cherche à s'établir dans une province en particulier, et vice versa.

[44] En outre, l'interprétation de l'agent est justifiée à la lumière du libellé du paragraphe 87(3) du RIPR. Je cite de nouveau cette disposition par souci de clarté :

**87 [...]**

**Substitution d'appréciation**

(3) Si le fait que l'étranger est visé par le certificat de désignation mentionné à l'alinéa (2)a) n'est pas un indicateur suffisant de l'aptitude à réussir son établissement économique au Canada, l'agent peut, après consultation auprès du gouvernement qui a délivré le certificat, substituer son appréciation aux critères prévus au paragraphe (2).

[45] Aux termes du paragraphe 87(3), le pouvoir d'un agent des visas de substituer son appréciation aux critères prévus au paragraphe 87(2) découle du fait qu'un étranger visé par un certificat de désignation délivré par une province n'est pas un indicateur suffisant de l'aptitude à réussir son établissement économique au Canada.

[46] Il est vrai que le libellé du paragraphe 87(3) renvoie aux « critères prévus au paragraphe (2) », et qu'en conséquence, il englobe à première vue les deux critères de ce paragraphe. Cependant, je conclus que ce libellé général est limité par le fait que le paragraphe 87(3)



issuing of a provincial nomination certificate under paragraph 87(2)(a), not one's intent to reside in the nominating province under paragraph 87(2)(b). I therefore find it was reasonable for the Officer to conclude that their determination under paragraph 87(2)(b) did not constitute a substituted evaluation under subsection 87(3), and thus did not trigger the need for a concurring opinion under subsection 87(4).

[47] In arguing to the contrary, the applicant asserts that section 7.8 of OP 7-B affirms the need for an officer to seek a concurring opinion if they refuse a PNP application based on the determination that a foreign national does not intend to reside in the province that nominated them:

#### 7.8. Refusing the application

There are three bases upon which a provincial nominee who meets all statutory admissibility requirements can be refused a visa:

- The officer has reason to believe that the applicant does not intend to live in the province that has nominated them;
- The officer has reason to believe that the applicant is unlikely to be able to successfully establish economically in Canada; and

...

In each case, the officer must have some evidence to support this belief and overcome the presumptions implied by the provincial nomination. Every provincial nominee agreement obliges the immigration officer to consult with an official of the nominating province regarding the intention to refuse before the refusal is actually made.

If the officer, after consulting with the province, still intends to refuse, R87(4) requires that a second officer concur with the decision to refuse, before it can be made official.

[48] I note that section 7.8 of OP 7-B does not specify which grounds of refusal require a concurring opinion under subsection 87(4) of the IRPR. Even accepting

porte uniquement sur la délivrance d'un certificat de désignation des provinces aux termes de l'alinéa 87(2)a), et non sur l'intention d'une personne de s'établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation aux termes de l'alinéa 87(2)b). Par conséquent, j'estime qu'il était raisonnable pour l'agent de conclure que sa décision au titre de l'alinéa 87(2)b) ne constituait pas une substitution d'appréciation aux termes du paragraphe 87(3) et ne faisait pas en sorte qu'il était nécessaire d'obtenir la confirmation d'un autre agent comme le prévoit le paragraphe 87(4).

[47] En faisant valoir le contraire, la demanderesse soutient que la section 7.8 du guide OP 7-B confirme qu'il est nécessaire qu'un agent obtienne la confirmation d'un autre agent s'il refuse une demande au titre du PCP au motif qu'un étranger ne cherche pas à s'établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation.

#### 7.8. Refus de la demande

Il y a trois bases sur lesquelles un candidat d'une province qui satisfait à toutes les conditions d'admissibilité prévues dans la loi peut se voir refuser un visa :

- l'agent a des raisons de croire que le demandeur n'a pas l'intention de vivre dans la province qui l'a désigné;
- l'agent a des raisons de croire que le demandeur ne pourra vraisemblablement pas réussir son établissement économique au Canada;

[...]

Dans chaque cas, l'agent doit disposer d'une preuve pour appuyer sa conviction et renverser les présomptions implicites à la désignation de la province. Chaque accord portant sur la désignation des candidats des provinces oblige l'agent d'immigration à consulter un agent de la province désignée concernant l'intention de refuser, et ce, avant que le refus ne soit prononcé.

Si l'agent, après consultation avec la province, a toujours l'intention de refuser la demande, le R87(4) requiert qu'un second agent confirme la décision de refus avant qu'elle ne puisse devenir officielle.

[48] Je souligne que la section 7.8 du guide OP 7-B ne précise pas les motifs de refus pour lesquels il est nécessaire d'obtenir une confirmation d'un autre agent

the applicant's argument that section 7.8 applies to all grounds of refusal, including the determination that a foreign national does not intend to reside in the nominating province, I am not persuaded the Officer's decision is unreasonable.

[49] While the broad language of section 7.8 of OP 7-B may permit an interpretation of section 87 of the IRPR that is different than the one reached by the Officer, I find the Officer's decision is nonetheless justified in light of this possibility. Departmental policy documents, including OP 7-B, can assist the Court in determining the reasonableness of the Officer's decision, but they are not law and the Minister is not bound by them (*Sran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 791, 11 Imm. L.R. (4th) 74, at paragraph 17; *Vavilov*, at paragraph 94). Given the broad language of section 7.8 of OP 7-B, and that the Officer adopted an internally coherent interpretation of section 87 of the IRPR that is justified in relation to the jurisprudence, I find the Officer's decision is nonetheless justified, transparent, and intelligible in light of the interpretation of OP 7-B proposed by the applicant (*Vavilov*, at paragraph 99).

*C. Did the Officer breach their duty of fairness?*

[50] The applicant submits the Officer breached their duty of fairness by not providing the applicant with written notice of the concerns respecting the applicant's intention to reside in New Brunswick before refusing the applicant's permanent residence application.

[51] The duty of fairness requires administrative decision makers to provide an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered (*Baker*, at paragraph 22). As affirmed in *Vavilov*, at paragraph 77, the content of the duty of fairness in a particular case depends on the circumstances and is assessed by considering the following factors:

conformément au paragraphe 87(4) du RIPR. Même si j'accepte l'argument de la demanderesse selon lequel la section 7.8 s'applique à tous les motifs de refus, y compris la décision selon laquelle un étranger ne cherche pas à s'établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation, je ne suis pas convaincu que la décision de l'agent est déraisonnable.

[49] Bien que le libellé général de la section 7.8 du guide OP 7-B puisse donner lieu à une interprétation de l'article 87 du RIPR différente de celle retenue par l'agent, je conclus que la décision de l'agent était néanmoins justifiée compte tenu de cette possibilité. Les documents de politique du ministère, y compris le guide OP 7-B, peuvent aider la Cour à déterminer le caractère raisonnable de la décision de l'agent, mais ils n'ont pas force de loi et ne lient pas le ministre (*Sran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 791, au paragraphe 17; *Vavilov*, au paragraphe 94). Compte tenu du libellé général de la section 7.8 du guide OP 7-B et du fait que l'agent a retenu une interprétation intrinsèquement cohérente de l'article 87 du RIPR qui est justifiée au regard de la jurisprudence, je conclus que la décision de l'agent est néanmoins justifiée, transparente et intelligible au regard de l'interprétation du guide OP 7-B proposée par la demanderesse (*Vavilov*, au paragraphe 99).

*C. L'agent a-t-il manqué à son obligation d'agir équitablement?*

[50] La demanderesse soutient que l'agent a manqué à son obligation d'agir équitablement parce qu'il ne lui a pas fourni un avis écrit concernant ses réserves quant à l'intention de la demanderesse de s'établir au Nouveau-Brunswick avant de rejeter la demande de résidence permanente de celle-ci.

[51] L'obligation d'agir équitablement exige que les décideurs administratifs donnent la possibilité aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés (*Baker*, au paragraphe 22). Comme le confirme l'arrêt *Vavilov* au paragraphe 77, le contenu de l'obligation d'équité procédurale dans un cas donné dépend des circonstances et est évalué conformément aux facteurs suivants :

- |  |   |
|--|---|
| (a) the nature of the decision being made and the process followed in making it; | a) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; |
| (b) the nature of the statutory scheme;  | b) la nature du régime législatif;  |
| (c) the importance of the decision to the individual or individuals affected;    | c) l'importance de la décision pour l'individu ou les individus visés;        |
| (d) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and      | d) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision;            |
| (e) the choices of procedure made by the administrative decision maker itself.   | e) les choix de procédure faits par le décideur administratif lui-même.       |

[52] Applying the above factors, I find the duty of fairness owed by the Officer to the applicant falls at the lower end of the spectrum (*Yasmin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 383, at paragraph 18).

[52] En appliquant les facteurs énoncés ci-dessus, je conclus que l'obligation de l'agent d'agir équitablement envers la demanderesse se situe à l'extrémité inférieure du spectre (*Yasmin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 383, au paragraphe 18).

[53] With that relatively low threshold in mind, I find the Officer did not breach their duty of fairness to the applicant. The Officer's duty of fairness required the Officer to provide the applicant with opportunities to respond to credibility concerns during the interview; the Officer was not required to provide the applicant with written notice of those concerns prior to rendering their decision (*Ali v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1247, 398 F.T.R. 303, at paragraphs 91–93; *De Azeem v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1043, at paragraph 37; *Khwaja v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 522, at paragraphs 17–21). The Officer fulfilled this duty by providing the applicant with meaningful opportunities to respond to their concerns during the interview.

[53] En gardant ce seuil relativement bas à l'esprit, je conclus que l'agent n'a pas manqué à son obligation d'agir équitablement envers la demanderesse. L'obligation d'agir équitablement exigeait que l'agent accorde à la demanderesse la possibilité de répondre à ses réserves quant à la crédibilité pendant l'entrevue; l'agent n'était pas tenu de fournir à la demanderesse un avis écrit concernant ces réserves avant de rendre sa décision (*Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1247, aux paragraphes 91–93; *De Azeem c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1043, au paragraphe 37; *Khwaja c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2006 CF 522, aux paragraphes 17–21). L'agent s'est acquitté de cette obligation en accordant à la demanderesse des occasions significatives de répondre à ses réserves pendant l'entrevue.

[54] In arguing the Officer did not provide the applicant with a sufficient opportunity to respond, the applicant relies upon *Gedara v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 209 (*Gedara*) and *Bideh v. New Brunswick (Minister of Post-Secondary Education, Training and Labour)*, 2016 NBQB 192, 47 Imm. L.R. (4th) 287 (*Bideh*).

[54] Pour faire valoir que l'agent ne lui a pas fourni une occasion suffisante de répondre à ses réserves, la demanderesse s'appuie sur les décisions *Gedara c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 209 (*Gedara*) et la décision *Bideh c. Nouveau-Brunswick (Ministre de l'éducation postsecondaire, de la formation et du travail)*, 2016 NBBR 192 (*Bideh*).

[55] I find both *Gedara* and *Bideh* are distinguishable from the case at hand.

[56] In *Gedara*, Justice Manson held a visa officer breached their duty of fairness because the GCMS notes did not display whether “the concern regarding the Applicant’s ability to become economically established was specifically put to him, in the interview or otherwise, such that he was given an opportunity to respond” (*Gedara*, at paragraph 35) (emphasis added). Unlike the foreign national in *Gedera*, the applicant in this case was provided an opportunity to respond to the Officer’s concerns at the interview.

[57] Similarly, the foreign national in *Bideh* was not informed of the specific concerns that resulted in the determination that he did not intend to reside in New Brunswick, only that the provincial authority was not convinced of his “commitment to New Brunswick” (*Bideh*, at paragraphs 36–37). In this case, the Officer clearly explained their concerns to the applicant and provided the applicant with opportunities to address those concerns, as exemplified by the Officer’s statements during the January 17, 2020, interview:

I notice that you seem to have a pre-occupation with your children living and studying in Cda. It seems to be your chief focus, more so than the business you are proposing. All of this reflects on your credibility and makes me think perhaps you are using this PNP program [*sic*] simply as a means of getting status in Cda and makes me think that perhaps you intend to reside somewhere in Cda other than NB. Would you like to respond to that concern?

...

You failed to disclose the previous visa refusals and you failed to disclose the correct country of birth for your youngest child. I think it’s quite possible that you did these things deliberately in order to try and deceive us... I also notice that you have relatives living in other parts of Cda, so that is a pull factor for you to go those [*sic*] parts of Cda instead of NB. Would you like to respond?

[55] Je conclus que les décisions *Gedara* et *Bideh* se distinguent toutes deux de la présente affaire.

[56] Dans la décision *Gedara*, le juge Manson a conclu qu’un agent des visas avait manqué à son obligation d’agir équitablement, car les notes du SMGC ne précisait pas si « la préoccupation concernant la capacité du demandeur à réussir son établissement économique au Canada lui [avait] été précisément communiquée, dans l’entrevue ou autrement, afin qu’il (eût eu) la possibilité d’y répondre » (*Gedara*, au paragraphe 35) (non souligné dans l’original). Contrairement au ressortissant étranger dans l’affaire *Gedara*, la demanderesse en l’espèce a eu l’occasion de répondre aux réserves de l’agent pendant l’entrevue.

[57] De même, dans l’affaire *Bideh*, la ressortissante étrangère n’a pas été informée des préoccupations particulières qui ont mené à la conclusion qu’elle n’avait pas l’intention de résider au Nouveau-Brunswick. Elle a seulement été avisée que l’autorité provinciale n’était pas convaincue de son « engagement envers le Nouveau-Brunswick » (*Bideh*, aux paragraphes 36 et 37). En l’espèce, l’agent a clairement expliqué ses réserves à la demanderesse et lui a donné des occasions d’y répondre, comme l’illustrent les déclarations de l’agent pendant l’entrevue du 17 janvier 2020 :

[TRADUCTION] Je remarque que vous semblez avoir des préoccupations quant à la possibilité que vos enfants habitent et étudient au Canada. Il semble s’agir de votre principal objectif, qui paraît plus important que l’entreprise que vous proposez de lancer. Tous ces facteurs ont une incidence sur votre crédibilité et me portent à croire que vous utilisez peut-être le PCP uniquement pour obtenir un statut d’immigration au Canada et que vous avez peut-être l’intention d’habiter ailleurs qu’au Nouveau-Brunswick. Voulez-vous répondre à ces réserves?

[...]

Nous n’avez pas divulgué les demandes de visa refusées par le passé ni le bon pays de naissance de votre plus jeune enfant. Je pense qu’il est fort possible que vous ayez agi ainsi délibérément pour tenter de nous tromper [...] Je remarque également que des membres de votre famille habitent ailleurs au Canada, ce qui crée un facteur d’attirance vers ces endroits du Canada au lieu du Nouveau-Brunswick. Voulez-vous réagir à ces déclarations?

...

[...]

You are proposing to live in another country and invest a lot of money. Why would you not draw up a proper business plan on paper? [Emphasis added.]

Vous proposez de vivre dans un autre pays et d'y investir beaucoup d'argent. Pourquoi n'avez-vous pas rédigé un plan d'affaires valable sur papier? [Non souligné dans l'original.]

[58] I find the applicant knew the Officer's credibility concerns and had a meaningful opportunity to respond to those concerns. The applicant provided responses to each of the Officer's questions; she did not request the opportunity to provide further evidence or submissions; and she affirmed it was her responsibility to clarify if she did not understand the interpreter or a question, but requested no such clarifications.

[58] Je conclus que la demanderesse connaissait les réserves de l'agent quant à sa crédibilité et qu'elle a eu des occasions significatives d'y répondre. La demanderesse a répondu à chacune des questions de l'agent, elle n'a pas demandé qu'on lui donne la possibilité de fournir d'autres éléments de preuve ou observations, et elle a confirmé qu'elle avait la responsabilité de demander des précisions si elle ne comprenait pas l'interprète ou une question, mais elle ne l'a pas fait.

#### V. Certified Question

#### V. Question certifiée

[59] The applicant proposes the following question for certification to permit an appeal under paragraph 74(d) of the [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] IRPA:

[59] La demanderesse propose que la question suivante soit certifiée pour qu'il soit possible d'interjeter appel au titre de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (LIPR) :

Does a federal immigration official's decision to deny permanent residency on the basis of paragraph 87(2)(b) of the *IRPR* trigger the subsection 87(4) concurrence requirement?

La décision d'un agent d'immigration fédéral de rejeter une demande de résidence permanente au titre de l'alinéa 87(2)b) du RIPR fait-elle en sorte qu'il est nécessaire d'obtenir la confirmation d'un autre agent comme le prévoit le paragraphe 87(4)?

[60] The respondent asserts this question does not satisfy the test for certification, as the question is not "a serious question that is dispositive of the appeal, transcends the interests of the parties and raises an issue of broad significance or general importance" (*Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, at paragraph 46).

[60] Le défendeur affirme que cette question ne répond pas aux critères de certification, car une question à certifier doit être « déterminante quant à l'issue de l'appel, transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale » (*Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, au paragraphe 46), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[61] A question cannot raise an issue of broad significance or general importance if the law on that question is well settled (*Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199, at paragraph 36). As discussed in paragraphs 41–42 of this judgment, the jurisprudence is clear that the concurrence requirement under subsection 87(4) of the IRPR is not triggered by a determination under paragraph 87(2)(b) that

[61] Une question ne peut avoir des conséquences importantes ou être de portée générale si le droit sur cette question est bien établi (*Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, au paragraphe 36). Comme je l'indique aux paragraphes 41 et 42 du présent jugement, il ressort clairement de la jurisprudence que la nécessité d'obtenir une confirmation d'un autre agent comme le prévoit l'article 87(4) du RIPR ne découle pas

a foreign national does not have an intent to reside in the province that nominated them (*Kikeshian*, at paragraph 17; *Ransanz*, at paragraph 25). I find my colleagues' decisions are highly persuasive, and the applicant has not presented any jurisprudence that casts doubt upon them. As such, I decline to certify the applicant's proposed question.

## VI. Conclusion

[62] I find the Officer's decision was reasonable and made in accordance with the principles of procedural fairness. I therefore dismiss this application for judicial review.

[63] Lastly, I dismiss the applicant's request to certify a question for appeal, as the question proposed is not a serious question of general importance within the meaning of paragraph 74(d) of the IRPA.

### JUDGMENT in IMM-2167-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application for judicial review is dismissed.
2. No question is certified.

d'une décision selon laquelle l'étranger ne cherche pas à s'établir dans la province qui a délivré le certificat de désignation, comme l'exige l'alinéa 87(2)b) (*Kikeshian*, au paragraphe 17; *Ransanz*, au paragraphe 25). Je conclus que les décisions de mes collègues sont très convaincantes et que la demanderesse n'a pas présenté de jurisprudence soulevant des doutes sur ces décisions. Par conséquent, je refuse de certifier la question proposée par la demanderesse.

## VI. Conclusion

[62] Je conclus que la décision de l'agent était raisonnable et a été prise conformément aux principes de l'équité procédurale. Je rejette donc la présente demande de contrôle judiciaire.

[63] Enfin, je rejette la demande de certification présentée par la défenderesse en vue d'un appel, car la question proposée n'est pas une question grave de portée générale au sens de l'alinéa 74d) de la LIPR.

### JUGEMENT dans le dossier IMM-2167-20

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucune question n'est certifiée.

IMM-7034-19  
2021 FC 575

IMM-7034-19  
2021 CF 575

**Giacomo Metallo** (*Applicant*)

**Giacomo Metallo** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, McHaffie J.—By videoconference, March 31; Ottawa, June 9, 2021.

Cour fédérale, juge McHaffie—Par vidéoconférence, 31 mars; Ottawa, 9 juin 2021.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Humanitarian and Compassionate Considerations — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant's appeal from respondent's delegate's decision concluding that applicant's humanitarian and compassionate (H&C) considerations not justifying retention of his permanent resident status — Departure order therefore issued — In prior decisions dealing with acquiring permanent resident status, IAD using date officer prepared inadmissibility report assessing residency obligation — However, in applicant's case, IAD used date applicant applied for his permanent resident card — Applicant becoming permanent resident of Canada in 1972 as toddler when arriving with parents from Italy — Spent his childhood in Canada before returning to Italy with family in 1982 — Started returning to Canada to visit family in 2009; then arrived to stay in 2016 — Applicant applying for permanent resident card in November 2015 — Application reviewed by immigration officer on November 14, 2016 who concluded that applicant not complying with residency obligation of Immigration and Refugee Protection Act, s. 28 — Section requiring permanent residents to be physically present in Canada for 730 days in each five-year period — Immigration officer assessing applicant's case referring to two relevant five-year periods: five years prior to his application for permanent resident card; five years prior to review — Applicant's shortfall 40 percent under period prior to application, 18 percent under period prior to review — Officer stating that Act, s. 28(2)(a)(i) requiring period prior to application be used — On appeal, IAD finding applicant's breach of residency obligation significant — Whether IAD erring in assessing applicant's H&C factors with reference to residency shortfall during five-year period prior to date of his application; whether IAD erring in considering applicant's other H&C factors — IAD previously concluding that applicable five-year period was five-year period preceding Act, s. 44 report — However, in current case,*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Motifs d'ordre humanitaire — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a rejeté l'appel interjeté par le demandeur à l'encontre d'une décision de la déléguée du défendeur, qui a conclu que les motifs d'ordre humanitaire présentés par le demandeur ne justifiaient pas le maintien de son statut de résident permanent — Une mesure de renvoi a donc été prise — Dans des décisions antérieures portant sur l'obtention du statut de résident permanent, la SAI a pris en compte la date à laquelle un agent avait établi un rapport d'interdiction de territoire aux fins du contrôle de l'obligation de résidence — Toutefois, dans le cas du demandeur, la SAI a pris en compte la date à laquelle le demandeur avait présenté sa demande de carte de résident permanent — Le demandeur est devenu un résident permanent du Canada en 1972 lorsqu'il est arrivé de l'Italie avec ses parents pendant qu'il était enfant — Il a passé son enfance au Canada avant de retourner en Italie avec sa famille en 1982 — Il a commencé à revenir au Canada en 2009 pour rendre visite à des membres de sa famille; puis il est arrivé au pays pour y rester en 2016 — Le demandeur a demandé une carte de résident permanent en novembre 2015 — Cette demande a été examinée par un agent d'immigration le 14 novembre 2016; l'agent a conclu que le demandeur ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'art. 28 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Aux termes de cette disposition, les résidents permanents doivent être effectivement présents au Canada pendant 730 jours durant une période quinquennale — L'agent d'immigration qui a apprécié la demande du demandeur a renvoyé à deux périodes quinquennales pertinentes : la période quinquennale précédant sa demande de carte de résident permanent et la période quinquennale précédant l'examen — Cela représentait un écart de 40 p. 100 pour la période précédant la demande et de 18 p. 100 pour la période précédant le contrôle — L'agent a*

*IAD adopted contrary approach by considering five-year period ending on date of application — Although IAD clearly turning its mind to question of applicable “examination,” not providing explanation why triggering “examination” was date of application rather than date on which Act, s. 44 report prepared — Unexplained departure from IAD’s prior approach to determination of relevant five-year period unreasonable in present case even though lack of explanation likely stemming from parties not having identified issue — Determination of applicable five-year period having impact on applicant’s case — Extent of non-compliance with residency obligation was material factor in assessing whether H&C considerations justified retention of permanent resident status — IAD considered applicant’s breach of residency obligation to be significant — Not possible to say that difference in extent of shortfall between two five-year periods in applicant’s case would not have affected IAD’s consideration of H&C factors — IAD’s decision set aside; matter remitted for redetermination by different IAD panel — Application allowed.*

This was an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing the applicant’s appeal from a decision of the respondent’s delegate concluding that the applicant’s humanitarian and compassionate (H&C) considerations did not justify retention of his permanent resident status, noting that the extent of his non-compliance was significant. A departure order was therefore issued. This case had to determine what five-year period should be used in an H&C assessment for someone living in Canada who applied for a permanent resident card: the five years ending on the date of the application or the five years ending on the date of the officer’s decision. In prior decisions dealing with acquiring permanent resident status, the IAD has used the date an officer prepared an inadmissibility report assessing the residency obligation. However, in the applicant’s case the IAD used the date the applicant applied

*soutenu que, selon l’art. 28(2)a)(i) de la Loi, il fallait prendre en considération la période précédant la date de la demande — En appel, la SAI a conclu que le manquement du demandeur à l’obligation de résidence était important — Il s’agissait de savoir si la SAI a commis une erreur dans l’appréciation des motifs d’ordre humanitaire que le demandeur a soulevés en ce qui concerne son manquement à l’obligation de résidence au cours de la période quinquennale précédant la date à laquelle il a présenté sa demande, et si la SAI a commis une erreur dans la prise en compte des autres motifs d’ordre humanitaire qu’il a soulevés — La SAI a précédemment conclu que la période quinquennale qui s’appliquait était celle qui précédait l’établissement du rapport au titre de l’art. 44 — Or, en l’espèce, la SAI a adopté l’approche contraire en prenant en compte la période quinquennale qui avait pris fin à la date de la présentation de la demande — Bien que la SAI se soit clairement penchée sur la question du contrôle visé, elle n’a pas expliqué pourquoi la date déterminante quant au « contrôle » était la date de la demande au lieu de la date de l’établissement du rapport au titre de l’art. 44 — L’écart inexpliqué par rapport à la pratique antérieure de la SAI pour la définition de la période quinquennale visée était déraisonnable dans la présente affaire même si l’absence d’explication tenait vraisemblablement au fait que les parties n’ont pas relevé la question — La détermination de la période quinquennale applicable a eu une incidence sur le dossier du demandeur — L’étendue du manquement à l’obligation de résidence constituait un facteur important dans l’appréciation de la question de savoir si des motifs d’ordre humanitaire justifiaient le maintien du statut de résident permanent — La SAI a estimé que le manquement à l’obligation de résidence était important — Il était impossible d’affirmer que la différence dans l’étendue du manquement entre les deux périodes quinquennales dans le cas du demandeur n’aurait pas eu d’incidence sur la prise en compte par la SAI des motifs d’ordre humanitaire — La décision de la SAI a été annulée, et l’affaire a été renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SAI pour un nouvel examen — Demande accueillie.*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Section d’appel de l’immigration (SAI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté l’appel interjeté par le demandeur à l’encontre d’une décision de la déléguée du défendeur, qui a conclu que les motifs d’ordre humanitaire présentés par le demandeur ne justifiaient pas le maintien de son statut de résident permanent, soulignant que l’inobservation de l’obligation de résidence était importante. Une mesure de renvoi a donc été prise. Dans la présente affaire, il fallait déterminer quelle période quinquennale devrait être prise en compte dans l’appréciation des motifs d’ordre humanitaire pour une personne qui réside au Canada et qui a demandé une carte de résident permanent : la période quinquennale qui a pris fin à la date de la demande ou la période quinquennale qui a pris fin à la date de la décision de l’agent. Dans des décisions antérieures portant sur l’obtention



for his permanent resident card. This had a material effect on the IAD's assessment of the residency shortfall and thus the H&C assessment.

The applicant became a permanent resident of Canada in 1972 when he came from Italy with his parents as a toddler. He spent his childhood in Canada before returning to Italy with his family in 1982. He started returning to Canada to visit family in 2009. He spent between a few weeks and a few months per year in Canada between then and when he arrived to stay in 2016. The applicant applied for a permanent resident card in November 2015. The application was reviewed by an immigration officer on November 14, 2016 who concluded that the applicant did not comply with the residency obligation of section 28 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. That section requires permanent residents to be physically present in Canada for 730 days in each five-year period. The immigration officer assessing the applicant's case referred to two relevant five-year periods: the five years prior to his application for a permanent resident card (November 24, 2010 to November 23, 2015) and the five years prior to the review (November 15, 2011 to November 14, 2016). The officer stated that subparagraph 28(2)(a)(i) of the Act required the applicant to accumulate 730 days of residence in the five years prior to the date of his application. However, the calculation was conducted in respect of each of the two indicated five-year periods. In the five-year period prior to the application date, the applicant had been in Canada 436 days, a 40 percent shortfall in the residency obligation. In the five years prior to the review, he had been in Canada for 601 days, an 18 percent shortfall. The officer found the applicant did not meet the 730-day obligation and had not presented H&C factors to justify retaining his permanent resident status. An inadmissibility report was therefore issued pursuant to subsection 44(1) of the Act. The applicant did not hear the result of this review or receive the section 44 report. He ultimately filed another application for a permanent resident card in August 2017. He received that card but was also summoned for an inadmissibility interview with a delegate of the Minister in July 2018. It was not until that interview that the applicant became aware of the inadmissibility report. The Minister's delegate interviewed the applicant respecting the section 44 report. The applicant was apparently advised that the relevant five-year period was five years prior to the date of the report but that the period in question was November 24, 2010 to November 23, 2015 (i.e., five years prior to the date of the application).

du statut de résident permanent, la SAI avait pris en compte la date à laquelle un agent avait établi un rapport d'interdiction de territoire aux fins du contrôle de l'obligation de résidence. Toutefois, dans le cas du demandeur, la SAI a pris en compte la date à laquelle il avait présenté sa demande de carte de résident permanent. Cela a eu un effet concret sur l'appréciation par la SAI du manquement à l'obligation de résidence et, par conséquent, l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire.

Le demandeur est devenu un résident permanent du Canada en 1972 lorsqu'il est arrivé de l'Italie avec ses parents pendant qu'il était enfant. Il a passé son enfance au Canada avant de retourner en Italie avec sa famille en 1982. Il a commencé à revenir au Canada en 2009 pour rendre visite à des membres de sa famille. Il a passé quelques semaines ou quelques mois par année au Canada entre cette date et la date à laquelle il est entré au pays pour y rester, en 2016. Le demandeur a demandé une carte de résident permanent en novembre 2015. Cette demande a été examinée par un agent d'immigration le 14 novembre 2016; l'agent a conclu que le demandeur ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'article 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Aux termes de cette disposition, les résidents permanents doivent être effectivement présents au Canada pendant 730 jours durant une période quinquennale. L'agent d'immigration qui a apprécié la demande du demandeur a renvoyé à deux périodes quinquennales pertinentes : la période quinquennale précédant sa demande de carte de résident permanent (du 24 novembre 2010 au 23 novembre 2015) et la période quinquennale précédant l'examen (du 15 novembre 2011 au 14 novembre 2016). Il a soutenu que, selon le sous-alinéa 28(2)a)(i) de la Loi, le demandeur devait être effectivement présent pour 730 jours pendant la période quinquennale précédant la date de sa demande. Toutefois, le calcul a été effectué à l'égard de chacune des deux périodes quinquennales indiquées. Au cours de la période quinquennale précédant la demande, le demandeur a été effectivement présent au Canada pour 436 jours, soit un écart de 40 p. 100 par rapport à l'obligation de résidence. Pendant les cinq ans précédant le contrôle, il a été présent pour 601 jours au Canada, soit un écart de 18 p. 100. L'agent a conclu que le demandeur n'avait pas respecté l'obligation de résidence de 730 jours et n'avait pas soulevé de motifs d'ordre humanitaire justifiant le maintien de son statut de résident permanent. Il a par conséquent établi un rapport d'interdiction de territoire aux termes du paragraphe 44(1) de la Loi. Le demandeur n'a pas été informé du résultat de ce contrôle ni n'a reçu le rapport établi aux termes de l'article 44. Il a fini par présenter une autre demande de carte de résident permanent en août 2017. Il a reçu la carte demandée, mais il a aussi été convoqué à une entrevue relative à l'interdiction de territoire avec une déléguée du ministre en juillet 2018. Ce n'est qu'à cette entrevue que le demandeur a appris l'existence du rapport d'interdiction de territoire. La

On appeal, the IAD noted that under section 28, a permanent resident must be physically present in Canada for at least 730 days immediately preceding the control. The IAD stated that in this case, the control (examination) was when the applicant filed for a permanent resident card on November 23, 2015. The IAD found that the breach of the residency obligation was significant since it represented more than one third of the number of days of presence legally required. After considering the circumstances of the case, the IAD concluded there were not sufficient H&C grounds to justify special relief to allow the appeal of the departure order and permit the applicant to retain his permanent resident status.

The issues were whether the IAD erred in assessing the applicant's H&C factors with reference to his residency shortfall during the five-year period prior to the date of his application and whether the IAD erred in considering the applicant's other H&C factors.

*Held*, the application should be allowed.

As a general rule, the Court on judicial review will not address arguments that could have been raised before an administrative tribunal but were not. The IAD had the opportunity to decide the issue of the applicable five-year period at first instance, and did so, giving its view that the examination in question was the application for a permanent resident card. The IAD had at its disposal all evidence necessary to reach this conclusion, as both the date of the application and the date of the section 44 report were known, as were the number of days the applicant was in Canada during the respective periods. The respondent did not assert any prejudice arising from the issue being raised at this stage. In this context, in particular the inconsistency between the decision and the IAD's recent case law on the matter, discretion was exercised herein to consider the issue, which could impact the applicant's status as a permanent resident of Canada. In previous cases, the IAD has concluded that the applicable five-year period was the five-year period preceding the section 44 report. As well, a number of Federal Court decisions showed the IAD using the date of the section 44 report as the relevant date for the five-year period where the applicant is in Canada. In the current case,

déléguée du ministre a interrogé le demandeur au sujet du rapport établi aux termes de l'article 44. Le demandeur aurait été informé que la période quinquennale pertinente était cinq ans avant la date du rapport, mais que la période visée était celle du 24 novembre 2010 au 23 novembre 2015 (c.-à-d. cinq ans avant la date de la demande).

En appel, la SAI a souligné que, conformément à l'article 28, le résident permanent doit être effectivement présent au Canada pour au moins 730 jours avant le contrôle. La SAI a affirmé qu'en l'espèce, le contrôle était survenu lorsque le demandeur avait déposé une demande de carte de résident permanent, le 23 novembre 2015. La SAI a conclu que le manquement à l'obligation de résidence était important puisqu'il représentait plus du tiers du nombre de jours de présence requis par la loi. Après avoir pris en compte les circonstances de l'espèce, la SAI a conclu qu'il n'y avait pas de motifs d'ordre humanitaire justifiant la prise de mesures spéciales pour accueillir l'appel interjeté à l'égard de la mesure de renvoi et pour permettre au demandeur de conserver son statut de résident permanent.

Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur dans l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire que le demandeur a soulevés en ce qui concerne son manquement à l'obligation de résidence au cours de la période quinquennale précédant la date à laquelle il a présenté sa demande, et si la SAI a commis une erreur dans la prise en compte des autres motifs d'ordre humanitaire qu'il a soulevés.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

En règle générale, la Cour, lors d'un contrôle judiciaire, n'examinera pas les arguments qui auraient pu être soulevés devant le tribunal administratif, mais qui ne l'ont pas été. La SAI avait l'occasion de trancher la question de la période quinquennale applicable en première instance, et elle l'a fait, en proposant la réponse selon laquelle le contrôle en question était la demande de carte de résident permanent. Elle disposait de tous les éléments de preuve voulus pour en arriver à cette conclusion, puisque tant la date de la demande que la date du rapport établi aux termes de l'article 44 étaient connues, comme l'était aussi le nombre de jours au cours desquels le demandeur a été effectivement présent au Canada pendant les périodes respectives. Le défendeur n'a pas fait valoir de préjudice découlant du fait que la question avait été soulevée à ce stade. Dans le contexte actuel, plus particulièrement la contradiction entre cette décision et la jurisprudence récente de la SAI, le pouvoir discrétionnaire a été exercé pour examiner la question, ce qui pouvait avoir une incidence sur le statut du demandeur en tant que résident permanent du Canada. Dans des affaires antérieures, la SAI a conclu que la période quinquennale qui s'appliquait était celle qui précédait l'établissement du

the IAD adopted the contrary approach by considering only the five-year period ending on the date of the application. The IAD identified this as being the five-year period prior to the examination (or control). Although the IAD clearly turned its mind to the question of the applicable “examination,” it gave no explanation why the triggering “examination” was the date of application rather than the date on which the section 44 report was prepared. While other cases examined may not be enough to constitute “established internal authority,” they included considered opinions of IAD members on the precise issue and appeared to reflect at least a longstanding practice, requiring some justification for departure. The unexplained departure from the IAD’s prior approach to the determination of the relevant five-year period was unreasonable even though the lack of explanation likely stemmed from the parties not having identified the issue.

The determination of the applicable five-year period had an impact on the applicant’s case. The respondent’s argument that the use of the earlier five-year window was not determinative given the IAD’s assessment of the shortfall and its determinations on the other H&C factors was rejected. The extent of non-compliance with the residency obligation was a material factor in assessing whether H&C considerations justified the retention of permanent resident status. The IAD considered the breach of the residency obligation significant since it represented more than one third of the number of days of presence legally required. The IAD’s consideration of the extent of the shortfall was sufficiently material to its rejection of the applicant’s appeal that it could not be concluded that the result would have been the same if the later five-year window had been used. While there may be no bright line between what is a “significant breach” and a “not significant breach,” it was not possible to say that the difference in the extent of the shortfall between the two five-year periods in the applicant’s case would not have affected the IAD’s consideration of the H&C factors.

Regarding the IAD’s analysis on the H&C factors, in assessing the reasons why the applicant left Canada, the IAD noted he had returned to Italy with his family as a child. Based on a passage the IAD quoted from *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, it concluded that “the application of a special measure to the situation of the Appellant would be tantamount to endorsing the parents’ decision, which

rapport au titre de l’article 44. En outre, quelques décisions de la Cour fédérale ont montré que la SAI a pris en compte la date du rapport établi au titre de l’article 44 comme date pertinente quant à la période quinquennale lorsque le demandeur était au Canada. En l’espèce, la SAI a adopté l’approche contraire en prenant en compte uniquement la période quinquennale qui avait pris fin à la date de la présentation de la demande. Elle l’a définie comme étant la période quinquennale précédant le contrôle. Bien que la SAI se soit clairement penchée sur la question du contrôle visé, elle n’a pas expliqué pourquoi la date déterminante quant au « contrôle » était la date de la demande au lieu de la date de l’établissement du rapport au titre de l’article 44. Même si d’autres affaires examinées peuvent ne pas être suffisantes pour constituer une « jurisprudence interne constante », elles n’en ont pas moins fait état de l’opinion arrêtée de commissaires de la SAI sur cette question en particulier et ont semblé refléter du moins une pratique de longue date de sorte que tout écart à cet égard se doit d’être justifié. L’écart inexpliqué par rapport à la pratique antérieure de la SAI pour la définition de la période quinquennale visée était déraisonnable même si l’absence d’explication tenait vraisemblablement au fait que les parties n’ont pas relevé la question.

La détermination de la période quinquennale applicable a eu une incidence sur le dossier du demandeur. L’argument du défendeur selon lequel la prise en compte de la première période quinquennale n’était pas déterminante étant donné l’appréciation du manquement effectuée par la SAI et sa conclusion quant aux autres motifs d’ordre humanitaire ont été écartés. L’étendue du manquement à l’obligation de résidence constituait un facteur important dans l’appréciation de la question de savoir si des motifs d’ordre humanitaire justifiaient le maintien du statut de résident permanent. La SAI a estimé que le manquement à l’obligation de résidence était important puisqu’il représentait plus du tiers du nombre de jours de présence requis par la loi. La prise en compte par la SAI de l’étendue du manquement était suffisamment importante dans son rejet de l’appel du demandeur qu’il était impossible de conclure que l’issue aurait été la même si elle avait pris en compte la période quinquennale ultérieure. Bien qu’il puisse fort ne pas y avoir de démarcation franche entre ce qui est un manquement important et ce qui n’en est pas un, il était impossible d’affirmer que la différence dans l’étendue du manquement entre les deux périodes quinquennales dans le cas du demandeur n’aurait pas eu d’incidence sur la prise en compte par la SAI des motifs d’ordre humanitaire.

En ce qui concerne l’évaluation par la SAI des facteurs d’ordre humanitaire, en analysant les raisons pour lesquelles le demandeur avait quitté le Canada, la SAI a souligné qu’il était retourné en Italie avec sa famille quand il était enfant. Sur la foi d’un extrait qu’elle a tiré de l’affaire *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, la SAI conclut que « la prise de mesures spéciales eu égard à la situation de

would be contrary to the case law”. It therefore evaluated “negatively” the factor relating to the reasons for leaving Canada. However, *Lai* does not suggest that granting an appeal based on H&C factors would be “tantamount to endorsing the parents’ decision.” Nor would such a result be contrary to the reasoning in *Lai*. To the contrary, the Federal Court has previously recognized that *Lai* does not preclude considerations of age at departure (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Ma*). While *Lai* recognizes that a claim to relief should not be enhanced by a parent’s decision to remove a child, this does not mean that this must or should be treated as a negative factor in an H&C assessment. Given the conclusions regarding the applicable five-year period, it was not necessary to assess whether the IAD’s approach to some of the H&C issues constituted an error sufficient to render the decision unreasonable.

Therefore, the decision of the IAD was set aside and the matter was remitted for redetermination by a different panel of the IAD.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 28, 44, 67(1)(c).  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 28, 62(1).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada v. (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Ma*, 2017 FC 886, 53 Imm. L.R. (4th) 171.

##### CONSIDERED:

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Rastgou v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 CanLII 129864 (I.R.B.); *Parikh v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 13, affg 2015 CanLII 92733 (I.R.B.); *Li v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 187, affg 2017 CanLII 63732 (I.R.B.); *Huang v. Canada (Citizenship*

*Immigration)* l’appelant équivaudrait à soutenir la décision des parents, ce qui serait contraire à la jurisprudence ». Elle a par conséquent évalué « de façon défavorable » le facteur lié aux motifs de départ du Canada. Toutefois, la décision *Lai* ne donne pas à penser que le fait de faire droit à un appel fondé sur des motifs d’ordre humanitaire équivaudrait à « soutenir la décision des parents ». Un tel résultat ne serait pas non plus contraire au raisonnement énoncé dans la décision *Lai*. Au contraire, la Cour fédérale a déjà reconnu que la décision *Lai* n’empêche pas la prise en compte de l’âge au moment du départ (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ma*). En dépit du fait que la décision *Lai* reconnaît qu’une demande de réparation ne devrait pas être renforcée par la décision d’un parent de faire quitter le pays à un enfant, cela ne signifie pas que cet élément doit ou devrait être traité de façon défavorable dans une appréciation des motifs d’ordre humanitaire. Étant donné les conclusions en ce qui concerne la période quinquennale qui s’appliquait, il n’était pas nécessaire d’examiner la question de savoir si l’approche adoptée par la SAI à l’égard des questions liées à l’existence de motifs d’ordre humanitaire constituait une erreur suffisante pour rendre la décision déraisonnable.

Par conséquent, la décision de la SAI a été annulée, et l’affaire a été renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SAI pour un nouvel examen.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 28, 44, 67(1)c).  
*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 28, 62(1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ma*, 2017 CF 886.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Rastgou c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CanLII 129864 (C.I.S.R.); *Parikh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 13, confirmant 2015 CanLII 92733 (C.I.S.R.); *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 187, confirmant 2017 CanLII 63732 (C.I.S.R.); *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

and Immigration), 2020 FC 327, affg 2019 CanLII 30481 (I.R.B.); *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1359, 60 Imm. L.R. (3d) 17.

REFERRED TO:

*Gazi v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 993; *Oleynik v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 5, 441 D.L.R. (4th) 744; *Yahaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1570; *Amoroch-Diaz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 CanLII 76301 (I.R.B.); *Tantoush v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 245, 450 F.T.R. 133; *Behl v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1255; *Sanchez Rebaza v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 509; *Gilbert v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 CanLII 77079 (I.R.B.); *Razaghi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 99644 (I.R.B.); *Ambat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 CanLII 80733 (I.R.B.), affd 2011 FC 292, 386 F.T.R. 35.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Overseas Processing (OP)*, Chapter OP 10: “Permanent Residency Status Determination”.

APPLICATION for judicial review of a decision (2019 CanLII 129108 (I.R.B.)) of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant’s appeal from a decision of the respondent’s delegate concluding that the humanitarian and compassionate considerations of the applicant did not justify retention of his permanent resident status. Application allowed.

APPEARANCES

*Arghavan Gerami* for applicant.  
*Yusuf Khan* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

*Gerami Law Professional Corporation*, Ottawa, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

2020 CF 327, confirmant 2019 CanLII 30481 (C.I.S.R.); *Lai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2006 CF 1359.

DÉCISIONS CITÉES :

*Gazi c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 993; *Oleynik c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 5; *Yahaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1570; *Amoroch-Diaz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CanLII 76301 (C.I.S.R.); *Tantoush c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 245; *Behl c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1255; *Sanchez Rebaza c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 509; *Gilbert c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CanLII 77079 (C.I.S.R.); *Razaghi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 99644 (C.I.S.R.); *Ambat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CanLII 80733 (C.I.S.R.), conf. par 2011 CF 292.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Traitement des demandes à l'étranger (OP)*, chapitre OP 10 « Détermination du statut de résident permanent ».

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision (2019 CanLII 129108 (C.I.S.R.)) par laquelle la Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié a rejeté l’appel interjeté par le demandeur à l’encontre d’une décision de la déléguée du défendeur, qui a conclu que les motifs d’ordre humanitaire présentés par le demandeur ne justifiaient pas le maintien de son statut de résident permanent. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Arghavan Gerami* pour le demandeur.  
*Yusuf Khan* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gerami Law Professional Corporation*, Ottawa, pour le demandeur.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour le défendeur.

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

McHAFFIE J.:

I. Overview

[1] Every Canadian permanent resident is required to comply with a residency obligation, which typically requires physical presence in Canada for 730 days in each five-year period. The obligation applies to every five-year period, but it is sufficient to show it is met in respect of the five-year period “immediately before the examination” during which it is assessed. A breach of the residency obligation is overcome if an officer concludes that humanitarian and compassionate (H&C) considerations justify the retention of permanent resident status. The main issue in this case is what five-year period should be used in an H&C assessment for someone living in Canada who applied for a permanent resident card: the five years ending on the date of the application or the five years ending on the date of the officer’s decision.

[2] In prior decisions dealing with this circumstance, the Immigration Appeal Division (IAD) has used the date an officer prepared an inadmissibility report assessing the residency obligation. This approach is also seen in decisions of this Court, although not as a contested issue. However, in Giacomo Metallo’s case the IAD used the date he applied for his permanent resident card: *Metallo v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 CanLII 129108 (I.R.B.) (IAD Decision), at paragraph 9. This had a material effect on the IAD’s assessment of the residency shortfall and thus the H&C assessment. I conclude this unexplained departure from prior decisions is unreasonable, and requires Mr. Metallo’s appeal to be redetermined. I reach this conclusion even though Mr. Metallo’s counsel did not object to the use of the application date or the shortfall count at his IAD hearing. While an applicant is typically precluded from relying on arguments on judicial review that were not raised before an administrative

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

LE JUGE McHAFFIE :

I. Aperçu

[1] Tous les résidents permanents canadiens doivent se conformer à une obligation de résidence, qui suppose généralement qu’ils soient effectivement présents au Canada pour au moins 730 jours pendant chaque période quinquennale. L’obligation s’applique à toutes les périodes quinquennales, mais il suffit de prouver qu’elle est respectée pour la période quinquennale « précédant le contrôle » au cours de laquelle elle est appréciée. Le manquement à cette obligation est remédié si un agent conclut que des motifs d’ordre humanitaire justifient le maintien du statut de résident permanent. La question principale à trancher en l’espèce est celle de savoir quelle période quinquennale devrait être prise en compte dans l’appréciation des motifs d’ordre humanitaire pour une personne qui réside au Canada et qui a demandé une carte de résident permanent : la période quinquennale qui a pris fin à la date de la demande ou la période quinquennale qui a pris fin à la date de la décision de l’agent.

[2] Dans des décisions antérieures dans lesquelles la question s’était posée, la Section d’appel de l’immigration (la SAI) avait pris en compte la date à laquelle un agent avait établi un rapport d’interdiction de territoire établi aux fins du contrôle de l’obligation de résidence. Cette approche a aussi été relevée dans des décisions de la Cour, mais pas en tant que question contestée. Toutefois, dans le cas de M. Giacomo Metallo, la SAI a pris en compte la date à laquelle il avait présenté sa demande de carte de résident permanent : *Metallo c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CanLII 129108 (C.I.S.R.) (la décision de la SAI), au paragraphe 9. Cela a eu un effet concret sur l’appréciation par la SAI du manquement à l’obligation de résidence et, par conséquent, l’appréciation des motifs d’ordre humanitaire. Je conclus que cet écart inexpliqué par rapport à des décisions antérieures est déraisonnable et suppose le réexamen de l’appel interjeté par M. Metallo. C’est ce que je conclus même si le conseil de M. Metallo ne s’est

tribunal, I conclude the Court should exercise its discretion to consider the issue in the circumstances of this case.

[3] The application for judicial review is therefore allowed. Mr. Metallo's appeal is remitted to the IAD for redetermination by another member.

## II. Issues and Standard of Review

[4] Mr. Metallo raises the following issues on this application for judicial review:

- A. Did the IAD err in assessing Mr. Metallo's H&C factors with reference to his residency shortfall during the five-year period prior to the date of his application?
- B. Did the IAD err in considering Mr. Metallo's other H&C factors?

[5] The parties agree the IAD's decision on these issues is reviewable on the reasonableness standard: *Canada v. (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 [*Vavilov*], at paragraphs 16–17, 23–25 and 115; *Gazi v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 993, at paragraphs 17–19.

[6] A reasonable decision is one that bears the “hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and [is] justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision”: *Vavilov*, at paragraph 99. Relevant “legal constraints” that bear on the decision include the relevant statutory scheme, prior binding precedent, the past decisions of the administrative body, and the submissions

pas opposée à la prise en compte de la date figurant sur la demande ou au calcul du nombre de jours manquants eu égard à l'obligation de résidence lors de l'audience devant la SAI. Bien qu'il soit habituellement interdit à un demandeur de soulever en contrôle judiciaire des arguments qui n'ont pas été présentés devant un tribunal administratif, je conclus que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'examiner la question dans les circonstances de l'espèce.

[3] La demande de contrôle judiciaire est donc accueillie. L'appel de M. Metallo est renvoyé à la SAI pour qu'un autre commissaire rende une nouvelle décision.

## II. Questions en litige et norme de contrôle

[4] M. Metallo soulève les questions suivantes dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire :

- A. La SAI a-t-elle commis une erreur dans l'appréciation des motifs d'ordre humanitaire qu'il a soulevés en ce qui concerne son manquement à l'obligation de résidence au cours de la période quinquennale précédant la date à laquelle il a présenté sa demande?
- B. La SAI a-t-elle commis une erreur dans la prise en compte des autres motifs d'ordre humanitaire qu'il a soulevés?

[5] Les parties conviennent que la décision de la SAI quant à ces questions est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 [*Vavilov*], aux paragraphes 16, 17, 23 à 25 et 115; *Gazi c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 993, aux paragraphes 17 à 19.

[6] Une décision raisonnable présente « les caractéristiques d'une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité, et [elle] est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » : *Vavilov*, au paragraphe 99. Les « contraintes juridiques » pertinentes qui ont une incidence sur la décision comprennent notamment le régime législatif applicable, les précédents

of the parties: *Vavilov*, at paragraphs 106, 108–112 and 127–132.

### III. Analysis

#### A. *The IAD Unreasonably Adopted a Different Five-Year Period in Mr. Metallo's Case*

##### (1) Factual context

[7] Mr. Metallo became a permanent resident of Canada in 1972 when he came from Italy with his parents as a toddler. He spent his childhood in Canada before returning to Italy with his family in 1982 after his father had a workplace accident. He started returning to Canada to visit family in 2009. He spent between a few weeks and a few months per year in Canada between then and when he arrived to stay in 2016. Mr. Metallo applied for a permanent resident card in November 2015 to allow him to get a social insurance number and begin working in Canada.

[8] Although he did not find out about it for a number of years, Mr. Metallo's application for a permanent resident card was reviewed by an immigration officer on November 14, 2016. The officer concluded Mr. Metallo did not comply with the residency obligation of section 28 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). That section requires permanent residents to be physically present in Canada for 730 days in each five-year period (with certain qualifications and exceptions not relevant here):

##### **Residency obligation**

**28 (1)** A permanent resident must comply with a residency obligation with respect to every five-year period.

##### **Application**

**(2)** The following provisions govern the residency obligation under subsection (1):

contraignants antérieurs, les décisions antérieures de l'organisme administratif et les observations des parties : *Vavilov*, aux paragraphes 106, 108 à 112 et 127 à 132.

### III. Analyse

#### A. *La SAI a de manière déraisonnable adopté une période quinquennale différente dans le cas de M. Metallo*

##### 1) Contexte factuel

[7] M. Metallo est devenu un résident permanent du Canada en 1972 lorsqu'il est arrivé de l'Italie avec ses parents pendant qu'il était enfant. Il a passé son enfance au Canada avant de retourner en Italie avec sa famille en 1982 lorsque son père a eu un accident sur son lieu de travail. Il a commencé à revenir au Canada en 2009 pour rendre visite à des membres de sa famille. Il passait alors quelques semaines ou quelques mois par année au Canada, et lorsqu'il est entré au pays pour y rester, en 2016, M. Metallo a demandé une carte de résident permanent en novembre 2015 afin d'obtenir un numéro d'assurance-sociale et de commencer à travailler au Canada.

[8] Bien qu'il ne l'ait appris qu'au bout de quelques années, la demande de carte de résident permanent de M. Metallo a été examinée par un agent d'immigration le 14 novembre 2016. L'agent a conclu que M. Metallo ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence que prévoit l'article 28 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Aux termes de cette disposition, les résidents permanents doivent être effectivement présents au Canada pendant 730 jours durant une période quinquennale (avec certaines restrictions et exceptions qui ne s'appliquent pas en l'espèce) :

##### **Obligation de résidence**

**28 (1)** L'obligation de résidence est applicable à chaque période quinquennale.

##### **Application**

**(2)** Les dispositions suivantes régissent l'obligation de résidence :



**(a)** a permanent resident complies with the residency obligation with respect to a five-year period if, on each of a total of at least 730 days in that five-year period, they are

**(i)** physically present in Canada,

...

**(b)** it is sufficient for a permanent resident to demonstrate at examination

...

**(ii)** if they have been a permanent resident for five years or more, that they have met the residency obligation in respect of the five-year period immediately before the examination; ...

**(c)** a determination by an officer that humanitarian and compassionate considerations relating to a permanent resident, taking into account the best interests of a child directly affected by the determination, justify the retention of permanent resident status overcomes any breach of the residency obligation prior to the determination. [Emphasis added; irrelevant subparagraphs omitted.]

[9] The immigration officer assessing Mr. Metallo's case referred to two "Relevant 5 year period[s]": the five years prior to his application for a permanent resident card (November 24, 2010 to November 23, 2015) and the five years prior to the review (November 15, 2011 to November 14, 2016). The officer stated that subparagraph 28(2)(a)(i) of the IRPA required Mr. Metallo to accumulate 730 days of residence in the five years prior to the date of his application. However, they conducted the calculation in respect of each of the two indicated five-year periods. In the five-year period prior to the application date, Mr. Metallo had been in Canada 436 days, a 40 percent shortfall in the residency obligation. In the five years prior to the review, he had been in Canada for 601 days, an 18 percent shortfall.

[10] The officer found Mr. Metallo did not meet the 730-day obligation, and had not presented H&C factors to justify retaining his permanent resident status.

**a)** le résident permanent se conforme à l'obligation dès lors que, pour au moins 730 jours pendant une période quinquennale, selon le cas :

**(i)** il est effectivement présent au Canada,

[...]

**b)** il suffit au résident permanent de prouver, lors du contrôle, qu'il se conformera à l'obligation pour la période quinquennale suivant l'acquisition de son statut, s'il est résident permanent depuis moins de cinq ans, et, dans le cas contraire, qu'il s'y est conformé pour la période quinquennale précédant le contrôle;

**c)** le constat par l'agent que des circonstances d'ordre humanitaire relatives au résident permanent — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — justifient le maintien du statut rend inopposable l'inobservation de l'obligation précédant le contrôle. [Non souligné dans l'original; dispositions non pertinentes omises.]

[9] L'agent d'immigration qui a apprécié la demande de M. Metallo a renvoyé aux deux [TRADUCTION] « périodes quinquennales visées » : la période quinquennale précédant sa demande de carte de résident permanent (du 24 novembre 2010 au 23 novembre 2015) et la période quinquennale précédant l'examen (du 15 novembre 2011 au 14 novembre 2016). Il a soutenu que, selon le sous-alinéa 28(2)a)(i) de la LIPR, M. Metallo devait être effectivement présent pour 730 jours pendant la période quinquennale précédant la date de sa demande. Toutefois, il a effectué le calcul à l'égard de chacune des deux périodes quinquennales indiquées. Au cours de la période quinquennale précédant la demande, M. Metallo a été effectivement présent au Canada pour 436 jours, soit un écart de 40 p. 100 par rapport à l'obligation de résidence. Pendant les cinq ans précédant le contrôle, il a été présent pour 601 jours au Canada, soit un écart de 18 p. 100.

[10] L'agent a conclu que M. Metallo n'avait pas respecté l'obligation de résidence de 730 jours et n'avait pas soulevé de motifs d'ordre humanitaire justifiant le

They therefore issued an inadmissibility report pursuant to subsection 44(1) of the IRPA, giving the opinion that Mr. Metallo did not comply with the residency obligation.

[11] For unknown reasons, Mr. Metallo did not hear the result of this review or receive the section 44 report, despite efforts to follow up on the status of his permanent resident card application. He ultimately filed another application for a permanent resident card in August 2017. He received that card, but was also summoned for an inadmissibility interview with a delegate of the Minister in July 2018. It was not until that interview that Mr. Metallo became aware of the inadmissibility report.

[12] The Minister's delegate interviewed Mr. Metallo with respect to the section 44 report. The notes of that interview in the Global Case Management System (GCMS) state that Mr. Metallo was advised that the relevant five-year period was "five years prior to the date of the report" (emphasis added), but that the period in question was November 24, 2010 to November 23, 2015 (i.e., five years prior to the date of the application). In an oral decision issued the same day, the Minister's delegate concluded that Mr. Metallo's H&C considerations did not justify retention of his permanent resident status, noting that the extent of his non-compliance was significant. They therefore issued a departure order on July 10, 2018. In the GCMS notes apparently entered at the conclusion of the interview, the Minister's delegate referred again to the same five-year period, but referred to the date of application for a permanent resident card rather than the date of the section 44 report.

## (2) The IAD hearing and decision

[13] Mr. Metallo appealed to the IAD. He did not contest that he did not comply with the residency requirement, which is true for either five-year period. At the outset of the hearing, the IAD referred to the five-year

maintien de son statut de résident permanent. Il a par conséquent établi un rapport d'interdiction de territoire aux termes du paragraphe 44(1) de la LIPR, en disant être d'avis que M. Metallo n'avait pas respecté l'obligation de résidence.

[11] Pour des raisons inconnues, M. Metallo n'a pas été informé du résultat de ce contrôle ni reçu le rapport établi aux termes de l'article 44, en dépit des efforts qu'il a faits pour suivre l'avancement de sa demande de carte de résident permanent. Il a fini par présenter une autre demande de carte de résident permanent en août 2017. Il a reçu la carte demandée, mais il a aussi été convoqué à une entrevue relative à l'interdiction de territoire avec une déléguée du ministre en juillet 2018. Ce n'est qu'à cette entrevue que M. Metallo a appris l'existence du rapport d'interdiction de territoire.

[12] La déléguée du ministre a interrogé M. Metallo au sujet du rapport établi aux termes de l'article 44. Selon les notes relatives à cette entrevue consignées dans le Système mondial de gestion des cas (le SMGC), M. Metallo a été informé que la période quinquennale visée était [TRADUCTION] « cinq ans avant la date du rapport » (non souligné dans l'original), mais que la période visée était celle du 24 novembre 2010 au 23 novembre 2015 (c.-à-d. cinq ans avant la date de la demande). Dans une décision rendue de vive voix le même jour, la déléguée du ministre a conclu que les motifs d'ordre humanitaire présentés par M. Metallo ne justifiaient pas le maintien de son statut de résident permanent, soulignant que l'inobservation de l'obligation de résidence était importante. Elle a par conséquent pris une mesure de renvoi le 10 juillet 2018. Dans les notes qui ont apparemment été versées dans le SMGC à l'issue de l'entrevue, la déléguée du ministre a à nouveau renvoyé à la même période quinquennale, mais a mentionné la date de la demande de carte de résident permanent plutôt que la date du rapport établi aux termes de l'article 44.

## 2) L'audience devant la SAI et la décision

[13] M. Metallo a interjeté appel auprès de la SAI. Il n'a pas contesté qu'il n'avait pas respecté l'obligation de résidence, ce qui est vrai pour chaque période quinquennale. Dès le début de l'audience, la SAI a renvoyé à la

period prior to the permanent resident card application, and asked whether Mr. Metallo was contesting the validity of the decision, or was just relying on H&C considerations to explain the breach. Counsel confirmed that the appeal was based on H&C considerations. The remainder of the hearing pertained to the H&C factors. However, during one exchange, counsel confirmed that Mr. Metallo was not disputing that he had not met the residency requirement, and did not object to the count of 436 days that Mr. Metallo was in the country.

[14] The IAD dismissed Mr. Metallo's appeal. It noted that under section 28, a permanent resident "must be physically present in Canada for at least 730 days immediately preceding the control" (the IAD uses the term "control" rather than "examination," presumably related to the use of the term *le contrôle* in the French version of the section): IAD Decision, at paragraph 9. The IAD stated that in this case, the control (examination) was when Mr. Metallo filed for a permanent resident card on November 23, 2015. The IAD found that the breach of the residency obligation "is significant since it represents more than one third of the number of days of presence legally required": IAD Decision, at paragraph 11. After considering the circumstances of the case, the IAD concluded there were not sufficient H&C grounds to justify special relief to allow the appeal of the departure order and permit Mr. Metallo to retain his permanent resident status: IRPA, paragraph 67(1)(c).

- (3) The Court will exercise discretion to consider the applicable five-year period

[15] As a general rule, the Court on judicial review will not address arguments that could have been raised before an administrative tribunal but were not: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 [*Alberta Teachers*], at paragraphs 22–23; *Oleynik v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 5, 441 D.L.R. (4th) 744 [*Oleynik*], at paragraph 71. The reasons for the rule include allowing the tribunal to make the decision at first instance, the risk of prejudice to the other

période quinquennale précédant la demande de carte de résident permanent et a demandé si M. Metallo contestait la validité de la décision ou s'il invoquait seulement des motifs d'ordre humanitaire pour expliquer le manquement. La conseil a confirmé que l'appel reposait sur les motifs d'ordre humanitaire. Cependant, pendant un échange, la conseil a confirmé que M. Metallo ne contestait pas qu'il avait manqué à l'obligation de résidence et qu'il ne s'opposait pas au calcul de 436 jours pendant lesquels il avait été effectivement présent au Canada.

[14] La SAI a rejeté l'appel de M. Metallo. Elle a souligné que, conformément à l'article 28, le résident permanent « doit être effectivement présent au Canada pour au moins 730 jours avant le contrôle » (la SAI utilise le terme « *control* » plutôt qu'« *examination* » en anglais, probablement en raison de la présence du terme « *contrôle* » dans la version française de la disposition) : la décision de la SAI, au paragraphe 9. La SAI a affirmé qu'en l'espèce, le contrôle était survenu lorsque l'appelant avait déposé une demande de carte de résident permanent, le 23 novembre 2015. La SAI a conclu que le manquement « [était] important puisqu'il représente plus du tiers du nombre de jours de présence requis par la loi » : la décision de la SAI, au paragraphe 11. Après avoir pris en compte les circonstances de l'espèce, la SAI a conclu qu'il n'y avait pas de motifs d'ordre humanitaire justifiant la prise de mesures spéciales pour accueillir l'appel interjeté à l'égard de la mesure de renvoi et pour permettre à M. Metallo de conserver son statut de résident permanent : LIPR, alinéa 67(1)c).

- 3) La Cour exercera son pouvoir discrétionnaire pour prendre en compte la période quinquennale qui s'applique

[15] En règle générale, la Cour, lors d'un contrôle judiciaire, n'examinera pas les arguments qui auraient pu être soulevés devant le tribunal administratif, mais qui ne l'ont pas été : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 [*Alberta Teachers*], aux paragraphes 22 et 23; *Oleynik c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 5 [*Oleynik*], au paragraphe 71. Cette règle vise à laisser le tribunal trancher la question en première instance ainsi qu'à prévenir le risque de préjudice pour

party, and the risk of having an inadequate evidentiary record: *Alberta Teachers*, at paragraphs 24–26; *Oleynik*, at paragraph 71; *Yahaya v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1570, at paragraph 41.

[16] In this case, as in *Alberta Teachers* itself, the “rationales for the general rule have limited application”: *Alberta Teachers*, at paragraph 28. The IAD had the opportunity to decide the issue at first instance, and did so, giving its view that the examination in question was the application for a permanent resident card. The IAD had at its disposal all evidence necessary to reach this conclusion, as both the date of the application and the date of the section 44 report were known, as were the number of days Mr. Metallo was in Canada during the respective periods. The Minister did not assert any prejudice arising from the issue being raised at this stage.

[17] In the current context, in particular the inconsistency between this decision and the IAD’s recent jurisprudence, as discussed below, I conclude the Court should exercise its discretion to consider the issue, which may have an impact on Mr. Metallo’s status as a permanent resident of Canada.

(4) Prior decisions on the applicable five-year period

[18] As discussed by the majority of the Supreme Court in *Vavilov*, administrative decision makers are not bound by their previous decisions as a matter of *stare decisis*. Nonetheless, those affected by administrative decisions are entitled to expect that like cases will generally be treated alike: *Vavilov*, at paragraph 129. As a result, consistency with an administrative body’s past decisions is a constraint to be considered in assessing reasonableness. Where a decision maker departs from “longstanding practices or established internal authority,” it bears a “justificatory burden” of explaining that departure in its reasons: *Vavilov*, at paragraph 131.

la partie adverse et d’insuffisance du dossier de preuve : *Alberta Teachers*, aux paragraphes 24 à 26; *Oleynik*, au paragraphe 71; *Yahaya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1570, au paragraphe 41.

[16] Dans la présente affaire, comme dans l’arrêt *Alberta Teachers*, les « considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l’espèce » : *Alberta Teachers*, au paragraphe 28. La SAI avait l’occasion de trancher la question en première instance, et elle l’a fait, en proposant la réponse selon laquelle le contrôle en question était la demande de carte de résident permanent. Elle disposait de tous les éléments de preuve voulus pour rendre cette conclusion, puisque tant la date de la demande de carte de résident que la date du rapport établi aux termes de l’article 44 étaient connues, comme l’était aussi le nombre de jours au cours desquels M. Metallo a été effectivement présent au Canada pendant les périodes respectives. Le ministre n’a pas fait valoir de préjudice découlant du fait que la question avait été soulevée à ce stade.

[17] Dans le contexte actuel, plus particulièrement la contradiction entre cette décision et la jurisprudence récente de la SAI, comme on le verra plus loin, je conclus que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’examiner la question, ce qui pourrait avoir une incidence sur le statut de M. Metallo en tant que résident permanent du Canada.

4) Décisions antérieures quant à la période quinquennale qui s’applique

[18] Comme l’a souligné la majorité de la Cour suprême dans l’arrêt *Vavilov*, les décideurs administratifs ne sont pas liés par leurs décisions antérieures suivant la règle du *stare decisis*. Quoi qu’il en soit, les personnes visées par les décisions administratives sont en droit de s’attendre à ce que les affaires semblables soient généralement tranchées de la même façon : *Vavilov*, au paragraphe 129. Par conséquent, la question de savoir si une décision en particulier est conforme à la jurisprudence de l’organisme administratif est une contrainte dont il faut tenir compte au moment de décider si cette décision est raisonnable. Lorsqu’un décideur s’écarte « d’une pratique de longue date ou d’une jurisprudence

[19] In *Rastgou v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 CanLII 129864 (I.R.B.) [*Rastgou*], the IAD was faced with the same situation that arose in Mr. Metallo's case. Mr. Rastgou had applied for a new permanent resident card from within Canada and a section 44 report was prepared almost a year later. In considering whether H&C factors favoured Mr. Rastgou, the IAD had to consider whether his residency shortfall should be calculated based on the five-year period preceding the application, or the five-year period preceding the report: *Rastgou*, at paragraphs 3 and 9–12. As in Mr. Metallo's case, the officer identified both windows in their notes: *Rastgou*, at paragraph 13.

[20] The Minister in *Rastgou* argued the earlier five-year period should apply. At the same time, the Minister said the officer identified both windows because the applicant would be found to comply with section 28 if they met the residency requirement in the later five-year period preceding the section 44 report. The IAD felt this supported a finding that the later window applied: *Rastgou*, at paragraph 16.

[21] The IAD in *Rastgou* contrasted the situation of those applying from within Canada with that of someone applying for a permanent resident travel document overseas: *Rastgou*, at paragraphs 17–19. In such cases, compliance with the residency obligation is assessed based on the five-year period preceding the application: see, e.g., *Amorocho-Diaz v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 CanLII 76301 (I.R.B.) [*Amorocho-Diaz*], at paragraph 16, quoting *Operational Manual: Overseas Processing (OP)*, Chapter OP 10 “Permanent Residency Status Determination”. Using the date of application when an applicant is outside Canada prevents them from being disadvantaged by any delay in the assessment of the application: *Amorocho-Diaz*,

interne constante », c'est sur ses épaules que repose « le fardeau d'expliquer cet écart dans ses motifs » : *Vavilov*, au paragraphe 131.

[19] Dans la décision *Rastgou c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CanLII 129864 (C.I.S.R.) [*Rastgou*], la SAI était confrontée à la même situation que celle en l'espèce. M. Rastgou avait demandé une nouvelle carte de résident permanent à partir du Canada, et un rapport avait été établi aux termes de l'article 44 près d'un an plus tard. Pour voir si des motifs d'ordre humanitaire militaient en faveur de M. Rastgou, la SAI a dû prendre en compte la question de savoir si le manquement à l'obligation de résidence devrait être calculé selon la période quinquennale précédant la date de la présentation de la demande ou la période quinquennale précédant l'établissement du rapport : *Rastgou*, aux paragraphes 3 et 9 à 12. Comme dans le cas de M. Metallo, l'agent a inclus les deux périodes dans ses notes : *Rastgou*, au paragraphe 13.

[20] Dans la décision *Rastgou*, le ministre a soutenu que la première période quinquennale devrait s'appliquer. Du même souffle, il a affirmé que l'agent avait inclus les deux périodes parce que le demandeur serait réputé s'être conformé à l'article 28 s'il avait les jours requis au cours de la seconde période quinquennale précédant le rapport établi au titre de l'article 44. La SAI a dit estimer que cette explication appuyait une conclusion selon laquelle la dernière période s'appliquait : *Rastgou*, au paragraphe 16.

[21] Dans la décision *Rastgou*, la SAI a mis en parallèle la situation des personnes qui présentent une demande au Canada et celle des personnes qui demandent un titre de voyage pour résident permanent à l'étranger : *Rastgou*, aux paragraphes 17 à 19. Dans ces cas, le respect de l'obligation de résidence est apprécié selon la période quinquennale précédant la présentation de la demande : voir, p. ex., *Amorocho-Diaz c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CanLII 76301 (C.I.S.R.) [*Amorocho-Diaz*], au paragraphe 6, citant le *Guide opérationnel : Traitement des demandes à l'étranger (OP)*, chapitre OP 10 « Détermination du statut de résident permanent ». La prise en compte de la date de la demande faite à l'étranger fait en sorte que

at paragraph 16. This approach can be seen in the factual descriptions of such determinations reviewed by this Court: *Tantoush v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 245, 450 F.T.R. 133, at paragraph 16; *Behl v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1255, at paragraphs 7–8; *Sanchez Rebaza v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2019 FC 509, at paragraphs 9–10.

[22] The IAD concluded that using the date on which the review was conducted and the report issued was consistent with the language of subparagraph 28(2)(b)(ii) of the IRPA, the language of subsection 62(1) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, and the Minister’s position on compliance with section 28: *Rastgou*, at paragraphs 16–21. It therefore concluded the applicable five-year period was the five-year period preceding the section 44 report, noting this is “consistent with the approach taken by other panels and Minister’s counsel in similar types of appeals”: *Rastgou*, at paragraph 22, citing *Gilbert v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 CanLII 77079 (I.R.B.) [*Gilbert*] and *Razaghi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 CanLII 99644 (I.R.B.) [*Razaghi*].

[23] In addition to the *Gilbert* and *Razaghi* cases, a number of decisions of this Court show the IAD using the date of the section 44 report as the relevant date for the five-year period where the applicant is in Canada. In *Parikh*, the five-year period examined ended on the date of the section 44 report, although the applicant entered Canada and was interviewed five months earlier: *Parikh v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 13 [*Parikh*], at paragraphs 8 and 14, affg 2015 CanLII 92733 (I.R.B.). While the applicable period was not in dispute, Justice Pentney described the five-year period ending on the date of the section 44 report as the “correct period”: *Parikh*, at paragraph 14. Similarly, in *Li* the applicant entered Canada and was examined in April 2016, but the applicable five-year period ended on the date of the section 44 report in May 2016: *Li v.*

le demandeur n’est aucunement défavorisé si l’appréciation de la demande est retardée : *Amorcho-Diaz*, au paragraphe 16. Cette approche se constate dans les descriptions factuelles de conclusions de ce genre qu’a contrôlées la Cour : *Tantoush c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 245, au paragraphe 16; *Behl c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1255, aux paragraphes 7 et 8; *Sanchez Rebaza c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2019 CF 509, aux paragraphes 9 et 10.

[22] La SAI a conclu que la prise en compte de la date à laquelle le contrôle avait eu lieu et le rapport avait été établi est conforme au libellé du sous-alinéa 28(2)(b)(ii) de la LIPR, au libellé du paragraphe 62(1) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, et à la position du ministre quant au respect de l’article 28 : *Rastgou*, aux paragraphes 16 à 21. Par conséquent, elle a conclu que la période quinquennale qui s’appliquait était celle qui précédait l’établissement du rapport au titre de l’article 44, soulignant que sa conclusion était « conforme à l’approche adoptée par d’autres tribunaux et par les conseils du ministre dans le cadre d’appels semblables » : *Rastgou*, au paragraphe 22, citant les décisions *Gilbert c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CanLII 77079 (C.I.S.R.) [*Gilbert*] et *Razaghi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CanLII 99644 (C.I.S.R.) [*Razaghi*].

[23] Outre les décisions *Gilbert* et *Razaghi*, quelques décisions de la Cour montrent que la SAI a pris en compte la date du rapport établi au titre de l’article 44 comme date pertinente quant à la période quinquennale lorsque le demandeur était au Canada. Dans la décision *Parikh*, la période quinquennale visée prenait fin à la date du rapport établi au titre de l’article 44, même si la demanderesse était arrivée au Canada et avait été interrogée cinq mois auparavant : *Parikh c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 13 [*Parikh*], aux paragraphes 8 et 14, confirmant la décision 2015 CanLII 92733 (C.I.S.R.). Même si la période visée n’était pas contestée, le juge Pentney a décrit la période quinquennale prenant fin à la date du rapport établi au titre de l’article 44 comme étant la « bonne période » : *Parikh*, au paragraphe 14. En outre, dans la décision *Li*,

*Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 187, at paragraph 10, affg 2017 CanLII 63732 (I.R.B.), at paragraph 5 and footnote 4. In *Huang*, the period examined was again the five years prior to the determination, rather than the five years prior to the applicant's application for a permanent resident travel document: *Huang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 327, at paragraphs 4 and 6, affg 2019 CanLII 30481 (I.R.B.).

[24] The IAD in the current case, however, adopted the contrary approach by considering only the five-year period ending on the date of the application. The IAD identified this as being the five-year period prior to the examination (or control). While the IAD clearly turned its mind to the question of the applicable "examination," it gave no explanation why the triggering "examination" was the date of application rather than the date on which the section 44 report was prepared. While *Rastgou* and the other cases referred to above may not be enough to constitute "established internal authority," they include considered opinions of IAD members on the precise issue and appear to reflect at least a longstanding practice, requiring some justification for departure: *Vavilov*, at paragraph 131.

[25] In my view, the unexplained departure from the IAD's prior approach to the determination of the relevant five-year period is unreasonable, even though the lack of explanation likely stems from the parties not having identified the issue.

#### (5) Impact on Mr. Metallo's case

[26] Not every flaw or shortcoming in a decision will render the decision as a whole unreasonable. An administrative decision should not be set aside for a "minor misstep" or an error on a superficial or peripheral matter: *Vavilov*, at paragraph 100. The Minister suggests the use of the earlier five-year window was not determinative

la demanderesse était arrivée au Canada et avait été contrôlée en avril 2016, mais la période quinquennale visée prenait fin à la date du rapport établi au titre de l'article 44, en mai 2016 : *Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 187, au paragraphe 10, confirmant 2017 CanLII 63732 (C.I.S.R.), au paragraphe 5 et à la note 4. Dans la décision *Huang*, la période visée était encore la période quinquennale précédant la date de la présentation de la demande de titre de voyage pour résident permanent : *Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 327, aux paragraphes 4 et 6, confirmant 2019 CanLII 30481 (C.I.S.R.).

[24] En l'espèce, la SAI a adopté l'approche contraire en prenant en compte uniquement la période quinquennale qui avait pris fin à la date de la présentation de la demande. Elle l'a définie comme étant la période quinquennale précédant le contrôle. Même si la SAI s'est clairement penchée sur la question du contrôle visé, elle n'a pas expliqué pourquoi la date déterminante quant au « contrôle » était la date de la demande au lieu de la date de l'établissement du rapport au titre de l'article 44. Même si la décision *Rastgou* et les autres affaires mentionnées précédemment peuvent ne pas être suffisantes pour constituer une « jurisprudence interne constante », elles n'en font pas moins état de l'opinion arrêtée de commissaires de la SAI sur cette question en particulier et semblent refléter du moins une pratique de longue date de sorte que tout écart à cet égard se doit d'être justifié : *Vavilov*, au paragraphe 131.

[25] J'estime que cet écart inexpliqué par rapport à la pratique antérieure de la SAI pour la définition de la période quinquennale visée est déraisonnable, même si l'absence d'explication tient vraisemblablement au fait que les parties n'ont pas relevé la question.

#### 5) Incidence sur le dossier de M. Metallo

[26] La moindre lacune ou insuffisance relevée dans une décision ne la rend pas déraisonnable dans son ensemble. Une décision administrative ne devrait pas être annulée pour une « erreur mineure » ou une lacune superficielle ou accessoire : *Vavilov*, au paragraphe 100. Le ministre dit estimer que la prise en compte de la

given the IAD's assessment of the shortfall and its determinations on the other H&C factors.

[27] I disagree. The extent of non-compliance with the residency obligation is a material factor in assessing whether H&C considerations justify the retention of permanent resident status: *Ambat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 CanLII 80733 (I.R.B.), at paragraph 38, aff'd 2011 FC 292, 386 F.T.R. 35, at paragraph 27. As noted above, the IAD considered the breach of the residency obligation "significant since it represents more than one third of the number of days of presence legally required": IAD Decision, at paragraph 11.

[28] The Minister argues the difference in the extent of the shortfall (from 40 percent to 18 percent) was not enough to change the outcome, and contrasts it with the 10 percent non-compliance that the IAD found to be a "not significant breach" in *Rastgou*. In my view, the IAD's consideration of the extent of the shortfall was sufficiently material [at paragraph 25] to its rejection of Mr. Metallo's appeal that I cannot conclude the result would have been the same if the later five-year window had been used. While there may be no bright line between what is a "significant breach" and a "not significant breach," I am unable to say that the difference in the extent of the shortfall between the two five-year periods in Mr. Metallo's case would not have affected the IAD's consideration of the H&C factors. I therefore conclude that the IAD's decision should be set aside.

[29] Mr. Metallo argued that the IAD's use of the five-year period prior to the date of application was inconsistent with the principles of statutory interpretation, and that the only reasonable interpretation was that the "five-year period immediately before the examination" was the five years ending on the date of the section 44 report: *Vavilov*, at paragraphs 115–124. In the circumstances, I do not believe I should pronounce on these statutory

première période quinquennale n'était pas déterminante étant donné l'appréciation du manquement effectuée par la SAI et sa conclusion quant aux autres motifs d'ordre humanitaire.

[27] Je ne suis pas de cet avis. L'étendue du manquement à l'obligation de résidence constitue un facteur important dans l'appréciation de la question de savoir si des motifs d'ordre humanitaire justifient le maintien du statut de résident permanent : *Ambat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CanLII 80733 (C.I.S.R.), au paragraphe 38, conf. par 2011 CF 292, au paragraphe 27. Comme il est mentionné précédemment, la SAI a estimé que le manquement à l'obligation de résidence « [était] important puisqu'il représente plus du tiers du nombre de jours de présence requis par la loi » : la décision de la SAI, au paragraphe 11.

[28] Le ministre soutient que la différence dans l'étendue du manquement (40 p. 100 par rapport à 18 p. 100) n'était pas suffisante pour changer l'issue et contraste avec le manquement de 10 p. 100, au sujet duquel la SAI, dans la décision *Rastgou* [au paragraphe 25], a dit estimer qu'« [i]l ne s'agi[ssai]t pas d'un manquement important ». J'estime que la prise en compte par la SAI de l'étendue du manquement était suffisamment importante dans son rejet de l'appel de M. Metallo qu'il m'est impossible de conclure que l'issue aurait été la même si elle avait pris en compte l'autre période quinquennale. Bien qu'il puisse fort ne pas y avoir de démarcation franche entre ce qui est un manquement important et ce qui n'en est pas un, je ne peux pas affirmer que la différence dans l'étendue du manquement entre les deux périodes quinquennales dans le cas de M. Metallo n'aurait pas eu d'incidence sur la prise en compte par la SAI des motifs d'ordre humanitaire. Par conséquent, je conclus que la décision de la SAI devrait être annulée.

[29] M. Metallo a soutenu que la prise en compte par la SAI de la période quinquennale précédant la date de la demande va à l'encontre des principes d'interprétation législative et que la seule interprétation raisonnable était celle selon laquelle [TRADUCTION] « la période quinquennale précédant le contrôle » était la période quinquennale prenant fin à la date du rapport établi aux termes de l'article 44 : *Vavilov*, aux paragraphes 115 à 124. Dans les



interpretation arguments or purport to undertake that exercise at first instance: *Vavilov*, at paragraphs 115–116. Rather, the matter will be remitted to the IAD for redetermination: *Vavilov*, at paragraphs 140–141.

B. *The IAD's Analysis of the H&C Factors*

[30] The foregoing conclusion is sufficient to determine this application for judicial review. As the IAD on redetermination will have discretion to consider the H&C factors in context, I will not discuss Mr. Metallo's arguments on this issue at length, particularly as they relate to factual and discretionary assessments. However, I do consider it appropriate to make brief comments on two elements of the IAD's discussion that relate to more legal matters.

[31] First, in assessing the reasons why Mr. Metallo left Canada, the IAD noted he had returned to Italy with his family as a child. The IAD cited paragraph 26 of this Court's decision in *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1359, 60 Imm. L.R. (3d) 17 [*Lai*]:

In the case of a dependent child of relatively tender years there is little, if any, opportunity to independently fulfill the residency obligation required to preserve landed status or to create the genuine ties to Canada that are typically necessary for H & C relief. In most cases the child can only accomplish that which the parents are prepared to allow and support. Ms. Lai's status in Canada may have been jeopardized by the decisions of her parents, but her claim to relief should not be enhanced by those parental decisions.

[32] Based on this passage, the IAD concluded that "the application of a special measure to the situation of the Appellant would be tantamount to endorsing the parents' decision, which would be contrary to the case law": IAD Decision, at paragraph 15. It therefore evaluated

circonstances, je n'estime pas opportun de me prononcer sur ces arguments relatifs à l'interprétation législative ou d'entreprendre cette démarche en première instance : *Vavilov*, aux paragraphes 115 et 116. L'affaire sera plutôt renvoyée à la SAI pour une nouvelle décision : *Vavilov*, aux paragraphes 140 à 141.

B. *L'évaluation des facteurs d'ordre humanitaire par la SAI*

[30] La conclusion précédente est suffisante pour trancher la présente demande de contrôle judiciaire. Puisque la SAI aura, au cours du nouvel examen, le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte les motifs d'ordre humanitaire dans leur contexte, je n'examinerai pas les arguments avancés par M. Metallo en la matière en détail, d'autant plus qu'ils portent sur des appréciations factuelles et discrétionnaires. J'estime toutefois opportun de formuler de brèves observations sur deux éléments de l'analyse effectuée par la SAI se rapportant à des questions plus juridiques.

[31] En premier lieu, en analysant les raisons pour lesquelles M. Metallo avait quitté le Canada, la SAI a souligné qu'il était retourné en Italie avec sa famille quand il était enfant. Elle a cité la décision de la Cour dans *Lai c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2006 CF 1359 [*Lai*], au paragraphe 26 :

Un enfant à charge, et d'un jeune âge, est peu à même, sinon pas du tout, de remplir par lui-même l'obligation de résidence qui est imposée pour assurer la préservation de son statut de résident permanent ou pour établir les véritables liens avec le Canada qui sont en général nécessaires à la prise de mesures spéciales au titre de motifs d'ordre humanitaire. Dans la plupart des cas, l'enfant ne peut faire que ce que ses parents sont disposés à lui permettre ou à appuyer. Le statut de la demanderesse au Canada a sans doute été compromis par les décisions de ses parents, mais sa demande de mesures spéciales ne saurait être renforcée par lesdites décisions.

[32] Sur la foi de cet extrait, la SAI a conclu que « la prise de mesures spéciales eu égard à la situation de l'appelant équivaldrait à soutenir la décision des parents, ce qui serait contraire à la jurisprudence » : la décision de la SAI, au paragraphe 15. Elle a par conséquent évalué « de

“negatively” the factor related to the reasons for leaving Canada.

[33] In my view, *Lai* does not suggest that granting an appeal based on H&C factors would be “tantamount to endorsing the parents’ decision.” Nor would such a result be contrary to the reasoning in *Lai*. To the contrary, this Court in *Ma* recognized that *Lai* does not preclude considerations of age at departure: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Ma*, 2017 FC 886, 53 Imm. L.R. (4th) 171 [*Ma*], at paragraphs 22–23. While *Lai* recognizes that a claim to relief should not be *enhanced* by a parent’s decision to remove a child, this does not mean that this must or should be treated as a *negative* factor in an H&C assessment.

[34] Second, the IAD referred to Mr. Metallo’s lack of awareness that he was a permanent resident in Canada, stating that “no one can plead ignorance of the law”: IAD Decision, at paragraph 17. However, Justice Locke in *Ma* observed that “there is an important distinction between reliance on ignorance of the law and reliance on ignorance of one’s legal status”: *Ma*, at paragraph 24. He concluded that the latter was a mistake of fact rather than one of law, which could be a relevant H&C consideration: *Ma*, at paragraph 24.

[35] Given my conclusions regarding the applicable five-year period, I need not assess whether the IAD’s approach to these issues constituted an error sufficient to render the decision unreasonable.

#### IV. Conclusion

[36] The decision of the IAD is therefore set aside and the matter is remitted for redetermination by a different panel of the IAD.

façon défavorable » le facteur lié aux motifs de départ du Canada.

[33] J’estime que la décision *Lai* ne donne pas à penser que le fait de faire droit à un appel fondé sur des motifs d’ordre humanitaire équivaudrait à « soutenir la décision des parents ». Un tel résultat ne serait pas non plus contraire au raisonnement énoncé dans la décision *Lai*. En fait, dans la décision *Ma*, la Cour a reconnu que la décision *Lai* n’empêchait pas la prise en compte de l’âge au moment du départ : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ma*, 2017 CF 886 [*Ma*], aux paragraphes 22 et 23. En dépit du fait que la décision *Lai* reconnaît qu’une demande de réparation ne devrait pas être renforcée par la décision d’un parent de faire quitter le pays à un enfant, cela ne signifie pas que cet élément doit ou devrait être traité de façon défavorable dans une appréciation des motifs d’ordre humanitaire.

[34] En second lieu, la SAI a renvoyé au fait que M. Metallo n’était pas au courant de son statut de résident permanent au Canada, en affirmant que « personne ne peut plaider l’ignorance de la loi » : la décision de la SAI, au paragraphe 17. Toutefois, le juge Locke a affirmé dans la décision *Ma* que « plaider l’ignorance de la loi et plaider l’ignorance de sa situation juridique sont deux choses très différentes » : la décision *Ma*, au paragraphe 24. Il a conclu que l’erreur en était une de fait plutôt qu’une de droit, ce qui constituerait un motif d’ordre humanitaire pertinent : la décision *Ma*, au paragraphe 24.

[35] Étant donné mes conclusions en ce qui concerne la période quinquennale qui s’applique, il n’est pas nécessaire que j’examine la question de savoir si l’approche adoptée par la SAI à l’égard de ces questions constituait une erreur suffisante pour rendre la décision déraisonnable.

#### IV. Conclusion

[36] La décision de la SAI est par conséquent annulée, et l’affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SAI pour un nouvel examen.

[37] Neither party proposed a question for certification. At the conclusion of the hearing, I granted the applicant leave to give the matter of certification further consideration, but no question for certification was subsequently proposed. In my view, no question meeting the requirements for certification arises in the matter and no question will be certified.

JUDGMENT in IMM-7034-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is granted. The Immigration Appeal Division's decision is set aside and Mr. Metallo's appeal is remitted to the Immigration Appeal Division for redetermination by a differently constituted panel.

[37] Aucune des parties n'a proposé de question à certifier. À l'issue de l'audience, j'ai autorisé le demandeur à réfléchir encore à la question de la certification, mais aucune question à certifier n'a été proposée par la suite. J'estime qu'aucune question répondant aux exigences de la certification n'est soulevée en l'espèce, et aucune ne sera certifiée.

JUGEMENT dans le dossier IMM-7034-19

LA COUR DÉCLARE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie. La décision de la Section d'appel de l'immigration est annulée et l'appel de M. Metallo est renvoyé à la Section d'appel de l'immigration pour nouvel examen par un tribunal différemment constitué.

IMM-5379-20  
IMM-5380-20  
2021 FC 831

IMM-5379-20  
IMM-5380-20  
2021 CF 831

**XY** (*Applicant*)

**XY** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (*Respondent*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (*défendeur*)

**INDEXED AS: XY v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : XY c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Manson J.—By videoconference, July 19; Ottawa, August 10, 2021.

Cour fédérale, juge Manson—Par vidéoconférence, 19 juillet; Ottawa, 10 août 2021.

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

Note de l'arrêtriste : Les [\*\*\*] indiquent les passages caviardés par la Cour.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of (1) Canada Border Services Agency (CBSA) officer's decision to write Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) inadmissibility report (s. 44 report), (2) Minister's delegate's decision to refer s. 44 report to admissibility hearing before Immigration and Refugee Board Immigration Division — Applicant alleged to have provided false information in application to renew permanent resident card — Received summary information regarding allegations — Applicant's request for full disclosure of information refused — Officer, Minister's delegate both finding insufficient humanitarian, compassionate considerations to overcome inadmissibility allegations — Applicant arguing, inter alia, that officer misunderstood, improperly communicated scope of his decision-making authority — Submitting that number of factors further supporting higher level of procedural fairness — Main issues whether officer breached duty of procedural fairness owed to applicant; level of discretion, procedural fairness owed in decision to write, refer s. 44 report — Extent of discretion under ss. 44(1),(2) dependent on number of factors — Nature of decision, statutory scheme, importance of decision to affected individuals favouring more nuanced consideration of procedural fairness — Act, ss. 44(1),(2) decisions offering limited recourse for further relief — Particular circumstances of applicant having to be considered contextually in order to determine available avenues of relief — Options for permanent resident inadmissible on basis of organized criminality limited, requiring more nuanced assessment — Duty of procedural fairness requiring appropriate level of disclosure for applicant to understand*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire 1) d'une décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) de rédiger un rapport d'interdiction de territoire fondé sur l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (le rapport fondé sur l'art. 44), et 2) d'une décision du délégué du ministre de déférer pour enquête le rapport fondé sur l'art. 44 à la Section de l'immigration et de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Le demandeur aurait fourni de faux renseignements dans sa demande de renouvellement de sa carte de résident permanent — Il a reçu des informations sommaires au sujet des allégations — Sa demande de divulgation complète des informations et des documents a été refusée — Tant l'agent de l'ASFC que le délégué du ministre ont conclu qu'il n'y avait pas assez de motifs d'ordre humanitaire pour surmonter les allégations d'interdiction de territoire — Le demandeur a fait valoir notamment que l'agent de l'ASFC a mal saisi et mal communiqué l'étendue de son pouvoir décisionnel — Il a fait valoir qu'un certain nombre de facteurs étayaient davantage l'existence d'un degré supérieur d'équité procédurale — Il s'agissait principalement de savoir si l'agent de l'ASFC a manqué à l'obligation d'équité procédurale envers le demandeur; et de quel degré de pouvoir discrétionnaire et d'équité procédurale il faut faire preuve dans le cadre d'une décision d'établir et de déférer un rapport fondé sur l'art. 44 — La portée du pouvoir discrétionnaire prévu aux art. 44(1) et (2) dépend d'un certain nombre de facteurs — La nature de la décision, le régime législatif et l'importance de la décision pour les personnes visées font pencher la balance en faveur d'une prise en compte plus*

*case against him — Applicant entitled to disclosure in course of s. 44 process where information sought material, otherwise unknown, unavailable — Here, applicant lacking information necessary to answer evidence of inadmissibility held by CBSA — Not appropriate in this case to broadly declare that officers, Minister held to higher duty of procedural fairness — Could not be declared that particular level of procedural fairness applying to all circumstances — Facts not supporting allegation that applicant intentionally precluded from accessing Refugee Protection Division — While limited avenues of relief may heighten level of procedural fairness owed to applicant, these forms of relief operating as alternative measures for applicant subject to removal order, in need of protection — Matter remitted to different officer for reconsideration — Question certified — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a Canada Border Services Agency (CBSA) officer's decision to write an *Immigration and Refugee Protection Act*, subsection 44(1) inadmissibility report (section 44 report) against the applicant; and of the Minister's delegate's decision to refer the section 44 report to an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board.

The applicant, a permanent resident, allegedly provided false information in his application to renew his permanent resident card. The CBSA alleged that the applicant was involved in “transnational transactions that were attempts to engage in money laundering” (paragraph 37(1)(b) of the Act). The applicant received summary information from the CBSA, obtained from the Chinese authorities, regarding the allegations. The applicant's request for full disclosure of the information and documents that the CBSA was relying upon, in order to respond to the substance of the allegations, was refused by the CBSA officer. In referring the officer's report, the Minister's delegate found that there were reasonable grounds to believe that

*nuancée de l'équité procédurale — Les décisions prises en vertu des art. 44(1) et (2) offrent un recours restreint pour ce qui est de l'obtention d'une autre dispense — Il est nécessaire de tenir compte contextuellement des circonstances particulières d'un demandeur pour déterminer quelles sont les autres possibilités de recours — Les options dont dispose un résident permanent déclaré interdit de territoire pour cause de criminalité organisée sont restreintes, et une évaluation plus nuancée est requise — L'obligation d'équité procédurale exigeait qu'on assure au demandeur un degré de divulgation approprié de manière qu'il comprenne ce qui lui était reproché — Un demandeur a droit à la divulgation demandée dans le cadre du processus fondé sur l'art. 44 lorsque les renseignements demandés sont importants et lui sont par ailleurs inconnus et non accessibles — Dans la présente affaire, le demandeur ne disposait pas des informations nécessaires pour répondre à la preuve d'interdiction de territoire que détenait l'ASFC — En l'espèce, il n'y avait pas lieu de décréter de façon générale que les agents et le ministre sont tenus à un degré d'équité procédurale plus élevé — L'on ne pourrait déclarer qu'un degré particulier d'équité procédurale s'applique en toutes circonstances — Les faits ne permettaient pas de conclure que l'on avait l'intention d'empêcher le demandeur d'avoir accès à la Section de la protection des réfugiés — Bien que des voies de recours restreintes puissent rehausser le degré d'équité procédurale dont il faut faire preuve envers un demandeur, ces formes de recours servent de mesures de rechange dans le cas d'un demandeur faisant l'objet d'une mesure de renvoi et ayant besoin de protection — L'affaire a été renvoyée à un autre agent en vue d'un nouvel examen — Une question a été certifiée — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) de rédiger un rapport d'interdiction de territoire fondé sur le paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le rapport fondé sur l'article 44) à l'encontre du demandeur, et d'une décision du délégué du ministre de déferer pour enquête le rapport fondé sur l'article 44 à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Le demandeur, un résident permanent, aurait fourni de faux renseignements dans sa demande de renouvellement de sa carte de résident permanent. L'ASFC a allégué que le demandeur avait été impliqué dans des « opérations transnationales visant à se livrer à du blanchiment d'argent » (alinéa 37(1)b) de la Loi). Le demandeur a reçu des informations sommaires de l'ASFC, obtenues des autorités chinoises, au sujet des allégations. L'agent de l'ASFC a refusé la demande de divulgation complète des informations et des documents sur lesquels l'ASFC se fondait de façon à pouvoir répondre au fond des allégations. Le délégué du ministre a déferé les rapports après avoir conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire

the applicant was inadmissible under paragraphs 37(1)(a) and 37(1)(b) of the Act. The applicant alleged that he would likely be tortured if returned to China and would be liable to receive the death penalty. Both the officer and the Minister's delegate found in their respective decisions that there were insufficient humanitarian and compassionate considerations to overcome the serious nature of the inadmissibility allegations. The applicant argued, *inter alia*, that the officer misunderstood and improperly communicated the scope of his decision-making authority. The applicant alleged that by refusing the disclosure request, the officer further hampered the applicant's ability to fairly and fully respond. The applicant also asserted that the Court should reconsider the threshold of procedural fairness and scope of discretion engaged in the context of the officer's subsection 44(1) and the Minister's subsection 44(2) decisions. The applicant submitted that a number of factors further support a higher level of procedural fairness, such as the use of the word "may" in section 44, and that permanent residence is a status recognized in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent posited that the applicant had an adequate alternative remedy available by way of the admissibility hearing before the Immigration Division. The respondent also stated that the officer and Minister's delegate exercised their limited discretion in accordance with the guidance of the Court and the Federal Court of Appeal.

The main issues were whether the officer breached the duty of procedural fairness owed to the applicant; and the level of discretion and procedural fairness owed in a decision to write and refer a section 44 report, particularly considering where a nexus exists to a refugee claim.

*Held*, the application should be allowed.

The factors elaborated by the Supreme Court in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* were re-examined in the particular context of this case. While the subsection 44(1) and subsection 44(2) decisions are administrative in nature, they are significant steps within the inadmissibility process as a whole, particularly when the inadmissibility grounds concern organized criminality. Both subsections 44(1) and 44(2) use the permissive language "may", which denotes some level of discretion of the part of the officer or the Minister, although it may be limited. The extent of discretion under subsections 44(1) and 44(2) will be dependent on a number of factors, including the alleged grounds of inadmissibility and whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national. The nature of the decision favours a more nuanced consideration of procedural

que le demandeur était interdit de territoire au sens des alinéas 37(1)a) et 37(1)b) de la Loi. Le demandeur a allégué qu'il serait vraisemblablement torturé s'il était renvoyé en Chine et qu'il risquait la peine de mort. Tant l'agent de l'ASFC que le délégué du ministre ont conclu, dans leurs décisions respectives, qu'il n'y avait pas assez de motifs d'ordre humanitaire pour remédier à la nature sérieuse des allégations d'interdiction de territoire. Le demandeur a fait valoir notamment que l'agent de l'ASFC a mal saisi et mal communiqué l'étendue de son pouvoir décisionnel. Le demandeur a fait valoir qu'en rejetant la demande de divulgation, l'agent de l'ASFC l'a de plus empêché de répondre de manière équitable et complète. Le demandeur a affirmé également que la Cour devrait réexaminer le seuil d'équité procédurale et l'étendue du pouvoir discrétionnaire en jeu dans le contexte des décisions que l'agent de l'ASFC et le ministre ont prises en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2), respectivement. Le demandeur a fait valoir qu'un certain nombre de facteurs étayaient davantage l'existence d'un degré supérieur d'équité procédurale, comme l'emploi du terme « peut » à l'article 44, et que la résidence permanente est un statut reconnu dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le défendeur s'est dit d'avis que le demandeur disposait d'un autre recours approprié, sous la forme de l'enquête tenue devant la Section de l'immigration. Le défendeur a fait valoir en outre que l'agent de l'ASFC et le délégué du ministre ont exercé leur pouvoir discrétionnaire restreint d'une manière conforme aux directives de la Cour et de la Cour d'appel fédérale.

Il s'agissait principalement de savoir si l'agent de l'ASFC a manqué à l'obligation d'équité procédurale envers le demandeur; et de quel degré de pouvoir discrétionnaire et d'équité procédurale il faut faire preuve dans le cadre d'une décision d'établir et de déférer un rapport fondé sur l'article 44, compte tenu notamment du fait qu'il existe un lien avec une demande d'asile.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Les facteurs énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* ont été réexaminés dans le contexte particulier de la présente affaire. Bien que les décisions rendues en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) soient de nature administrative, il s'agit d'étapes importantes dans le cadre du processus d'interdiction de territoire dans son ensemble, surtout quand les motifs d'interdiction de territoire ont trait à la criminalité organisée. Tant le paragraphe 44(1) que le paragraphe 44(2) emploient le terme permissif « peut », ce qui dénote un certain degré de pouvoir discrétionnaire de la part de l'agent ou du ministre, quoique ce pouvoir puisse être restreint. La portée du pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 44(1) et 44(2) dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont les prétendus motifs d'interdiction de territoire et le fait de savoir si la

fairness, particularly where a permanent resident is faced with an inadmissibility allegation of organized criminality. The statutory scheme and the importance of the decision to the affected individuals also favour a level of procedural fairness that at the very least considers the exercise of reasonable discretion in determining the applicant's position under subsections 44(1) and 44(2). The decisions in issue were ultimately determinative of whether the applicant would be removed from Canada. Subsections 44(1) and 44(2) decisions offer limited recourse for further relief, as it relates to an applicant subject to an organized criminality inadmissibility allegation. The particular circumstances of an applicant must be considered contextually in order to determine which avenues of relief are further available. The options for a permanent resident found to be inadmissible on the basis of organized criminality under section 37 of the Act are limited, and a more nuanced assessment is required. The duty of procedural fairness required that the applicant be afforded an opportunity to provide submissions on the substance of the inadmissibility allegations and an appropriate level of disclosure to understand the case against him. An applicant is entitled to disclosure in the course of the section 44 process "where the information sought is material and otherwise unknown and unavailable". The applicant in this case lacked the information necessary to answer the evidence of inadmissibility held by CBSA. He was entitled to receive the material information relied on by CBSA that was otherwise unknown or unavailable to him. The factual basis provided did not constitute sufficient disclosure in this case.

It was not appropriate in this case to undertake an academic exercise and broadly declare that officers and the Minister are held to a higher duty of procedural fairness. Given that varying levels of procedural fairness may apply in the particular context of a section 44 inadmissibility process, it could not be declared that a particular level of procedural fairness applies to all circumstances. The facts did not support the allegation that the officer and Minister's delegate pursued the inadmissibility ground of organized criminality with the intention that it would preclude the applicant's access to the Refugee Protection Division. There is a seriousness with which Parliament has chosen to deal with persons subject to allegations of organized criminality. While limited avenues of relief may heighten the level of procedural fairness owed to an applicant, these forms

personne visée est un résident permanent ou un étranger. La nature de la décision fait pencher la balance en faveur d'une prise en compte plus nuancée de l'équité procédurale, plus particulièrement dans les cas où un résident permanent fait face à une allégation d'interdiction de territoire pour cause de criminalité organisée. Le régime législatif et l'importance de la décision pour les personnes visées font également pencher la balance en faveur d'un degré d'équité procédurale qui, à tout le moins, tient compte de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire raisonnable pour déterminer la situation du demandeur en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2). Les décisions en litige ont déterminé en fin de compte si le demandeur serait renvoyé ou non du Canada. Les décisions qui sont prises en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) offrent un recours restreint pour ce qui est de l'obtention d'une autre dispense, dans le cas d'un demandeur visé par une allégation d'interdiction de territoire pour cause de criminalité organisée. Il est nécessaire de tenir compte contextuellement des circonstances particulières d'un demandeur pour déterminer quelles sont les autres possibilités de recours. Les options dont dispose un résident permanent déclaré interdit de territoire pour cause de criminalité organisée en vertu de l'article 37 de la Loi sont restreintes, et une évaluation plus nuancée est requise. L'obligation d'équité procédurale exigeait que l'on donne au demandeur la possibilité de faire part d'observations sur le fond des allégations d'interdiction de territoire et qu'on lui assure un degré de divulgation approprié de manière qu'il comprenne ce qui lui était reproché. Un demandeur a droit à la divulgation demandée dans le cadre du processus fondé sur l'article 44 « lorsque les renseignements demandés sont importants et lui sont par ailleurs inconnus et non accessibles ». Dans la présente affaire, le demandeur ne disposait pas des informations nécessaires pour répondre à la preuve d'interdiction de territoire que détenait l'ASFC. Il était en droit de recevoir les informations importantes sur lesquelles l'ASFC s'était fondée, des informations qu'il ignorait ou dont il ne disposait pas par ailleurs. Le fondement factuel fourni ne constituait pas une divulgation suffisante dans la présente affaire.

En l'espèce, il n'y avait pas lieu d'entreprendre un exercice théorique et de décréter de façon générale que les agents et le ministre sont tenus à un degré d'équité procédurale plus élevé. Étant donné que des degrés divers d'équité procédurale peuvent s'appliquer dans le contexte particulier d'un processus d'interdiction de territoire visé à l'article 44, l'on ne pourrait déclarer qu'un degré particulier d'équité procédurale s'applique en toutes circonstances. Les faits ne permettaient pas de conclure que l'agent de l'ASFC et le délégué du ministre ont invoqué le motif d'interdiction de territoire pour criminalité organisée dans le but d'empêcher le demandeur d'avoir accès à la Section de la protection des réfugiés. Il y a une certaine gravité dans la manière dont le législateur a décidé de traiter les personnes visées par des allégations de criminalité organisée.

of relief still operate as alternative measures for an applicant subject to a removal order and in need of protection.

The matter was remitted to a different officer for reconsideration. A question was certified to determine the extent to which a Minister's delegate must consider Canada's obligations under the Refugee Convention in deciding to refer the case of a refugee claimant to the Immigration Division on the grounds of organized criminality.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(b).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 6.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16.  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 27(1).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h),(i), 24, 25, 34, 35, 36(1)(c), 37, 40(1)(a), 42.1, 44, 45, 46(1)(c), 48, 64, 112, 113, 114(1)(b), 115.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 11.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Arts. 12, 13, 17, 23.  
*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713;

Bien que des voies de recours restreintes puissent rehausser le degré d'équité procédurale dont il faut faire preuve envers un demandeur, ces formes de recours servent encore de mesures de rechange dans le cas d'un demandeur faisant l'objet d'une mesure de renvoi et ayant besoin de protection.

L'affaire a été renvoyée à un autre agent en vue d'un nouvel examen. Une question a été certifiée pour déterminer la mesure dans laquelle un délégué du ministre doit prendre en considération les obligations du Canada aux termes de la Convention sur les réfugiés au moment de déterminer s'il faut déférer le dossier d'un demandeur d'asile à la Section de l'immigration pour criminalité organisée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 6.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253b).  
*Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 11.  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 27(1).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h),(i), 24, 25, 34, 35, 36(1)(c), 37, 40(1)(a), 42.1, 44, 45, 46(1)(c), 48, 64, 112, 113, 114(1), 115.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 12, 13, 17, 23.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 563; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Canada*



*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167.

DISTINGUISHED:

*Sharma v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492; *Lin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FCA 81; *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409; *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3, [2005] F.C.J. No. 533 (QL); *Durkin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 174.

CONSIDERED:

*Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355, leave to appeal to S.C.C. refused April 2, 2020 (38891); *R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696; *McAlpin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 422, [2018] 4 F.C.R. 225; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704.

REFERRED TO:

*Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Jeffrey v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1180, 70 Imm. L.R. (4th) 173; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, leave to appeal to S.C.C. refused [2011] 3 S.C.R. vi; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Mannings v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 823; *McLeish v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 705; *Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354; *Obazughanmwun v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FC 683; *Surgeon v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1314.

AUTHORS CITED:

Immigration, Refugee and Citizenship Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 5 “Writing 44(1) Reports”.

*(Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492; *Lin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CAF 81; *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409; *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3, [2005] A.C.F. n° 533 (QL); *Durkin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 174.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355, autorisation d’appel à la C.S.C. refusée le 2 avril 2020 (38891); *R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696; *McAlpin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 422, [2018] 4 R.C.F. 225; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704.

DÉCISIONS CITÉES :

*Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Jeffrey c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1180; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, autorisation d’appel à la C.S.C. refusée [2011] 3 R.C.S. vi; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Mannings c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 823; *McLeish c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 705; *Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354; *Obazughanmwun c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CF 683; *Surgeon c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1314.

DOCTRINE CITÉE

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la Loi (ENF)*, chap. ENF 5 « Rédaction des rapports en vertu de L44(1).

APPLICATION for judicial review of a decision by an officer of the Canada Border Services Agency to write a subsection 44(1) inadmissibility report (section 44 report) against the applicant under paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*; and of a decision by the Minister's delegate to refer the section 44 report to an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada de rédiger un rapport d'interdiction de territoire fondé sur le paragraphe 44(1) (le rapport fondé sur l'article 44) à l'encontre du demandeur en application de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et d'une décision du délégué du ministre de déférer pour enquête le rapport fondé sur l'article 44 à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Demande accueillie.

#### APPEARANCES

*Erica Olmstead* for applicant.  
*Brett J. Nash* for respondent.

#### ONT COMPARU :

*Erica Olmstead* pour le demandeur.  
*Brett J. Nash* pour le défendeur.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Edelmann & Co. Law Offices*, Vancouver,  
for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for  
respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Edelmann & Co. Law Offices*, Vancouver, pour  
le demandeur.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour  
le défendeur.

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

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

MANSON J.:

LE JUGE MANSON :

#### I. Introduction

[1] This is an application for judicial review of two decisions of the Canada Border Services Agency (CBSA): (1) a December 5, 2019, decision of the Officer to write a subsection 44(1) inadmissibility report (section 44 report) against the applicant under paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA); and (2) an October 6, 2020, decision of the Minister's delegate to refer the section 44 report to an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board of Canada, finding that there are reasonable grounds to believe that the applicant is inadmissible under paragraphs 37(1)(a) and 37(1)(b) of the IRPA.

#### I. Introduction

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de deux décisions de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) : 1) une décision, datée du 5 décembre 2019, d'un agent (l'agent de l'ASFC) de rédiger un rapport d'interdiction de territoire fondé sur le paragraphe 44(1) (le rapport fondé sur l'article 44) à l'encontre du demandeur en application de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et 2) une décision, datée du 6 octobre 2020, du délégué du ministre de déférer pour enquête les rapports fondés sur l'article 44 à la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, après avoir conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était interdit de territoire en application des alinéas 37(1)a) et 37(1)b) de la LIPR.

## II. Background

[2] The applicant, XY, is a permanent resident of Canada, having landed with his spouse on November 3, 2002. His spouse and minor son are Canadian citizens.

[3] In a letter, dated May 18, 2018, the Officer notified the applicant that a section 44 report has been or may be prepared, alleging that the applicant may be inadmissible to Canada for misrepresentation under paragraph 40(1)(a) of the IRPA. The applicant was alleged to have provided false employment information in his application to renew his permanent resident card, in the context of an immigration scheme.

[4] The applicant provided submissions in response to the procedural fairness letter in July of 2018 and an interview was scheduled with the CBSA for April 16, 2019, to discuss the applicant's case. During the interview, the Officer referenced an [\*\*\*], accusing the applicant of bribery and money laundering. The Officer sought the applicant's "side of the story", verbally indicating the allegations against the applicant. The applicant's counsel in attendance stated that the applicant would not be answering questions in regards to this and sought a written outline disclosing the allegations against the applicant, on the basis of which a disclosure request would be made.

[5] On September 9, 2019, the applicant received another procedural fairness letter from CBSA (the "Letter"). It advised that a section 44 report has or will be prepared alleging the applicant may be inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(b) of the IRPA, for the applicant's alleged involvement in "transnational transactions that were attempts to engage in money laundering". Specifically, the applicant had been under investigation since 2012, when information was received from the Chinese authorities and supported by "various sources". The applicant had allegedly accepted bribes [\*\*\*] and engaged in money laundering.

## II. Le contexte

[2] Le demandeur, XY, est résident permanent du Canada, ayant obtenu le droit d'établissement avec son épouse le 3 novembre 2002. Son épouse et son fils d'âge mineur sont citoyens canadiens.

[3] Dans une lettre datée du 18 mai 2018, l'agent de l'ASFC a informé le demandeur qu'un rapport fondé sur l'article 44 avait été ou pouvait être établi, alléguant qu'il était peut-être interdit de territoire au Canada pour présentation erronée au sens de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. Le demandeur avait censément fourni de faux renseignements concernant son emploi dans sa demande de renouvellement de sa carte de résident permanent, et ce, dans le contexte d'un stratagème en matière d'immigration.

[4] En juillet 2018, le demandeur a fourni des observations en réponse à la lettre d'équité procédurale, et un entretien avec l'ASFC a été fixé au 16 avril 2019 afin de discuter de son dossier. Lors de cet entretien, l'agent de l'ASFC a fait référence à [\*\*\*], accusant le demandeur de corruption et de blanchiment d'argent. Il a voulu obtenir la [TRADUCTION] « version des faits » du demandeur, en indiquant de vive voix les allégations qui lui étaient reprochées. L'avocat qui représentait le demandeur à cette occasion a déclaré que celui-ci ne répondrait pas à des questions sur le sujet, et il a demandé que l'on fournisse un résumé écrit des allégations formulées contre son client, un résumé sur le fondement duquel une demande de divulgation serait déposée.

[5] Le 9 septembre 2019, le demandeur a reçu une autre lettre d'équité procédurale de l'ASFC (la lettre de l'ASFC). Ce document indiquait qu'un rapport fondé sur l'article 44 avait été ou serait établi, alléguant qu'il se pouvait que le demandeur soit interdit de territoire au Canada en application de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, en raison de son implication alléguée dans des [TRADUCTION] « opérations transnationales visant à se livrer à du blanchiment d'argent ». Plus précisément, le demandeur faisait l'objet d'une enquête depuis 2012, après que des informations, étayées par des [TRADUCTION] « sources diverses », avaient été reçues des autorités chinoises. Le demandeur aurait censément accepté des pots-de-vin [\*\*\*] et se serait livré à du blanchiment d'argent.

[6] The applicant received summary information from CBSA, obtained from the Chinese authorities, regarding the allegations under paragraph 37(1)(b) of the IRPA, and including information on allegations under paragraphs 36(1)(c), 37(1)(a) and 40(1)(a) of the IRPA, as enclosed in the “Subsection 44(1) and 55 Highlights—Inland Cases” (the “Highlights”).

[7] The Letter stated that the next step in the process would be to conduct a review of the circumstances of the applicant’s case: “If a report is prepared, a Minister’s Delegate may cause an Admissibility Hearing to be held, which could result in a removal order being issued”. The applicant was further invited to make written submissions:

... providing reasons why a removal order should not be sought. The submission may include details relevant to your case, including, but not limited to, your age at the time you acquired permanent residence, your length of residence in Canada, the location of family support and responsibilities, the conditions in your home country, your degree of establishment, your criminal history, and any history of non-compliance and your current attitude, and any other relevant factors. [Emphasis removed.]

[8] In his response, dated September 24, 2019, the applicant requested full disclosure of the information and documents that CBSA was relying upon in order to respond to the substance of the allegations (the “Disclosure Request”). Without such disclosure, the applicant claimed that he was only in a position to provide submissions on the humanitarian and compassionate (H&C) aspects. Counsel at the time for the applicant indicated:

He cannot respond to the case to be met on the allegations that he has violated IRPA because he has not been provided the evidence you have referred to and relied upon that forms the basis for the opinions in the s. 44 report. Your report is a summary of records that you have seen for yourself. [The applicant] is entitled to see these for himself to consider his own response.

...

[6] Le demandeur a reçu des informations sommaires de l’ASFC, obtenues des autorités chinoises, au sujet des allégations visées à l’alinéa 37(1)b de la LIPR, et comprenant des informations sur des allégations visées aux alinéas 36(1)c, 37(1)a et 40(1)a de la LIPR, telles qu’incluses dans le formulaire intitulé « Paragraphe 44(1) et article 55 Faits saillants — Cas dans les bureaux intérieurs » (les Faits saillants).

[7] La lettre indiquait que la prochaine étape du processus consisterait à passer en revue les circonstances entourant le dossier du demandeur : [traduction] « [s]i un rapport est établi, il est possible qu’un délégué du ministre fasse tenir une enquête, ce qui pourrait mener à la prise d’une mesure de renvoi ». La lettre invitait en outre le demandeur à présenter des observations écrites :

[TRADUCTION] [...] expliquant pourquoi il ne faudrait pas demander une mesure de renvoi. Les observations peuvent inclure des détails pertinents pour votre dossier, dont, notamment, votre âge à l’époque où vous avez acquis la résidence permanente, la durée de votre séjour au Canada, l’emplacement des mesures de soutien et des responsabilités familiales, la situation dans votre pays d’origine, votre degré d’établissement, vos antécédents criminels, vos antécédents de non-conformité, s’il y en a, et votre attitude actuelle, de même que tout autre facteur pertinent. [Soulignement omis.]

[8] Dans sa réponse, datée du 24 septembre 2019, le demandeur a demandé la divulgation complète des informations et des documents sur lesquels l’ASFC se fondait de façon à pouvoir répondre au fond des allégations (la demande de divulgation). Sans cette divulgation, soutenait-il, il ne lui était possible que de fournir des observations sur les aspects humanitaires (CH). L’avocat qui le représentait à cette époque a indiqué :

[TRADUCTION] Il ne peut pas répondre aux allégations selon lesquelles il a violé la LIPR parce qu’on ne lui a pas fourni les éléments de preuve auxquels vous avez fait référence et sur lesquels vous vous fondez, et qui constituent le fondement des opinions formulées dans le rapport fondé sur l’article 44. Votre rapport est un résumé de documents que vous seul avez vus. [Le demandeur] a le droit de les voir pour savoir quoi répondre.

[...]

As such we are requesting full disclosure of the evidence you have referred to and relied upon that forms the basis for the opinions in the s. 44 report dated September 9, 2019, and all potentially relevant records accessible to you and not otherwise accessible to [the Applicant] that may be relevant to the issues set out in the s. 44 report....

[9] The Disclosure Request was refused by the Officer, in a letter dated September 26, 2019, because:

.... submissions in these sorts of circumstances are generally regarding an individual's personal circumstances as to why a report should not be referred. The making of submissions is to allow the minister's delegate an opportunity to exercise their discretion as to whether a removal order ought to be sought based on an individual's personal circumstances and the impact that a removal order would have on them. The Immigration and Refugee Board has not been delegated the discretion to make this assessment; only to assess whether the evidence supports an inadmissibility. Therefore, the appropriate forum for [the Applicant] to launch a comprehensive defense of inadmissibility is during an admissibility hearing should the minister's delegate determine there is sufficient grounds to cause one. Furthermore, at this stage [the applicant] is only required to know the factual basis of the allegation against him which has already been disclosed in the form of the 44 report highlights. As such the appropriate time for disclosure is when/if a report is forwarded for a hearing.

[10] Counsel for the applicant responded in an October 21, 2019, letter to confirm the applicant's understanding—the exercise of the Officer's discretion whether to seek a removal order will be based on the applicant's personal circumstances, not on whether the evidence indicates that he is inadmissible. The applicant's submissions addressed the potential personal impact of a removal order on him and his family, and the risk of death or cruel and unusual punishment or treatment, including torture, should the applicant be returned to China. The applicant alleges he will likely be tortured if returned to China so that the authorities can pursue a

Cela étant, nous demandons la divulgation complète des éléments de preuve auxquels vous avez fait référence et sur lesquels vous vous fondez, et qui constituent le fondement des opinions formulées dans le rapport fondé sur l'article 44, daté du 9 septembre 2019, ainsi que de tous les documents potentiellement pertinents auxquels vous avez accès, mais pas [le demandeur], et qui pourraient se révéler pertinents à l'égard des questions énoncées dans le rapport fondé sur l'article 44 [...]

[9] Dans une lettre datée du 26 septembre 2019, l'agent de l'ASFC a rejeté la demande de divulgation parce que :

[TRADUCTION] [...] [D]ans ce genre de circonstances, les observations concernent généralement les circonstances personnelles d'une personne quant à la raison pour laquelle un rapport ne devrait pas être déféré. Les observations ont pour but de permettre au délégué du ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il convient de demander une mesure de renvoi en se fondant sur les circonstances personnelles d'une personne et sur l'effet que cette mesure aurait sur elle. Le pouvoir discrétionnaire de faire cette évaluation n'a pas été délégué à la Commission de l'immigration et du statut de réfugié; celle-ci peut uniquement évaluer si les éléments de preuve étayaient une interdiction de territoire. De ce fait, le moment où [le demandeur] peut lancer une défense exhaustive contre une interdiction de territoire est au cours d'une enquête si le délégué du ministre décide qu'il y a suffisamment de motifs pour en tenir une. De plus, à ce stade [le demandeur] est seulement tenu de connaître le fondement factuel de l'allégation portée contre lui qui a été déjà été divulguée sous la forme des faits saillants du rapport fondé sur l'article 44. Cela étant, le moment où il convient d'effectuer une divulgation est quand ou si un rapport est déféré en vue d'une enquête.

[10] L'avocat du demandeur a répondu dans une lettre datée du 21 octobre 2019 pour confirmer ce que son client avait compris — l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'agent de l'ASFC, pour ce qui est de solliciter une mesure de renvoi ou non, dépendra des circonstances personnelles du demandeur, et non du fait de savoir si la preuve indique que celui-ci est interdit de territoire. Les observations du demandeur portaient sur l'éventuel impact personnel d'une mesure de renvoi sur lui et sa famille, ainsi que sur le risque de mort ou de peines ou traitements cruels et inusités, y compris la torture, s'il était renvoyé en Chine. Le demandeur allègue

confession. Once convicted, the applicant would be liable to receive the death penalty in China.

[11] On December 5, 2019, the Officer made the decision to write a section 44 report against the applicant under paragraph 37(1)(b) of the IRPA, pursuant to subsection 44(1) of the IRPA.

[12] On October 6, 2020, the Minister's delegate then referred the reports, both under paragraphs 37(1)(a) and 37(1)(b) of the IRPA, for an admissibility hearing before the Immigration Division, pursuant to subsection 44(2) of the IRPA, finding that there are reasonable grounds to believe that the applicant is inadmissible under paragraphs 37(1)(a) and 37(1)(b) of the IRPA.

[13] The applicant seeks an order of this Court setting aside the subsection 44(1) decision to write and the subsection 44(2) decision to refer the section 44 report, and referring the matter back to a different officer for redetermination in accordance with this Court's reasons.

#### A. *The Legislative Scheme*

[14] A permanent resident may be found inadmissible to Canada, leading to a loss of status and removal from Canada (*Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355 (*Revell*), at paragraph 5, leave to appeal to S.C.C. refused 38891 (2 April 2020)). The grounds for inadmissibility include serious criminality, as set out in subsection 36(1) of the IRPA and organized criminality, as set out in subsection 37(1) of the IRPA:

##### Serious criminality

**36 (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of serious criminality for

...

qu'il sera vraisemblablement torturé s'il est renvoyé en Chine afin que les autorités puissent obtenir des aveux. Une fois reconnu coupable, il risque dans ce pays la peine de mort.

[11] Le 5 décembre 2019, l'agent de l'ASFC a décidé d'établir un rapport fondé sur l'article 44 à l'encontre du demandeur en vertu de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR, conformément au paragraphe 44(1) de la LIPR.

[12] Le 6 octobre 2020, le délégué du ministre a ensuite déféré les rapports, les deux en vertu des alinéas 37(1)a) et 37(1)b) de la LIPR, en vue de la tenue d'une enquête devant la Section de l'immigration, conformément au paragraphe 44(2) de la LIPR, après avoir conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur était interdit de territoire au sens des alinéas 37(1)a) et 37(1)b) de la LIPR.

[13] Le demandeur souhaite que notre Cour rende une ordonnance infirmant la décision, prise en vertu du paragraphe 44(1), d'établir le rapport fondé sur l'article 44, ainsi que la décision, prise en vertu du 44(2), de déférer ce rapport pour enquête, et qu'elle renvoie l'affaire à un agent de l'ASFC différent en vue d'une nouvelle décision, conformément aux motifs de notre Cour.

#### A. *Le régime législatif*

[14] Un résident permanent peut être déclaré interdit de territoire au Canada, ce qui mène à la perte de son statut et à son renvoi du Canada (*Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355 (*Revell*), au paragraphe 5, autorisation d'interjeter appel auprès de la C.S.C. refusée par 38891 (2 avril 2020)). Les motifs d'interdiction de territoire comprennent la grande criminalité, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 36(1) de la LIPR, et la criminalité organisée, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 37(1) de la LIPR :

##### Grande criminalité

**36 (1)** Emportent interdiction de territoire pour grande criminalité les faits suivants :

[...]

(c) committing an act outside Canada that is an offence in the place where it was committed and that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years.

...

#### Organized criminality

**37 (1)** A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of organized criminality for

(a) being a member of an organization that is believed on reasonable grounds to be or to have been engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of an offence punishable under an Act of Parliament by way of indictment, or in furtherance of the commission of an offence outside Canada that, if committed in Canada, would constitute such an offence, or engaging in activity that is part of such a pattern; or

(b) engaging, in the context of transnational crime, in activities such as people smuggling, trafficking in persons or laundering of money or other proceeds of crime.

[15] The framework for the adjudication and enforcement of inadmissibility allegations is provided under the IRPA—a legislative scheme which has been described by the Federal Court of Appeal as comprehensive (*Revell*, above, at paragraph 5).

[16] If a CBSA officer (officer) is of the view that a permanent resident is inadmissible, they may prepare a report in accordance with subsection 44(1) of the IRPA:

#### Preparation of report

**44 (1)** An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

[17] This report is transmitted to the Minister or the Minister’s delegate (the “Minister”), who may subsequently refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, as provided for in subsection 44(2) of the IRPA:

c) commettre, à l’extérieur du Canada, une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d’un emprisonnement maximal d’au moins dix ans.

[...]

#### Activités de criminalité organisée

**37 (1)** Emportent interdiction de territoire pour criminalité organisée les faits suivants :

a) être membre d’une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu’elle se livre ou s’est livrée à des activités faisant partie d’un plan d’activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d’une infraction à une loi fédérale punissable par mise en accusation ou de la perpétration, hors du Canada, d’une infraction qui, commise au Canada, constituerait une telle infraction, ou se livrer à des activités faisant partie d’un tel plan;

b) se livrer, dans le cadre de la criminalité transnationale, à des activités telles le passage de clandestins, le trafic de personnes ou le recyclage des produits de la criminalité.

[15] La LIPR prévoit le cadre qui régit l’examen des allégations d’interdiction de territoire ainsi que l’exécution des décisions qui s’ensuivent — un régime législatif que la Cour d’appel fédérale a qualifié de complet (*Revell*, précité, au paragraphe 5).

[16] Si un agent de l’ASFC (l’agent) est d’avis qu’un résident permanent est interdit de territoire, il peut établir un rapport conformément au paragraphe 44(1) de la LIPR :

#### Rapport d’interdiction de territoire

**44 (1)** S’il estime que le résident permanent ou l’étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l’agent peut établir un rapport circonstancié, qu’il transmet au ministre.

[17] Ce rapport est transmis au ministre ou à son délégué (le ministre), qui peut ensuite le déférer à la Section de l’immigration pour enquête, comme il est prévu au paragraphe 44(2) de la LIPR :

44 ...

**Referral or removal order**

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

[18] While the scope of discretion of an officer and the Minister in writing and referring section 44 reports has remained the subject of litigation, it is clear that they retain *some* discretion in exercising this function (*Revell*, at paragraph 6; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at paragraph 6).

[19] The Immigration Division must then, at the conclusion of the admissibility hearing: (1) recognize a person's right to enter Canada; (2) grant permanent resident status or temporary resident status to a foreign national; (3) authorize a permanent resident or foreign national, with or without conditions, to enter Canada for further examination; or (4) make the applicable removal order IRPA, section 45).

[20] There is no further right of appeal to the Immigration Appeal Division, where a foreign national or permanent resident has been found inadmissible on the basis of organized criminality or in some cases, serious criminality IRPA, subsections 64(1)–(2)):

**No appeal for inadmissibility**

**64 (1)** No appeal may be made to the Immigration Appeal Division by a foreign national or their sponsor or by a permanent resident if the foreign national or permanent resident has been found to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality.

**Serious criminality**

(2) For the purpose of subsection (1), serious criminality must be with respect to a crime that was punished in

44 [...]

**Suivi**

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

[18] L'étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouissent un agent et le ministre pour ce qui est de l'établissement et du renvoi des rapports fondés sur l'article 44 demeure un sujet de litige, mais il est évident que, pour l'exercice de cette fonction, ils conservent un certain pouvoir discrétionnaire (*Revell*, au paragraphe 6; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, au paragraphe 6).

[19] À la conclusion de l'enquête, la Section de l'immigration doit ensuite : 1) reconnaître le droit d'une personne d'entrer au Canada, 2) octroyer à un étranger le statut de résident permanent ou de résident temporaire, 3) autoriser un résident permanent ou un étranger, avec ou sans conditions, à entrer au Canada pour contrôle complémentaire, ou 4) prendre la mesure de renvoi applicable (LIPR, article 45).

[20] Il n'existe pas d'autre droit d'appel auprès de la Section d'appel de l'immigration dans les cas où un étranger ou un résident permanent a été déclaré interdit de territoire pour cause de criminalité organisée ou, dans certains cas, de grande criminalité (LIPR, aux paragraphes 64(1) et (2)) :

**Restriction du droit d'appel**

**64 (1)** L'appel ne peut être interjeté par le résident permanent ou l'étranger qui est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée, ni par dans le cas de l'étranger, son répondant.

**Grande criminalité**

(2) L'interdiction de territoire pour grande criminalité vise, d'une part, l'infraction punie au Canada par un



Canada by a term of imprisonment of at least six months or that is described in paragraph 36(1)(b) or (c).

emprisonnement d'au moins six mois et, d'autre part, les faits visés aux alinéas 36(1)b) et c).

[21] If a removal order comes into force, the permanent resident loses status and becomes a foreign national (IRPA, paragraph 46(1)(c)):

[21] Si une mesure de renvoi entre en vigueur, le résident permanent perd son statut et devient un étranger (LIPR, alinéa 46(1)c)) :

**Permanent resident**

**Résident permanent**

**46 (1)** A person loses permanent resident status

**46 (1)** Emportent perte du statut de résident permanent les faits suivants :

...

[...]

(c) when a removal order made against them comes into force.

c) la prise d'effet de la mesure de renvoi.

[22] Nevertheless, three avenues remain open to the foreign national: (1) A temporary resident permit, pursuant to section 24 of the IRPA; (2) a discretionary exemption from inadmissibility on H&C grounds, under section 25 of the IRPA; and (3) a ministerial declaration or ministerial relief, under section 42.1 of the IRPA, where an exception to inadmissibility is granted on the basis that it is not contrary to national interest (*Revell*, at paragraphs 8–10).

[22] Néanmoins, l'étranger dispose encore de trois recours : 1) un permis de résident temporaire, conformément à l'article 24 de la LIPR, 2) une dispense discrétionnaire quant à l'interdiction de territoire pour motifs CH, en application de l'article 25 de la LIPR, et 3) une déclaration ou une dispense du ministre, en application de l'article 42.1 de la LIPR, dans les cas où une exception à l'interdiction de territoire est accordée au motif que cette mesure n'est pas contraire à l'intérêt national (*Revell*, aux paragraphes 8 à 10).

[23] The second avenue, an exemption on H&C grounds, is not available to foreign nationals who are inadmissible for organized criminality (IRPA, subsection 25(1)), under section 37 of the IRPA, nor on the basis of security grounds or for violating human and international rights, under section 34 or 35 of the IRPA (IRPA, subsection 25(1)).

[23] Le deuxième recours, une dispense pour motifs CH, n'est pas accessible aux étrangers qui sont interdits de territoire pour criminalité organisée (LIPR, paragraphe 25(1)), en vertu de l'article 37 de la LIPR, pas plus que pour des motifs de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, au sens des articles 34 ou 35 de la LIPR (LIPR, paragraphe 25(1)).

[24] A foreign national can also apply for a pre-removal risk assessment (PRRA) to stay removal from Canada or seek a deferral of removal (*Revell*, at paragraphs 11–12; IRPA, sections 48, 112–113). The objective of the PRRA process is to determine whether a person would be subject to a danger of torture or to a risk to their life, or to cruel and unusual treatment, if removed to his or her country of nationality. The result of a favourable PRRA assessment for an applicant who has been deemed inadmissible on the ground of organized criminality is a stay of removal (IRPA, subsection 112(3) and paragraph 114(1)(b)). CBSA also retains limited discretion to defer a removal (*Revell*, at paragraphs 11–12).

[24] Un étranger peut également présenter une demande d'évaluation des risques avant renvoi (ERAR) pour obtenir un sursis à son renvoi du Canada ou pour solliciter un report de ce renvoi (*Revell*, aux paragraphes 11 et 12; LIPR, articles 48, 112, et 113). Le processus d'ERAR a pour but de décider si une personne risque d'être soumise à la torture, à une menace pour sa vie ou au risque de traitements cruels et inusités si elle est renvoyée dans le pays dont elle a la nationalité. Dans le cas d'un demandeur qui a été déclaré interdit de territoire pour cause de criminalité organisée, le résultat d'un ERAR favorable est un sursis à son renvoi (LIPR, paragraphe 112(3) et paragraphe 114(1)). L'ASFC conserve

également le pouvoir discrétionnaire restreint de surseoir à l'exécution d'une mesure de renvoi (*Revell*, aux paragraphes 11 et 12).

### III. Decisions Under Review

[25] Both the Officer and the Minister's delegate found in their respective decisions that there are insufficient H&C considerations to overcome the serious nature of the inadmissibility allegations.

[26] The Officer provided in the December 5, 2019, decision to write a section 44 report:

In my determination insufficient humanitarian and compassionate grounds were provided and therefore I recommend that the 44 reports for 36(1)(c), 37(1)(a) and 37(1)(b) be referred to an admissibility hearing, I make this recommendation due to serious nature of the allegations against [the Applicant].

[27] The Minister's delegate further stated in the October 6, 2020, decision to refer the section 44 reports to an admissibility hearing:

I have made the decision to refer the S. 44 reports to an admissibility hearing as I believe there are reasonable grounds to believe that [the Applicant] is inadmissible under s. 37(1)(a) and 37(1)(b). I believe there are insufficient humanitarian and compassionate considerations to overcome the seriousness of the allegations under the IRPA.

### IV. Issues

[28] The issues are:

- A. Is the application premature?
- B. Did the Officer breach the duty of procedural fairness owed to the applicant?
- C. What level of discretion and procedural fairness is owed in a decision to write and refer a section 44 report, particularly considering where a nexus exists to a refugee claim?

### III. Les décisions faisant l'objet du présent contrôle

[25] Tant l'agent de l'ASFC que le délégué du ministre ont conclu, dans leurs décisions respectives, qu'il n'y avait pas assez de motifs CH pour remédier à la nature sérieuse des allégations d'interdiction de territoire.

[26] L'agent a écrit ce qui suit dans la décision, prise le 5 décembre 2019, de rédiger un rapport fondé sur l'article 44 :

[TRADUCTION] Selon moi, les motifs d'ordre humanitaire fournis sont insuffisants et je recommande donc que les rapports fondés sur l'article 44 pour les alinéas 36(1)(c), 37(1)(a) et 37(1)(b) soient déférés en vue de la tenue d'une enquête, et je formule cette recommandation en raison de la nature sérieuse des allégations formulées contre [le demandeur].

[27] Le délégué du ministre a déclaré de plus ce qui suit dans la décision, prise le 6 octobre 2020, de déférer le rapport pour enquête :

[TRADUCTION] J'ai pris la décision de déférer les rapports fondés sur l'article 44 pour enquête, car je suis d'avis qu'il y a des motifs raisonnables de croire que [le demandeur] est interdit de territoire en vertu des alinéas 37(1)(a) et 37(1)(b). Je suis également d'avis qu'il n'y a pas assez de motifs d'ordre humanitaire pour remédier à la gravité des allégations formulées sous le régime de la LIPR.

### IV. Les questions en litige

[28] Les questions en litige sont les suivantes :

- A. La demande est-elle prématurée?
- B. L'agent de l'ASFC a-t-il manqué à l'obligation d'équité procédurale envers le demandeur?
- C. De quel degré de pouvoir discrétionnaire et d'équité procédurale faut-il faire preuve dans le cadre d'une décision d'établir et de déférer un rapport fondé sur l'article 44, compte tenu

notamment du fait qu'il existe un lien avec une demande d'asile?

#### V. Standard of Review

[29] Issues that relate to a breach of procedural fairness are reviewed on the standard of correctness (*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraphs 34–35 and 54–55, citing *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraph 79).

[30] The parties argued in their written submissions that the standard of review to be applied is that of reasonableness. However, in oral argument they agreed that procedural fairness issues were engaged. The issues put forward by the applicant relate to the fairness of the process employed by the Officer. They concern whether the applicant's opportunity to respond to the substance of the inadmissibility allegations was hampered by the Officer. Such participatory rights are contained within the duty of procedural fairness (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 (*Baker*), at paragraph 22):

Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within 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 its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

[31] Prior to the Supreme Court of Canada's decision in *Vavilov*, an applicant's entitlement to disclosure in the context of a section 44 process under the IRPA has previously been reviewed on the standard of correctness (*Jeffrey v.*

#### V. La norme de contrôle applicable

[29] Les questions qui se rapportent à un manquement à l'équité procédurale sont contrôlées en fonction de la norme de la décision correcte (*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, aux paragraphes 34, 35, 54 et 55, citant l'arrêt *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, au paragraphe 79).

[30] Dans leurs observations écrites, les parties ont fait valoir que la norme de contrôle à appliquer est celle de la décision raisonnable. Cependant, lors des plaidoiries, elles ont convenu qu'il y avait en jeu des questions d'équité procédurale. Les questions litigieuses que soulève le demandeur ont trait à l'équité du processus que l'agent de l'ASFC a suivi. Elles concernent le fait de savoir si cet agent a privé le demandeur de la possibilité de répondre au fond des allégations d'interdiction de territoire. Les droits de participation de cette nature font partie de l'obligation d'équité procédurale (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), au paragraphe 22) :

Bien que l'obligation d'équité soit souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés, il est utile d'examiner les critères à appliquer pour définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données. Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur[s] points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

[31] Avant que la Cour suprême du Canada rende l'arrêt *Vavilov*, le droit d'un demandeur à la divulgation de la preuve, dans le contexte d'un processus prévu à l'article 44 de la LIPR, était contrôlé selon la norme de la

*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1180, 70 Imm. L.R. (4th) 173 (*Jeffrey*), at paragraph 20; see also *Sharma v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FCA 319, [2017] 3 F.C.R. 492 (*Sharma*), at paragraph 15). This approach has not changed in light of *Vavilov*, where the *Vavilov* framework applies to the merits of an administrative decision under review (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraphs 23 and 77).

[32] Nevertheless, the scope of discretion engaged by an officer or the Minister to respectively write and refer a section 44 report is reviewed on the standard of reasonableness (*Vavilov*, above, at paragraph 25; *Sharma*, above, at paragraph 15).

## VI. Analysis

### A. *The Parties' Positions*

[33] The applicant argues that the Officer misunderstood and improperly communicated the scope of his decision-making authority. By indicating to the applicant that the Officer's discretion to write a section 44 report would be based on the applicant's personal circumstances, he denied the applicant a fair opportunity to respond to the inadmissibility allegations. By refusing the Disclosure Request, the Officer further hampered the applicant's ability to fairly and fully respond. The information relied on by the Officer was obtained directly from the Chinese authorities and the applicant could not have obtained the information in any other way. The Highlights were insufficient to meet the requirements of procedural fairness, in a context such as this, where inadmissibility is not based on a conviction in Canada.

[34] The applicant also asserts that although the alleged errors arise on a lower level of procedural fairness, this Court should reconsider the threshold of procedural fairness and scope of discretion engaged in the context of the Officer's subsection 44(1) and the Minister's

décision correcte (*Jeffrey c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1180 (*Jeffrey*), au paragraphe 20; voir aussi l'arrêt *Sharma c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CAF 319, [2017] 3 R.C.F. 492 (*Sharma*), au paragraphe 15). Cette démarche n'a pas changé en raison de l'arrêt *Vavilov*, où le cadre qui y est exposé s'applique au bien-fondé d'une décision administrative faisant l'objet d'un contrôle (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 563 (*Vavilov*), aux paragraphes 23 et 77).

[32] Néanmoins, l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont jouit un agent de l'ASFC ou le ministre pour ce qui est d'établir et de déférer, respectivement, un rapport fondé sur l'article 44 est contrôlé selon la norme de la décision raisonnable (*Vavilov*, précité, au paragraphe 25; *Sharma*, précité, au paragraphe 15).

## VI. Analyse

### A. *Les positions des parties*

[33] Le demandeur fait valoir que l'agent de l'ASFC a mal saisi et mal communiqué l'étendue de son pouvoir décisionnel. En lui disant que le pouvoir discrétionnaire qu'il avait d'établir un rapport fondé sur l'article 44 reposerait sur ses circonstances personnelles, l'agent de l'ASFC l'a privé d'une possibilité raisonnable de répondre aux allégations d'interdiction de territoire. En rejetant la demande de divulgation, l'agent de l'ASFC l'a de plus empêché de répondre de manière équitable et complète. Les informations sur lesquelles s'était fondé l'agent de l'ASFC venaient directement des autorités chinoises et le demandeur n'aurait pu les obtenir d'aucune autre façon. Les Faits saillants n'étaient pas suffisants pour répondre aux exigences de l'équité procédurale, dans un contexte tel que celui-ci, où l'interdiction de territoire ne repose pas sur une déclaration de culpabilité au Canada.

[34] Le demandeur affirme également que même si les prétendues erreurs commises se situent à un degré moins élevé d'équité procédurale, la Cour devrait réexaminer le seuil d'équité procédurale et l'étendue du pouvoir discrétionnaire en jeu dans le contexte des décisions que

subsection 44(2) decisions. The applicant alleges that there are a number of factors that have been overlooked in prior decisions of this Court and the Federal Court of Appeal in interpreting these subsections of the IRPA.

[35] Furthermore, specific consideration must also be given to refugee claimants in this context. In the context of this case, the facts underlying the inadmissibility allegation may also create a basis for a refugee protection claim. The two streams are markedly different, specifically with respect to the parameters of the decision to be made. The applicant is asking this Court to clarify the proper framework to be followed in this context.

[36] It is the respondent's position that while the applicant does not have a right of appeal to the Immigration Appeal Division, he has an adequate alternative remedy available by way of the admissibility hearing before the Immigration Division and through the PRRA process. This application should be dismissed on the sole basis that it is premature. Further, the discretion of officers and the Minister respectively under subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA has largely been settled by recent jurisprudence of this Court. The impugned decisions are reasonable and do not warrant the intervention of this Court. The Officer and Minister's delegate exercised their limited discretion in accordance with the guidance of this Court and the Federal Court of Appeal.

#### B. Preliminary Issue: Prematurity of the Application

[37] The respondent argues that this application should be dismissed on the ground of prematurity alone. The respondent relies on the Federal Court of Appeal's decision in *Lin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FCA 81 (*Lin*). In *Lin*, the Federal Court of Appeal found that Minister's delegates acting under section 44 of the IRPA undertake what is akin to a screening exercise. A full opportunity to adduce evidence and advance factual and legal arguments is instead

l'agent de l'ASFC et le ministre ont prises en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2), respectivement. Il allègue qu'il y a un certain nombre de facteurs dont on n'a pas tenu compte dans des décisions antérieures de notre Cour et de la Cour d'appel fédérale dans le cadre de l'interprétation de ces dispositions de la LIPR.

[35] De plus, il faut également tenir expressément compte, dans ce contexte, des demandeurs d'asile. Dans le contexte de la présente affaire, les faits qui sous-tendent l'allégation d'interdiction de territoire peuvent aussi servir de fondement à une demande d'asile. Les deux « filières » sont nettement différentes, surtout en ce qui concerne les paramètres de la décision à rendre. Le demandeur voudrait que notre Cour précise le cadre qu'il convient de suivre dans ce contexte.

[36] Le défendeur est d'avis que le demandeur n'a pas le droit d'interjeter appel auprès de la Section d'appel de l'immigration mais qu'il dispose d'un autre recours approprié, sous la forme de l'enquête tenue devant la Section de l'immigration et du processus d'ERAR. Il convient de rejeter la présente demande au seul motif qu'elle est prématurée. De plus, des décisions jurisprudentielles récentes de notre Cour ont réglé en grande partie la question du pouvoir discrétionnaire dont jouissent les agents et le ministre, respectivement, en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR. Les décisions contestées sont raisonnables et ne justifient pas que notre Cour intervienne. L'agent de l'ASFC et le délégué du ministre ont exercé leur pouvoir discrétionnaire restreint d'une manière conforme aux directives de notre Cour et de la Cour d'appel fédérale.

#### B. Une question préliminaire : la prématurité de la demande

[37] Le défendeur soutient qu'il y a lieu de rejeter la présente demande pour un seul motif, celui de la prématurité. Il invoque à cet égard l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Lin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CAF 81 (*Lin*). Dans l'arrêt *Lin*, la Cour d'appel fédérale a conclu que les délégués du ministre qui agissent en vertu de l'article 44 de la LIPR entreprennent ce qui s'apparente à un exercice d'évaluation préalable. Les demandeurs ont plutôt l'occasion pleine

available before the Immigration Division and the Immigration Appeal Division. The applications in *Lin*, seeking judicial review of the Minister's delegates' decisions to refer the appellants to inadmissibility hearings, were therefore premature. The available and adequate administrative resources had not been pursued. Any exception to this general rule is very rare, requiring exceptional circumstances (*Lin*, above, at paragraphs 4–6).

[38] The underlying decisions in *Lin* concerned allegations of inadmissibility for misrepresentation, pursuant to subsection 40(1)(a) of the IRPA. The respondent acknowledges that the applicant in this current application does not have a similar right of appeal to the Immigration Appeal Division, as the appellants possessed in *Lin*, owing to the operation of subsection 64(1) of the IRPA.

[39] Having access to both the Immigration Division and Immigration Appeal Division, the Federal Court of Appeal concluded in *Lin*, at paragraph, that:

.... The appellants will have a full opportunity to adduce evidence and advance their factual and legal arguments and concerns regarding the relevant issues in the Immigration Division and the Immigration Appeal Division. This includes any procedural fairness or substantive issues regarding the section 44 screening process that undermine the Immigration Division's ability to proceed. It also includes whether there were any misrepresentations giving rise to the grant of permanent residence, the relevant knowledge of the appellants, and any humanitarian and compassionate considerations. Thus, in the present cases, proceedings before the Immigration Division and the Immigration Appeal Division are both available and adequate: *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713 at para. 42.

[40] The respondent nonetheless asserts that the applicant in this case has an adequate alternative remedy available at the admissibility hearing before the

et entière de présenter des éléments de preuve et de faire valoir leurs arguments factuels et juridiques devant la Section de l'immigration et la Section d'appel de l'immigration. Les demandes dont il était question dans l'arrêt *Lin*, lesquelles sollicitaient le contrôle judiciaire des décisions des délégués du ministre de renvoyer les appelants à des audiences d'interdiction de territoire, étaient donc prématurées. Les recours administratifs disponibles et adéquats n'avaient pas été exercés. Toute exception à cette règle générale est très rare, et elle requiert des circonstances exceptionnelles (*Lin*, précité, aux paragraphes 4 à 6).

[38] Dans l'arrêt *Lin*, les décisions sous-jacentes avaient trait à des allégations d'interdiction de territoire pour présentation erronée, au sens de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. Le défendeur reconnaît que, dans la demande dont il est question en l'espèce, le demandeur ne jouit pas d'un droit d'appel semblable auprès de la Section d'appel de l'immigration, comme c'était le cas pour les appelants dans l'arrêt *Lin*, en raison de l'application du paragraphe 64(1) de la LIPR.

[39] Comme les appelants avaient accès à la fois à la Section de l'immigration et à la Section d'appel de l'immigration, la Cour d'appel fédérale a conclu dans l'arrêt *Lin* que (*Lin*, au paragraphe 4) :

[...] Les appelants auront pleinement l'occasion de présenter des éléments de preuve et de faire valoir leurs arguments factuels et juridiques ainsi que leurs préoccupations concernant les questions pertinentes devant la Section de l'immigration et la Section d'appel de l'immigration. Ils pourront soulever, entre autres, toute question d'équité procédurale ou question de fond concernant le processus d'évaluation préalable fondé sur l'article 44 qui mine la capacité de la Section de l'immigration à procéder. Par la même occasion, les questions concernant les fausses déclarations donnant lieu à l'octroi de la résidence permanente, la connaissance pertinente des appelants et les motifs d'ordre humanitaire seront examinées. Ainsi, en l'espèce, les instances devant la Section de l'immigration et la Section d'appel de l'immigration peuvent être instruites et sont efficaces : *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 42.

[40] Le défendeur affirme néanmoins que, en l'espèce, le demandeur dispose d'un autre recours approprié à l'enquête tenue devant la Section de l'immigration, et

Immigration Division in light of: (1) the convenience of the alternative remedy; (2) the nature of the error alleged; (3) the nature of the other forum which would deal with the issue, including remedial capacity; (4) the expertise of the alternative decision maker; and (5) economical use of judicial resources and costs (*Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713 (*Strickland*), at paragraph 42; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraphs 30–32, leave to appeal to S.C.C. refused [2011] 3 S.C.R. vi).

[41] I agree with the applicant that the consideration of prematurity requires a close attention to the facts. The section 44 process is inclusive of a variety of inadmissibility grounds, and applies to both permanent residents and foreign nationals. I note the Federal Court of Appeal's statements in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 (*Cha*), at paragraphs 21–22:

Subsection 44(2) of the Act applies to all grounds of inadmissibility. These grounds encompass such diverse areas as security, human or international rights violations, serious criminality, criminality, organized criminality, health, financial reasons, misrepresentation and non-compliance with the Act. The complexity of the facts at issue varies from ground to ground. Some grounds have legal components, others not. The subsection applies to permanent residents and to foreign nationals, who are not usually subject to the same treatment under the terms of the Act. The subsection applies both to the power of the Minister's delegate to refer the report to the Immigration Division and to his power to issue the removal order himself.

The scope of the discretion, therefore, may end up varying depending on the grounds alleged, on whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national and on whether the report is referred or not to the Immigration Division. There may be a room for discretion in some cases, and none in others. This is why it was wise to use the term “may”.

[42] I find that the circumstances in *Lin* are distinguishable from the current facts of this case and that the applicant does not have an adequate alternative remedy

ce, en raison de : 1) la commodité de l'autre recours, 2) la nature de l'erreur alléguée, 3) la nature de l'autre tribunal qui s'occuperait de la question, ce qui inclut la capacité réparatrice, 4) l'expertise de l'autre décideur et 5) l'utilisation économique des ressources et des frais judiciaires (*Strickland c. Canada*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713 (*Strickland*), au paragraphe 42; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, aux paragraphes 30 à 32, autorisation d'interjeter appel auprès de la C.S.C. refusée [2011] 3 R.C.S. vi).

[41] Je conviens avec le demandeur que l'examen de la question de la prématurité oblige à porter une attention particulière aux faits. Le processus prévu à l'article 44 comporte divers motifs d'interdiction de territoire, et il s'applique aussi bien aux résidents permanents qu'aux étrangers. Je signale ce qu'a décrété la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409 (*Cha*), aux paragraphes 21 et 22 :

Le paragraphe 44(2) s'applique à tous les motifs d'interdiction de territoire. Ces motifs se rattachent à des domaines aussi divers que la sécurité, les atteintes aux droits humains ou au droit international, la grande criminalité, la criminalité, les activités de criminalité organisée, l'état de santé, la situation financière, les fausses déclarations et les violations de la Loi. La complexité des faits en cause varie selon le motif concerné. Certains motifs comportent des aspects juridiques et d'autres pas. Le paragraphe 44(2) s'applique tant aux résidents permanents qu'aux étrangers, lesquels ne font habituellement pas l'objet d'un traitement identique dans la Loi. Il vise tant le pouvoir du représentant du ministre de déférer l'affaire à la Section de l'immigration que celui de prendre lui-même la mesure de renvoi.

Il se peut donc que, en fin de compte, la portée du pouvoir discrétionnaire varie selon les motifs allégués, selon que l'intéressé est un résident permanent ou un étranger ou selon que l'affaire est ou non renvoyée à la Section de l'immigration. Dans certains cas mais pas dans d'autres, il peut y avoir une marge d'appréciation. C'est pour cette raison qu'il a été sage de la part du législateur d'utiliser le terme « peut ».

[42] Je suis d'avis que les circonstances dont il était question dans l'arrêt *Lin* se distinguent des faits de l'espèce et que le demandeur ne dispose pas d'un autre

in the form of an admissibility hearing before the Immigration Division. For the reasons below, this application is not premature.

[43] The section 44 process does not result in a change of status for an applicant. The Federal Court of Appeal in *Sharma* aptly describes at paragraph 25: “While these decisions are important in the sense that they trigger the process that may ultimately strip the appellant of his permanent residency, they are of no immediate and practical consequence for the appellant.” The Immigration Division, seized of a section 44 report, will make the determination in this regard. The jurisprudence that likens the process under section 44 of the IRPA to a screening process is instructive.

[44] However, in discussing the duty of fairness owed by an officer and the Minister in the subsection 44(1) decision to write and subsection 44(2) referral decision, the Federal Court of Appeal stated (*Sharma*, at paragraph 24):

That being said, I am prepared to accept that the decisions to make a report and to subsequently refer it to the ID are not without significance. Considering that, once referred, the options of the ID appear to be very limited since it “shall make” a removal order if satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible, it would appear that the only discretion (albeit very limited) to prevent a foreign national or permanent resident from being removed rests with the immigration officer and the Minister or his delegate....

[45] Section 45 of the IRPA provides:

**Decision**

**45** The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions:

- (a) recognize the right to enter Canada of a Canadian citizen within the meaning of the Citizenship Act, a person registered as an Indian under the Indian Act or a permanent resident;

recours approprié, sous la forme d’une enquête devant la Section de l’immigration. Pour les motifs exposés ci-après, la présente demande n’est pas prématurée.

[43] Le processus prévu à l’article 44 n’a pas pour effet de changer le statut d’un demandeur. Dans l’arrêt *Sharma*, la Cour d’appel fédérale décrit la situation avec justesse au paragraphe 25 : « [c]es décisions sont importantes en ce sens qu’elles déclenchent le processus qui, en définitive, peut dépouiller l’appelant de son statut de résident permanent, mais elles n’ont pour ce dernier aucune conséquence immédiate et pratique ». La Section de l’immigration, saisie d’un rapport fondé sur l’article 44, rendra la décision à cet égard. La jurisprudence qui apparente le processus prévu à l’article 44 de la LIPR à une évaluation préalable est instructive.

[44] Cependant, en analysant l’obligation d’équité à laquelle sont soumis un agent et le ministre dans le cadre de la décision, fondée sur le paragraphe 44(1), d’établir un rapport et de la décision, fondée sur le paragraphe 44(2), de déférer l’affaire, la Cour d’appel fédérale a décrété ceci (*Sharma*, au paragraphe 24) :

Cela dit, je suis disposé à accepter que les décisions de rédiger un rapport et de le renvoyer par la suite à la SI ne sont pas dépourvues d’importance. Étant donné que, après le renvoi de ce rapport, les options dont dispose la SI semblent très restreintes puisqu’elle « rend » la décision de prendre une mesure de renvoi si elle est convaincue que l’étranger ou le résident permanent est interdit de territoire, il semble que le seul pouvoir discrétionnaire (quoique très restreint) d’empêcher qu’un étranger ou un résident permanent soit renvoyé repose entre les mains de l’agent de l’ASFC d’immigration et du ministre ou de son délégué [...]

[45] L’article 45 de la LIPR prévoit ce qui suit :

**Décision**

**45** Après avoir procédé à une enquête, la Section de l’immigration rend telle des décisions suivantes :

- a) reconnaître le droit d’entrer au Canada au citoyen canadien au sens de la Loi sur la citoyenneté, à la personne inscrite comme Indien au sens de la Loi sur les Indiens et au résident permanent;



(b) grant permanent resident status or temporary resident status to a foreign national if it is satisfied that the foreign national meets the requirements of this Act;

(c) authorize a permanent resident or a foreign national, with or without conditions, to enter Canada for further examination; or

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

b) octroyer à l'étranger le statut de résident permanent ou temporaire sur preuve qu'il se conforme à la présente loi;

c) autoriser le résident permanent ou l'étranger à entrer, avec ou sans conditions, au Canada pour contrôle complémentaire;

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé qu'il n'est pas interdit de territoire, ou contre l'étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu'il est interdit de territoire.

[46] The factors enumerated in the Supreme Court of Canada's decision in *Strickland*, at paragraph 42, is not a closed checklist. A Court must consider the available alternative and the appropriateness of judicial review, and question whether the alternative remedy is adequate in all the circumstances to address the applicant's grievance (*Strickland*, at paragraphs 42–43).

[46] Les facteurs énumérés dans l'arrêt *Strickland* de la Cour suprême du Canada, au paragraphe 42, ne constituent pas une liste de contrôle restrictive. Le tribunal doit tenir compte du recours disponible et du caractère opportun du contrôle judiciaire et se demander si l'autre recours est approprié, dans toutes les circonstances, pour traiter du grief du demandeur (*Strickland*, aux paragraphes 42 et 43).

[47] Considering the limited discretion of the Immigration Division, which “shall make” a removal order, where a permanent resident is deemed inadmissible and the discretion that an officer or the Minister may exercise to prevent a foreign national or permanent resident from being removed, I do not find this application is premature, given the “nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity” being more narrow than the section 44 screening process that precedes it (*Strickland*, at paragraph 42). Judicial review is appropriate in the circumstances (*Strickland*, at paragraph 43).

[47] Compte tenu du pouvoir discrétionnaire restreint de la Section de l'immigration, qui « rend » une mesure de renvoi, dans les cas où un résident permanent est déclaré interdit de territoire, ainsi que du pouvoir discrétionnaire qu'un agent ou le ministre peut exercer pour empêcher qu'un étranger ou un résident permanent soit renvoyé, je ne suis pas d'avis que la présente demande est prématurée, vu que « la nature de l'autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d'accorder une réparation » sont d'une portée plus étroite que le processus d'évaluation préliminaire, fondé sur l'article 44, qui le précède (*Strickland*, au paragraphe 42). Un contrôle judiciaire est une mesure appropriée dans les circonstances (*Strickland*, au paragraphe 43).

[48] Although defined as a screening process, the section 44 process covers a breadth of inadmissibility grounds, engaging different considerations in each context. In the current circumstances of this case, I do not find that the admissibility hearing before the Immigration Division constitutes an adequate alternative remedy, rendering this Application premature.

[48] Même s'il est défini comme un processus d'évaluation préliminaire, le mécanisme que prévoit l'article 44 englobe un large éventail de motifs d'interdiction de territoire, et il fait entrer en jeu des aspects différents dans chaque contexte. Dans les circonstances actuelles de l'espèce, je ne suis pas d'avis que l'audience tenue devant la Section de l'immigration est un autre recours approprié, qui rendrait la présente demande prématurée.

### C. Duty of Procedural Fairness

[49] The applicant's allegations as it relates to the breach of procedural fairness of the Officer and Minister's delegate are two-fold. First, in the decisions to write and refer the section 44 reports, the Officer and Minister's delegate considered the seriousness of the allegation of inadmissibility to be paramount, after having foreclosed the applicant's ability to respond to those allegations. Second, the Officer failed to provide relevant disclosure to the applicant, as sought in the Disclosure Request.

[50] While the duty of procedural fairness under both the subsection 44(1) and subsection 44(2) decisions under the IRPA have largely been considered concurrently below, where differences exist, they are referred to explicitly.

[51] The errors described by the applicant allegedly arise in that the Officer unreasonably found and communicated to the applicant that "submissions in these sorts of circumstances are generally regarding an individual's personal circumstances as to why a report should not be referred" and "at this stage [the applicant] is only required to know the factual basis of the allegation against him which has already been disclosed in the form of the s. 44 report highlights. As such the appropriate time for disclosure is when/if a report is forwarded for a hearing".

[52] The applicant submits the alleged errors arise even on a lower threshold of procedural fairness generally found in the jurisprudence. In consideration of the factors outlined in *Baker*, above, this Court and the Federal Court of Appeal have found that a lower level of procedural fairness is engaged by discretion exercised by an officer or the Minister pursuant to section 44 of the IRPA.

### C. L'obligation d'équité procédurale

[49] Les allégations du demandeur quant au manquement à l'équité procédurale de l'agent de l'ASFC et du délégué du ministre comportent deux volets. Premièrement, dans les décisions d'établir les rapports fondés sur l'article 44 et, ensuite, de les déférer, l'agent de l'ASFC et le délégué du ministre ont considéré que la gravité de l'allégation d'interdiction de territoire était d'une importance primordiale, après avoir empêché le demandeur de répondre à ces allégations. Deuxièmement, l'agent de l'ASFC n'a pas assuré la divulgation des informations pertinentes au demandeur, comme il était sollicité dans la demande de divulgation.

[50] Bien que l'obligation d'équité procédurale qu'entraînent les décisions fondées à la fois sur les paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR soit essentiellement examinée en parallèle ci-après, là où il existe des différences il y est fait explicitement référence.

[51] Les erreurs que décrit le demandeur découlent censément du fait que l'agent de l'ASFC a, de manière déraisonnable, conclu et communiqué au demandeur que [TRADUCTION] « [d]ans ce genre de circonstances, les observations concernent généralement les circonstances personnelles d'une personne quant à la raison pour laquelle un rapport ne devrait pas être déféré » et que [traduction] « [à] ce stade [le demandeur] est seulement tenu de connaître le fondement factuel de l'allégation portée contre lui qui a déjà été divulguée sous la forme des faits saillants du rapport fondé sur l'article 44. Cela étant, le moment où il convient d'effectuer une divulgation est quand ou si un rapport est déféré en vue d'une enquête ».

[52] Le demandeur soutient que les erreurs alléguées ont été commises, même en fonction du seuil d'équité procédurale inférieur que l'on trouve habituellement dans la jurisprudence. En tenant compte des facteurs énumérés dans l'arrêt *Baker*, précité, notre Cour et la Cour d'appel fédérale ont conclu que le pouvoir discrétionnaire qu'exerce un agent ou le ministre en application de l'article 44 de la LIPR fait entrer en jeu un degré d'équité procédurale inférieur.

[53] The five, non-exhaustive *Baker* factors are: (1) the nature of the decision; (2) the statutory scheme; (3) the importance of the decision to the affected individuals; (4) the legitimate expectations of the person challenging the decision; and (5) the administrative decision maker's choice of procedure (*Baker*, at paragraphs 23–28).

[54] In brief, the Federal Court of Appeal has found that in balancing all of the *Baker* factors, “the duty of fairness is clearly not at the high end of the spectrum in the context of decisions made pursuant to subsections 44(1) and (2)” on the basis of (*Sharma*, at paragraphs 22–29):

- A. Decisions of an officer or the Minister under subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA bear none of the hallmarks of a judicial or quasi-judicial process. Although, decisions to make and refer a section 44 report are not without significance. This factor favours a heightened level of procedural fairness;
- B. The subsection 44(1) report, the subsection 44(2) referral and the Immigration Division's removal order are not necessarily determinative of whether an applicant/appellant will be removed from Canada, as there are possibilities of seeking relief under other provisions of the IRPA. Subsections 44(1) and 44(2) decisions are of no immediate and practical consequence;
- C. No legitimate expectation was found to exist in *Sharma*; and
- D. The IRPA does not set out any particular procedure to be followed in making a section 44 report and referring it to the Immigration Division—the procedure to be followed has been left to the decision maker.

[53] Les cinq facteurs, non exhaustifs, qui sont énoncés dans l'arrêt *Baker* sont les suivants : 1) la nature de la décision, 2) le régime législatif, 3) l'importance de la décision pour les personnes visées, 4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision, et 5) le choix de procédures que fait le décideur administratif (*Baker*, aux paragraphes 23 à 28).

[54] En bref, la Cour d'appel fédérale a conclu que, pour soupeser la totalité des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*, « l'obligation d'équité ne se situe manifestement pas à l'extrémité supérieure du continuum dans le contexte des décisions qui sont prises en application des paragraphes 44(1) et (2) de la Loi » sur le fondement de l'arrêt *Sharma*, aux paragraphes 22 à 29 :

- A. Les décisions que rend un agent ou le ministre en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR ne comportent aucune des caractéristiques d'une décision de nature judiciaire ou quasi judiciaire. Cependant, les décisions d'établir et de déférer un rapport fondé sur l'article 44 ne sont pas dénuées d'importance. Ce facteur fait pencher la balance en faveur d'un degré plus élevé d'équité procédurale;
- B. Le rapport fondé sur le paragraphe 44(1), le renvoi fondé sur le paragraphe 44(2) et la mesure de renvoi que prend la Section de l'immigration ne déterminent pas forcément si un demandeur/appellant sera renvoyé du Canada, car il est possible de solliciter une dispense en vertu d'autres dispositions de la LIPR. Les décisions rendues en application des paragraphes 44(1) et 44(2) n'ont pas de conséquence immédiate et pratique;
- C. Dans l'arrêt *Sharma*, il n'a été conclu à l'existence d'aucune attente légitime;
- D. La LIPR ne comporte aucune autre procédure particulière à suivre pour établir un rapport fondé sur l'article 44 et le déférer à la Section de l'immigration — la procédure à suivre est laissée au choix du décideur.

[55] Similarly, in *Hernandez*, this Court considered the factors laid out in *Baker* and found that they “point toward a more relaxed duty of fairness”. At a minimum, the duty of procedural fairness required that the affected person be given an opportunity to make submissions and to know the case against him or her (*Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3, [2005] F.C.J. No. 533 (QL) (*Hernandez*), at paragraphs 70–72).

[56] In light of the applicant’s submission that a number of factors further support a higher level of procedural fairness, as it relates to the decisions to both write and refer a section 44 report, the *Baker* factors warrant re-examination in the particular context of this case. The applicant asks this Court to rely on the decision in *Hernandez*, above, as the most appropriate starting point. The applicant argues that the Federal Court’s decision in *Hernandez* has comprehensively taken into account the circumstances allegedly informing the duty of procedural fairness and the scope of discretion exercised under subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA, including the legislative history of the IRPA.

[57] The applicant further submits the following factors for this Court’s consideration, as outlined at paragraph 57 of the applicant’s further memorandum of fact and law:

- A. The use of the word “may” write/refer in section 44 of the IRPA, which is a significant and intentional change from the use of the word “shall”;
- B. The presumptive rule in section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 (*Interpretation Act*) is that “may” is permissive and “shall” is not;
- C. Historically, permanent resident status has been recognized as critical, which should be removed

[55] Dans le même ordre d’idées, dans la décision *Hernandez*, notre Cour a examiné les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* et elle a conclu qu’ils « indiquent une obligation d’équité moins stricte ». À tout le moins, l’obligation d’équité procédurale exigeait que la personne visée ait la possibilité de présenter des observations et de savoir ce qui lui est reproché (*Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3, [2005] A.C.F. n° 533 (QL) (*Hernandez*), aux paragraphes 70 à 72).

[56] Compte tenu de l’argument du demandeur selon lequel un certain nombre de facteurs étaient davantage l’existence d’un degré supérieur d’équité procédurale, relativement aux décisions d’établir et de déférer un rapport fondé sur l’article 44, les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* justifient un réexamen dans le contexte particulier de l’espèce. Le demandeur demande à notre Cour de se fonder sur la décision rendue dans *Hernandez*, précitée, qui constituerait le point de départ le plus approprié. Il fait valoir que la décision que la Cour fédérale a rendue dans *Hernandez* a tenu compte de manière exhaustive des circonstances qui éclairent censément l’obligation d’équité procédurale et l’étendue du pouvoir discrétionnaire qui est exercé en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR, et cela inclut l’historique législatif de cette loi.

[57] Le demandeur soumet de plus les facteurs qui suivent à l’examen de notre Cour, comme il est indiqué au paragraphe 57 de son mémoire des faits et du droit supplémentaire :

- A. L’emploi du terme « peut » établir/déférer l’affaire à l’article 44 de la LIPR, ce qui est un changement marquant et délibéré par rapport à l’emploi du terme « doit »;
- B. Il est présumé à l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 que, en anglais, le mot « may » est de nature permissive et « shall » ne l’est pas;
- C. Depuis toujours, le statut de résident permanent est reconnu comme crucial, et il ne convient de

only “for very serious reasons” and after consideration of “ameliorating or compassionate factors such as length of residence”. Before the creation of the Immigration Appeal Board, this power [was] vested with the Minister. Through the IRPA amendments, Parliament can be seen as seeking to bring this power back to the Minister not to be removing it (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 38);

- D. That permanent residence is a status recognized in the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*], under section 6 mobility rights, and when citizenship was first created as a lawful status in 1947, it automatically captured persons who were domiciled in Canada for at least 5 years (domiciled status has since become known as permanent residence) (*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]);
- E. That Articles 12 and 13 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, which Canada acceded to on May 19, 1976, provide for the rights of entry into one’s own country, which encompasses long-term permanent residents, and for expulsion only for compelling reasons of national security, with a right for review of the reasons against expulsion. Articles 17 and 23 also provide for the rights against interference with family and home, and the recognition of the family as the natural and fundamental unit of society which is entitled to protection by society and the State;
- F. That the Supreme Court of Canada has recognized that deportation can have “a more significant impact on the accused than the criminal

le retirer que « pour des raisons très graves » et après examen de « facteurs de clémence ou de compassion tels que la durée de résidence ». Avant que l’on crée la Commission d’appel de l’immigration, ce pouvoir résidait entre les mains du ministre. On peut considérer que, par le truchement des modifications apportées à la LIPR, le législateur cherche à remettre ce pouvoir entre les mains du ministre, et non à l’éliminer (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 38);

- D. La résidence permanente est un statut reconnu dans la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*], en vertu des droits à la liberté de circulation que garantit l’article 6, et quand la citoyenneté a été initialement créée comme un statut légitime en 1947 elle a englobé automatiquement les personnes domiciliées au Canada depuis cinq ans au moins (le statut de personne domiciliée est aujourd’hui connu sous le nom de résidence permanente) (*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]);
- E. Les articles 12 et 13 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, auquel le Canada a adhéré le 19 mai 1976, prévoient le droit d’entrer dans son propre pays, ce qui englobe les résidents permanents de longue date, et celui d’être expulsé uniquement pour des raisons impérieuses de sécurité nationale, lequel droit est assorti d’un droit d’examen des raisons qui militent contre cette expulsion. Les articles 17 et 23 prévoient également le droit contre toute immixtion dans la famille et dans le domicile, ainsi que la reconnaissance du fait que la famille est l’élément naturel et fondamental de la société et qu’elle a droit à la protection de la société et de l’État;
- F. La Cour suprême du Canada a reconnu qu’une expulsion peut avoir « un impact plus important sur l’accusé que la sanction pénale imposée en soi

sanction itself.... They may be forced to leave a country they called home for decades. They may return to a country where they no longer have any personal connections, or even speak the language, if they emigrated as children. If they have family in Canada, they and their family members face dislocation or permanent separation” (*R. v. Wong*, 2018 SCC 25, [2018] 1 S.C.R. 696, at paragraph 72);

G. That new bars and restrictions enacted since 2012 on mechanisms that previously allowed for the possibility that permanent residents could retain their status after a report was written, considering their personal circumstances, means that the section 44 decisions are of greater significance to the rights and interests of the person concerned than was previously the case: access to the Immigration Appeal Division was further restricted in 2012 to exclude persons with sentences of more than 6 months’ imprisonment and in 2013 H&C applications under section 25 of the IRPA excluded persons inadmissible under sections 34, 35 and 37 from having applications considered. The Supreme Court of Canada also clarified that ministerial relief applications available to the later group of persons need only consider security interests and not H&C type circumstances (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraph 84);

H. In sections 34, 35 and 37 inadmissibility cases, there is no other place for the best interests of the child to be considered. It would be contrary to the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3] if a meaningful best interests of the child analysis were not conducted at the section 44 IRPA stage;

[...] [Ces personnes] peuvent être contraintes de quitter un pays qui est le leur depuis des décennies et de retourner dans un pays où elles n’ont plus de liens personnels ou dont elles ne parlent peut-être même plus la langue si elles l’ont quitté alors qu’elles étaient encore enfants. Si elles ont de la famille au Canada, ces personnes et leurs parents s’exposent à une rupture des liens qui les unissent ou à une séparation permanente » (*R. c. Wong*, 2018 CSC 25, [2018] 1 R.C.S. 696, au paragraphe 72);

G. En raison de nouvelles interdictions et restrictions adoptées depuis 2012 à l’égard de mécanismes qui, antérieurement, prévoyaient que des résidents permanents pouvaient conserver leur statut après l’établissement d’un rapport, compte tenu de leurs circonstances personnelles, les décisions fondées sur l’article 44 revêtent plus d’importance pour les droits et les intérêts de la personne visée que ce n’était autrefois le cas : l’accès à la Section d’appel de l’immigration a été restreint davantage en 2012 en vue d’exclure les personnes condamnées à une peine d’emprisonnement de plus de six mois et, en 2013, les demandes CH présentées en vertu de l’article 25 de la LIPR ont empêché les personnes interdites de territoire en vertu des articles 34, 35 et 37 de faire examiner leurs demandes. La Cour suprême du Canada a également précisé que les demandes de dispense du ministre dont pouvait disposer ce dernier groupe de personnes ne devaient tenir compte que des intérêts en matière de sécurité et non des circonstances du type CH (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), au paragraphe 84);

H. Dans les affaires d’interdiction de territoire en vertu des articles 34, 35 et 37, il n’y a pas d’autre endroit où tenir compte de l’intérêt supérieur des enfants. Il serait contraire à la *Convention relative aux droits de l’enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3] de ne pas procéder à une analyse sérieuse de l’intérêt supérieur de l’enfant au stade de l’article 44 de la LIPR;

- I. That the “broad and unrestricted” interpretation that has been given to inadmissibility provisions makes this discretion even more important to ensure prospective removal is rationally tied to the objectives of the IRPA to prioritize security in each individual case, as balanced against the rights and interests of the person concerned and their families; and
- J. That it is an absurd interpretation of the IRPA that would afford foreign nationals greater substantive consideration of their rights and interests in an application for permanent residence under section 25 of the IRPA than long-time permanent residents with Canadian children who stand to lose that status.
- I. L’interprétation [TRADUCTION] « large et sans restriction » qui a été faite des dispositions en matière d’interdiction de territoire rend ce pouvoir discrétionnaire encore plus important pour ce qui est de garantir qu’un éventuel renvoi est lié logiquement aux objectifs de la LIPR, qui sont de prioriser la sécurité dans chaque cas individuel, par rapport aux droits et aux intérêts de la personne visée et de sa famille;
- J. Il serait absurde d’interpréter la LIPR d’une manière qui accorderait à des étrangers une prise en compte plus approfondie de leurs droits et de leurs intérêts dans le cadre d’une demande de résidence permanente présentée en vertu de l’article 25 de la LIPR qu’aux résidents permanents de longue date, qui ont des enfants canadiens et qui risquent de perdre ce statut.

(1) The Nature of the Decision

[58] For the reasons below, the nature of a subsection 44(1) and subsection 44(2) decision favours a more nuanced level of procedural fairness than simply applying a “lower level”. While the decisions are administrative in nature, they are significant steps within the inadmissibility process as a whole, particularly when the inadmissibility grounds concern organized criminality.

[59] The Federal Court of Appeal in *Sharma* and the Federal Court’s decision in *Hernandez* have recognized the administrative nature of subsections 44(1) and 44(2) decisions, which bear “none of the hallmarks of a judicial or quasi-judicial decision” (*Sharma*, at paragraph 22; *Hernandez*, at paragraph 50). I further note the Federal Court of Appeal’s statement in *Lin* that the “process is akin to a screening exercise in that there is no finding of inadmissibility, nor alteration of status” (*Lin*, at paragraph 4). On this basis, the Federal Court in *Hernandez* found that this factor supported a relatively low duty of fairness (*Hernandez*, at paragraph 56).

1) La nature de la décision

[58] Pour les raisons qui suivent, la nature d’une décision rendue en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) fait pencher la balance en faveur d’un degré d’équité procédurale plus nuancé que la simple application d’un « degré inférieur ». Bien que les décisions soient de nature administrative, il s’agit d’étapes importantes dans le cadre du processus d’interdiction de territoire dans son ensemble, surtout quand les motifs d’interdiction de territoire ont trait à la criminalité organisée.

[59] La Cour d’appel fédérale, dans l’arrêt *Sharma*, et la Cour fédérale, dans la décision *Hernandez*, ont reconnu le caractère administratif des décisions fondées sur les paragraphes 44(1) et 44(2), lesquelles ne présentent « aucune des caractéristiques d’une décision de nature judiciaire ou quasi judiciaire », (*Sharma*, au paragraphe 22; *Hernandez*, au paragraphe 50). Je signale de plus que la Cour d’appel fédérale a décrété dans l’arrêt *Lin* que « [l]e processus s’apparente à un exercice d’évaluation préalable en ce sens qu’il n’y a pas de conclusion d’interdiction de territoire ni de modification de statut » (*Lin*, au paragraphe 4). Pour cette raison, la Cour fédérale, dans la décision *Hernandez*, a déterminé que ce facteur confirmait l’existence d’une obligation

[60] Both subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA use the permissive language “may”, which denotes some level of discretion of the part of the officer or the Minister, although it may be limited. The change from the use of the word “shall” in the equivalent provisions in prior iterations of the *Immigration Act* (for example, *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, subsection 27(1)) and in light of the parliamentary committee proceedings discussed in *Hernandez*, at paragraphs 18 to 19, while not determinative, suggest discretion was intended at the “front end” of the section 44 process. The Federal Court of Appeal in *Sharma* has further recognized that the extent of discretion under subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA will be dependent on a number of factors, including the alleged grounds of inadmissibility and whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national (*Sharma*, at paragraph 23).

[61] In *Cha*, as mentioned above, although the Federal Court of Appeal stated that “may” can be sometimes read in context as “must” or “shall”, thereby rebutting the presumptive rule in section 11 of the *Interpretation Act*, the Court further recognized that the scope of discretion may end up varying depending on “the grounds alleged, on whether the person concerned is a permanent resident or a foreign national and on whether the report is referred or not to the Immigration Division. There may be room for discretion in some cases, and none in others. This is why it was wise to use the term ‘may’” (*Cha*, above, at paragraphs 19 and 22).

[62] I also note that in the Federal Court of Appeal’s decision in *Cha* a “low degree of participatory rights is warranted” is further distinguishable as it concerned a foreign national, not a permanent resident, and the decision under review was only in respect of issuing a removal order.

d’équité relativement peu exigeante (*Hernandez*, au paragraphe 56).

[60] Tant le paragraphe 44(1) que le paragraphe 44(2) de la LIPR emploient le terme permissif « peut », ce qui dénote un certain degré de pouvoir discrétionnaire de la part de l’agent ou du ministre, quoique ce pouvoir puisse être restreint. Le changement par rapport à l’emploi de l’indicatif présent dans les dispositions équivalentes de versions antérieures de la *Loi sur l’immigration* (par exemple, *Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, paragraphe 27(1)) et les travaux du comité parlementaire dont il est question dans la décision *Hernandez*, aux paragraphes 18 et 19, bien qu’ils ne soient pas déterminants, donnent à penser que ce pouvoir discrétionnaire était voulu au « stade initial » du processus prévu à l’article 44. Dans l’arrêt *Sharma*, la Cour d’appel fédérale a reconnu de plus que la portée du pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR dépendra d’un certain nombre de facteurs, dont les prétendus motifs d’interdiction de territoire et le fait de savoir si la personne visée est un résident permanent ou un étranger (*Sharma*, au paragraphe 23).

[61] Dans l’arrêt *Cha*, comme il a été mentionné plus tôt, même si la Cour d’appel fédérale a déclaré que le terme « peut » peut parfois être interprété, selon le contexte, comme signifiant « doit », ce qui réfute ainsi la présomption énoncée à l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, la Cour a de plus reconnu que l’étendue du pouvoir discrétionnaire peut, au bout du compte, varier, « selon les motifs allégués, selon que l’intéressé est un résident permanent ou un étranger ou selon que l’affaire est ou non renvoyée à la Section de l’immigration. Dans certains cas mais pas dans d’autres, il peut y avoir une marge d’appréciation. C’est pour cette raison qu’il a été sage de la part du législateur d’utiliser le terme “peut” » (*Cha*, précité, aux paragraphes 19 et 22).

[62] Je signale également que, d’après l’arrêt *Cha* de la Cour d’appel fédérale, la mention « l’intéressé ne devrait disposer que d’un droit de défendre son point de vue relativement restreint » peut être distinguée davantage, car elle se rapportait à un étranger, et non à un résident permanent, et la décision visée par le contrôle ne portait que sur la prise d’une mesure de renvoi.



[63] While the nature of the subsection 44(1) decision to write and the subsection 44(2) decision to refer an inadmissibility report under the IRPA have been considered concurrently thus far, there is the matter of the respective nature of each decision.

[64] As it relates to writing a section 44 report under subsection 44(1) of the IRPA, the officer “may prepare a report setting out the relevant facts”. Under subsection 44(2) of the IRPA, the Minister must be of the opinion “that the report is well-founded” to refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing. The Minister further retains some authority in certain prescribed circumstances to directly make a removal order under subsection 44(2) of the IRPA. In this respect, the Minister arguably possesses a broader scope of discretion under subsection 44(2), than the officer under subsection 44(1), whose task is one of fact-finding. However, as both decisions are in issue in this application, this distinction is ultimately not determinative.

[65] Therefore, I find that this factor rather favours a more nuanced consideration of procedural fairness. Particularly, I find this to be the case where a permanent resident is faced with an inadmissibility allegation of organized criminality.

[66] Decisions to make and refer section 44 reports to the Immigration Division are not without significance. The outcomes following an admissibility hearing are limited, as the Immigration Division “shall make” a removal order if it finds that the permanent resident is inadmissible (IRPA, section 45). The only discretion appears to be conferred by an officer and the Minister and the use of the word “may” in subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA. As described in *Hernandez*, at paragraph 47, although in the context of a serious criminality inadmissibility allegation:

[63] Même si la nature de la décision, fondée sur le paragraphe 44(1), d’établir un rapport d’interdiction de territoire et la décision, fondée sur le paragraphe 44(2), de le déférer sous le régime de la LIPR ont été examinées jusqu’ici en parallèle, il y a aussi la question de la nature respective de chaque décision.

[64] S’agissant de la rédaction d’un rapport fondé sur l’article 44 en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR, l’agent « peut établir un rapport circonstancié ». Aux termes du paragraphe 44(2) de la LIPR, le ministre doit estimer « le rapport bien fondé » pour le déférer à la Section de l’immigration pour enquête. Le ministre conserve de plus le pouvoir, dans certaines circonstances prescrites, de prendre directement une mesure de renvoi en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR. À cet égard, il détient, pourrait-on dire, un pouvoir discrétionnaire, en vertu du paragraphe 44(2), qui est d’une étendue supérieure à celle du pouvoir dont dispose l’agent en vertu du paragraphe 44(1), et dont la tâche consiste à établir les faits. Cependant, comme les deux décisions sont en litige dans la présente demande, cette distinction n’est pas déterminante en fin de compte.

[65] Je conclus donc que ce facteur fait pencher davantage la balance en faveur d’une prise en compte plus nuancée de l’équité procédurale et, plus particulièrement, dans les cas où un résident permanent fait face à une allégation d’interdiction de territoire pour cause de criminalité organisée.

[66] Les décisions d’établir un rapport fondé sur l’article 44 et de le déférer à la Section de l’immigration ne sont pas dénuées d’importance. Les résultats d’une enquête sont restreints, car la Section de l’immigration « prend » la mesure de renvoi qui s’applique si elle conclut que le résident permanent est interdit de territoire (LIPR, article 45). Le seul pouvoir discrétionnaire semble être conféré par un agent et le ministre ainsi que par l’emploi du terme « peut » aux paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR. Comme il a été décrit dans la décision *Hernandez*, au paragraphe 47, encore que ce soit dans le contexte d’une allégation d’interdiction de territoire pour cause de grande criminalité :

.... As discussed earlier in these reasons, under subsection 36(1) of the IRPA, the applicant is inadmissible; there is no room for any other finding. Once the subsection 44(2) referral is made to the Immigration Division, the only outcome of the inquiry, that I can see, is a removal order. Finally, an appeal to the IAD has been removed for persons in the position of the applicant. Thus, the only power to prevent the applicant's removal rested with the immigration officer and the Minister's delegate. Only if either one or the other of these two officials had decided not to take further action would the applicant be able to avoid the issuance of a removal order under paragraph 45(d).

(2) The Statutory Scheme and the Importance of the Decision to the Affected Individuals

[67] I find that the statutory scheme and the importance of the decision to the affected individuals also favour a level of procedural fairness that at the very least considers the exercise of reasonable discretion in determining the applicant's position under subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA. For the reason below, I find that the decisions in issue are ultimately determinative of whether the applicant will be removed from Canada, particularly in the context of an organized criminality inadmissibility allegation, and the consequences of these decisions carry a particular importance for permanent residents in Canada.

[68] As stated by the Supreme Court of Canada in *Baker*, at paragraph 24:

.... The role of the particular decision within the statutory scheme and other surrounding indications in the statute help determine the content of the duty of fairness owed when a particular administrative decision is made. Greater procedural protections, for example, will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted....

[69] Prior jurisprudence of this Court and the Federal Court of Appeal have generally found that the decisions to write and refer a section 44 report and the Immigration

[...] Comme nous l'avons déjà signalé, le demandeur est interdit de territoire par application du paragraphe 36(1) de la LIPR; aucune autre conclusion n'est possible. Lorsqu'il y a renvoi pour enquête devant la Section de l'immigration en vertu du paragraphe 44(2), je ne vois que la mesure de renvoi comme issue. Et les personnes dans la situation du demandeur n'ont plus droit d'appel devant la SAI. Par conséquent, le pouvoir d'empêcher le renvoi du demandeur reposait entre les mains de l'agent d'immigration et du représentant du ministre. Ce n'est que si l'un ou l'autre de ces fonctionnaires avait décidé de ne pas poursuivre le dossier que le demandeur aurait pu éviter la prise de la mesure de renvoi sous le régime du paragraphe 45d).

2) Le régime législatif et l'importance de la décision pour les personnes visées

[67] Je suis d'avis que le régime législatif et l'importance de la décision pour les personnes visées font également pencher la balance en faveur d'un degré d'équité procédurale qui, à tout le moins, tient compte de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire raisonnable pour déterminer la situation du demandeur en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR. Pour la raison qui suit, je conclus que les décisions en litige déterminent en fin de compte si le demandeur sera renvoyé ou non du Canada, particulièrement dans le contexte d'une allégation d'interdiction de territoire pour cause de criminalité organisée, et que les conséquences de ces décisions revêtent une importance particulière pour les résidents permanents au Canada.

[68] Comme l'a décrété la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Baker*, au paragraphe 24 :

[...] Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d'autres indications qui s'y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l'obligation d'équité dans le cadre d'une décision administrative précise. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes [...]

[69] La jurisprudence antérieure de notre Cour et de la Cour d'appel fédérale conclut de manière générale que les décisions d'établir un rapport fondé sur l'article 44

Division's removal order are not necessarily determinative of an applicant's removal from Canada, considering the other forms of available relief under the IRPA. These forms of relief include an exemption on the basis of H&C considerations under section 25 of the IRPA and the PRRA process pursuant to section 112 of the IRPA (*Hernandez*, at paragraph 59; *Sharma*, at paragraph 25). As such, the inadmissibility process is not "the end of all possibilities for the applicant to remain in Canada" (*Hernandez*, at paragraph 59).

[70] While I agree in principle with the rationale used in the above cases, a closer examination of the statutory scheme and its application in the context of this case reveals that the subsections 44(1) and 44(2) decisions under the IRPA offer limited recourse for further relief, as it relates to an applicant subject to an organized criminality inadmissibility allegation.

[71] Within the inadmissibility process itself, as indicated above, a subsection 44(1) and 44(2) decision to write and refer a section 44 report confer the only discretionary power to prevent an applicant's removal in the inadmissibility process (*Hernandez*, at paragraph 58; *Sharma*, at paragraph 24).

[72] Moreover, as it relates to the IRPA scheme more broadly, the particular circumstances of an applicant must be considered contextually in order to determine which avenues of relief are further available. As described above, subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA encompass all grounds of inadmissibility—including, security, human or international rights violations, serious criminality, criminality, organized criminality, health, financial reasons, misrepresentation and non-compliance with the IRPA—with varying consequences for an applicant (*Cha*, at paragraphs 21 and 22).

et, ensuite, de le déférer, de même que la mesure de renvoi que prend la Section de l'immigration, ne sont pas nécessairement déterminantes quant au renvoi d'un demandeur du Canada, compte tenu des autres formes de recours qu'offre la LIPR. Ces dernières comprennent une dispense pour motifs CH en vertu de l'article 25 de la LIPR, ainsi que le processus d'ERAR que prévoit l'article 112 de la LIPR (*Hernandez*, au paragraphe 59; *Sharma*, au paragraphe 25). Cela étant, le processus d'interdiction de territoire n'est pas « la fin de toute possibilité de demeurer au Canada » (*Hernandez*, au paragraphe 59).

[70] Bien que je souscrive en principe au raisonnement suivi dans les affaires susmentionnées, un examen plus approfondi du régime législatif et de son application en l'espèce révèle que les décisions qui sont prises en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR offrent un recours restreint pour ce qui est de l'obtention d'une autre dispense, dans le cas d'un demandeur visé par une allégation d'interdiction de territoire pour cause de criminalité organisée.

[71] Au sein du processus d'interdiction de territoire lui-même, ainsi qu'il a été indiqué plus tôt, la décision prise en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) d'établir un rapport fondé sur l'article 44 et, ensuite, de le déférer, confère le seul pouvoir discrétionnaire d'éviter le renvoi d'un demandeur (*Hernandez*, au paragraphe 58; *Sharma*, au paragraphe 24).

[72] Par ailleurs, pour ce qui est du régime de la LIPR dans un sens plus large, il est nécessaire de tenir compte contextuellement des circonstances particulières d'un demandeur pour déterminer quelles sont les autres possibilités de recours. Comme il a été décrit plus tôt, les paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR englobent tous les motifs d'interdiction de territoire — dont la sécurité, les atteintes au droit humain ou au droit international, la grande criminalité, la criminalité, les activités de criminalité organisée, l'état de santé, la situation financière, les fausses déclarations et les violations de la LIPR — et les conséquences, pour un demandeur, peuvent varier (*Cha*, aux paragraphes 21 et 22).

[73] The options for a permanent resident found inadmissible on the basis of organized criminality under section 37 of the IRPA are limited. There is no further right of appeal to the Immigration Appeal Division (IRPA, subsections 64(1) and (2)). Moreover, an exemption based on H&C grounds is not available (IRPA, subsection 25(1) and paragraph 46(1)(c)). In this respect, this case is distinguishable from the facts in the decisions of *Sharma* and *Hernandez*, where the courts considered an appellant or applicant inadmissible on account of serious criminality.

[74] While an applicant may be able to apply for a temporary resident permit, a PRRA or deferral of removal, these are temporary or provisional measures. A temporary resident permit applies for a “finite period of time” and a PRRA operates to “stay removal from Canada”, in the case of inadmissibility on the basis of organized criminality (IRPA, subsection 112(3) and paragraph 114(1)(b)).

[75] In oral submissions, counsel for the respondent emphasized the importance of the PRRA process. However, I do find that this avenue is analogous to the Immigration Appeal Division process or to an exemption on the basis of the H&C considerations, in the context of assessing the level of procedural fairness owed to an applicant, due to its provisional nature. Again, I find that a more nuanced assessment is required on the basis of this particular ground of alleged inadmissibility—organized criminality.

[76] Further, pursuant to section 48 of the IRPA, removal orders must be executed as soon as possible. An officer charged with the matter would retain little discretion to defer removal (IRPA, subsection 48(2); *Revell*, at paragraph 12).

[77] As such, the only option for a foreign national to directly challenge the inadmissibility finding is through a section 42.1 ministerial declaration under the IRPA:

[73] Les options dont dispose un résident permanent déclaré interdit de territoire pour cause de criminalité organisée en vertu de l’article 37 de la LIPR sont restreintes. Il n’y a pas d’autre droit d’appel auprès de la Section d’appel de l’immigration (LIPR, paragraphes 64(1) et (2)). De plus, une dispense pour motifs CH n’est pas disponible (LIPR, paragraphe 25(1) et alinéa 46(1)c)). À cet égard, la présente affaire se distingue des faits dont il était question dans l’arrêt *Sharma* et dans la décision *Hernandez*, où les tribunaux ont considéré qu’un appellant ou un demandeur, respectivement, était interdit de territoire pour cause de grande criminalité.

[74] Le demandeur peut être en mesure de demander un permis de résident temporaire, un ERAR ou le report d’une mesure de renvoi, mais ce sont là des mesures temporaires ou provisoires. Un permis de résident temporaire est valable pour une [TRADUCTION] « période déterminée » et un ERAR a pour effet de [traduction] « surseoir au renvoi du Canada », en cas d’interdiction de territoire pour cause de criminalité organisée (LIPR, paragraphe 112(3) et paragraphe 114(1)).

[75] Dans sa plaidoirie, l’avocat du défendeur a insisté sur l’importance du processus d’ERAR. J’estime toutefois que cette voie est analogue au processus que suit la Section d’appel de l’immigration ou à une dispense pour motifs CH, dans le contexte de l’évaluation du degré d’équité procédurale dont il faut faire preuve envers un demandeur, en raison de sa nature provisoire. Là encore, je suis d’avis que ce motif particulier d’interdiction de territoire — la criminalité organisée — requiert une évaluation plus nuancée.

[76] En outre, aux termes de l’article 48 de la LIPR, une mesure de renvoi doit être exécutée dès que possible. Un agent chargé de l’affaire aurait peu de pouvoir discrétionnaire pour reporter le renvoi (LIPR, paragraphe 48(2); *Revell*, au paragraphe 12).

[77] Cela étant, la seule possibilité qu’a un étranger de contester directement la conclusion d’interdiction de territoire est d’obtenir une déclaration du ministre en vertu de l’article 42.1 de la LIPR :

**Exception — application to Minister**

**42.1 (1)** The Minister may, on application by a foreign national, declare that the matters referred to in section 34, paragraphs 35(1)(b) and (c) and subsection 37(1) do not constitute inadmissibility in respect of the foreign national if they satisfy the Minister that it is not contrary to the national interest.

**Exception — Minister’s own initiative**

**(2)** The Minister may, on the Minister’s own initiative, declare that the matters referred to in section 34, paragraphs 35(1)(b) and (c) and subsection 37(1) do not constitute inadmissibility in respect of a foreign national if the Minister is satisfied that it is not contrary to the national interest.

**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.

[78] If relief is granted, the foreign national becomes eligible to make an H&C application under section 25 of the IRPA (*Revell*, at paragraph 10):

Section 42.1 provides that the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness may declare that subsection 37(1) organized criminality does not constitute inadmissibility in respect of a foreign national if he or she is satisfied that this exception is not contrary to the national interest. This declaration may be made on his or her own initiative or on the basis of an application. Under subsection 42.1(3), in determining whether or not to make this declaration the Minister may only consider “national security and public safety considerations” but he or she “is not limited to considering the danger that the foreign national presents to the public or the security of Canada” in the analysis. When section 42.1 relief is granted, the foreign national becomes eligible to make an H&C application under section 25.

[79] As such, while this is not a situation where the applicant has no recourse, the avenues are more limited than the circumstances considered in *Sharma* and *Hernandez*. I further note the applicant’s argument that H&C factors are more properly considered in the context of a section 25 H&C application under the IRPA,

**Exception — demande au ministre**

**42.1 (1)** Le ministre peut, sur demande d’un étranger, déclarer que les faits visés à l’article 34, aux alinéas 35(1)(b) ou c) ou au paragraphe 37(1) n’emportent pas interdiction de territoire à l’égard de l’étranger si celui-ci le convainc que cela ne serait pas contraire à l’intérêt national.

**Exception — à l’initiative du ministre**

**(2)** Le ministre peut, de sa propre initiative, déclarer que les faits visés à l’article 34, aux alinéas 35(1)(b) ou c) ou au paragraphe 37(1) n’emportent pas interdiction de territoire à l’égard de tout étranger s’il est convaincu que cela ne serait pas contraire à l’intérêt national.

**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.

[78] Si la dispense est accordée, l’étranger est en droit de présenter une demande CH en vertu de l’article 25 de la LIPR (*Revell*, au paragraphe 10) :

L’article 42.1 dispose que le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile peut déclarer que la criminalité organisée visée au paragraphe 37(1) n’emporte pas interdiction de territoire à l’égard de l’étranger s’il est convaincu que cela ne serait pas contraire à l’intérêt national. Il peut faire cette déclaration de sa propre initiative ou sur demande. Aux termes du paragraphe 42.1(3), pour décider s’il fait ou non 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 ». Lorsque la mesure prévue au paragraphe 42.1 est accordée, l’étranger peut alors présenter une demande pour motifs d’ordre humanitaire en application de l’article 25.

[79] Dans ce contexte, bien que l’on n’ait pas affaire en l’espèce à une situation dans laquelle le demandeur n’a aucun recours, les voies possibles sont plus restreintes que dans les circonstances examinées dans l’arrêt *Sharma* et la décision *Hernandez*. Je signale de plus l’argument du demandeur selon lequel les facteurs CH

and ministerial relief should not serve as an alternative form of humanitarian review (*Agraira*, above, at paragraph 84). Accordingly, there is limited opportunity for consideration of such factors, including the best interests of the child, in the avenue of relief that remains accessible to the applicant.

[80] Amendments to the IRPA have implemented bars and restrictions on mechanisms that previously allowed for the possibility that permanent residents could retain their status after a section 44 report was written. The IRPA statutory scheme should be considered contextually in this case, where a permanent resident is facing allegations of inadmissibility on the basis of organized criminality.

[81] Further, I accept that the subsections 44(1) and 44(2) decisions may carry a particular importance for permanent residents considering their close ties to Canada when compared to foreign nationals. Nevertheless, I acknowledge that Parliament's intention to make security a top priority must be kept in mind by officers and the Minister, and their scope of discretion has generally been found to apply with equal force to foreign nationals and permanent residents (IRPA, paragraphs 3(1)(h), (i)); *Sharma*, at paragraph 23).

(3) The Legitimate Expectations of the Person Challenging the Decision

[82] As found at paragraph 26 of *Baker*, “[i]f the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness”. This takes into account the promises and regular practices of decision makers (*Baker*, at paragraph 26; *Hernandez*, at paragraph 62).

sont examinés de manière plus appropriée dans le contexte d'une demande CH présentée en vertu de l'article 25 de la LIPR, et la dispense que le ministre peut accorder ne devrait pas servir d'autre façon d'examiner les motifs d'ordre humanitaire (*Agraira*, précité, au paragraphe 84). C'est donc dire que, dans la voie de recours auquel le demandeur a encore accès, les possibilités d'examiner ces facteurs, dont celui de l'intérêt supérieur des enfants, sont restreintes.

[80] Les modifications apportées à la LIPR ont mis en œuvre des interdictions et des restrictions concernant des mécanismes qui, antérieurement, permettaient à des résidents permanents de conserver leur statut après l'établissement d'un rapport fondé sur l'article 44. Le régime législatif de la LIPR devrait être considéré de manière contextuelle dans la présente affaire, où un résident permanent fait face à des allégations d'interdiction de territoire pour cause de criminalité organisée.

[81] De plus, j'admets que les décisions prises en vertu des paragraphes 44(1) et 44(2) peuvent revêtir une importance particulière pour les résidents permanents, compte tenu des liens étroits qu'ils entretiennent avec le Canada, comparativement aux étrangers. Néanmoins, je reconnais que les agents et le ministre doivent garder à l'esprit l'intention du législateur de faire de la sécurité une priorité absolue, et il a généralement été conclu que l'étendue de leur pouvoir discrétionnaire s'applique avec une force égale aux étrangers et aux résidents permanents (LIPR, alinéas 3(1)h) et i)); *Sharma*, au paragraphe 23).

3) Les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision

[82] Comme il a été conclu au paragraphe 26 de l'arrêt *Baker*, « [s]i le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure ». Cela tient compte des promesses et des pratiques habituelles des décideurs (*Baker*, au paragraphe 26; *Hernandez*, au paragraphe 62).

[83] In this case, the Officer expressly indicated to the applicant that at this stage, only the personal circumstances of the applicant were relevant in his decision of whether to write the section 44 report:

... The making of submissions is to allow the minister's delegate an opportunity to exercise their discretion as to whether a removal order ought to be sought based on an individual's personal circumstances and the impact that a removal order would have on them.

[84] The applicant had a legitimate expectation that this process would be followed, as stated in the October 21, 2019, response letter to the Officer, which confirmed the applicant's understanding.

[85] I note that different conclusions were reached in *Sharma* and *Hernandez* as it relates to the relevance of Immigration, Refugees and Citizenship Canada's Enforcement Manual ENF 5 [*Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 5 "Writing 44(1) Reports" (ENF 5 Manual) on the legitimate expectations of the appellant or applicant, respectively. I do not find the ENF 5 Manual determinative in my assessment of this factor, when clear direction was provided by the Officer (*Sharma*, at paragraphs 26–27; *Hernandez*, at paragraph 64).

(4) The Administrative Decision Maker's Choice of Procedure

[86] The IRPA does not set out any particular procedure to be followed in making a section 44 report and referring it to the Immigration Division—the procedure to be followed has been left to the decision maker. However, for this reason, the applicable ENF 5 Manual deserves consideration (*Sharma*, at paragraph 28; *Hernandez*, at paragraph 69). It requires that persons reported understand both the case against them and the nature and purpose of the report.

[87] Moreover, as indicated above, in the procedural fairness letter, dated September 9, 2019, the Officer

[83] En l'espèce, l'agent de l'ASFC a expressément indiqué au demandeur que, à cette étape, seules ses circonstances personnelles étaient pertinentes pour ce qui était de sa décision d'établir ou non le rapport fondé sur l'article 44 :

[TRADUCTION] [...] Les observations ont pour but de permettre au délégué du ministre d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il convient de demander une mesure de renvoi en se fondant sur les circonstances personnelles d'une personne et sur l'effet qu'aurait sur elle une mesure de renvoi.

[84] Le demandeur s'attendait légitimement à ce que l'on suive ce processus, comme il est indiqué dans la lettre de réponse à l'agent de l'ASFC, datée du 21 octobre 2019, qui confirmait ce que le demandeur avait compris.

[85] Je signale que dans l'arrêt *Sharma* et la décision *Hernandez* des conclusions différentes ont été tirées au sujet de la pertinence du manuel d'exécution de la loi ENF 5 d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada [*Guide opérationnel : Exécution de la Loi (ENF)*, chap. ENF 5 « Rédaction des rapports en vertu de L44(1) » (le manuel ENF 5) à propos des attentes légitimes de l'appelant ou du demandeur, respectivement. Je ne suis pas d'avis que le manuel ENF 5 soit déterminant dans le cadre de mon évaluation de ce facteur, car l'agent de l'ASFC a fourni des indications claires (*Sharma*, aux paragraphes 26 et 27; *Hernandez*, au paragraphe 64).

4) Le choix de procédure du décideur administratif

[86] La LIPR n'énonce aucune procédure particulière à suivre pour établir un rapport fondé sur l'article 44 et le déférer à la Section de l'immigration — la procédure est laissée au choix du décideur. Cependant, pour cette raison, le manuel ENF 5 applicable mérite d'être pris en considération (*Sharma*, au paragraphe 28; *Hernandez*, au paragraphe 69). Il exige que les personnes visées par un rapport comprennent à la fois ce qui leur est reproché et la nature et l'objet du rapport.

[87] Par ailleurs, comme il a été indiqué plus tôt, dans la lettre d'équité procédurale datée du 9 septembre 2019,

provided that the applicant may make a written submission in respect of “any other relevant factors”.

(5) Application to this Case

[88] In balancing the above factors, I find in the circumstances here that the duty of procedural fairness requires that the applicant be afforded an opportunity to provide submissions on the substance of the inadmissibility allegations and an appropriate level of disclosure to understand the case against him. In this case, this includes disclosure sufficient for the applicant to address concerns related to the reliability of the evidence gathered by the Chinese authorities that formed the basis of the inadmissibility allegations.

[89] The Officer invited the applicant to make submissions in the procedural fairness letter, dated September 9, 2019. The procedural fairness letter enumerated a list of personal circumstances the applicant could speak to and further invited the applicant to address “any other relevant factors”.

[90] The Officer was then put on notice that the applicant intended to respond to the inadmissibility allegations, assuming relevant disclosure could be obtained. The Disclosure Request was made in the applicant’s letter to the Officer, dated September 24, 2019.

[91] However, the Officer’s response on September 26, 2019, foreclosed the applicant’s opportunity to make submissions on the inadmissibility allegations, stating “[t]he making of submissions is to allow the minister’s delegate an opportunity to exercise their discretion as to whether a removal order ought to be sought based on an individual’s personal circumstances” (emphasis added). On this basis, the Officer found that it was not appropriate to disclose anything further at the time of the Disclosure Request.

l’agent de l’ASFC a écrit que le demandeur pouvait présenter des observations écrites à l’égard de [TRADUCTION] « tout autre facteur pertinent ».

5) L’application à la présente espèce

[88] Pour soupeser les facteurs susmentionnés, je suis d’avis que, dans les circonstances dont il est question en l’espèce, l’obligation d’équité procédurale exige que l’on donne au demandeur la possibilité de faire part d’observations sur le fond des allégations d’interdiction de territoire et qu’on lui assure un degré de divulgation approprié de manière à ce qu’il comprenne ce qui lui est reproché. Dans la présente affaire, cela inclut une divulgation suffisante pour que le demandeur traite de ses doutes quant à la fiabilité des preuves que les autorités chinoises ont recueillies et qui constituent le fondement des allégations d’interdiction de territoire.

[89] L’agent de l’ASFC a invité le demandeur à faire part de ses observations dans la lettre d’équité procédurale datée du 9 septembre 2019. Cette dernière dressait une liste de circonstances personnelles dont le demandeur pouvait traiter, et elle l’invitait en outre à traiter de [TRADUCTION] « tout autre facteur pertinent ».

[90] L’agent de l’ASFC a ensuite été avisé que le demandeur avait l’intention de répondre aux allégations d’interdiction de territoire, en présumant qu’il était possible d’obtenir une divulgation pertinente. La demande de divulgation a été faite dans la lettre datée du 24 septembre 2019 que le demandeur a envoyée à l’agent de l’ASFC.

[91] Cependant, la réponse que l’agent de l’ASFC a donnée le 26 septembre 2019 a exclu la possibilité qu’avait le demandeur de formuler des observations sur les allégations d’interdiction de territoire : [TRADUCTION] « [l]es observations ont pour but de permettre au délégué du ministre d’exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s’il convient de demander une mesure de renvoi en se fondant sur les circonstances personnelles d’une personne » (non souligné dans l’original). Pour cette raison, l’agent de l’ASFC a conclu qu’il n’y avait pas lieu de divulguer quoi que ce soit d’autre au moment de la présentation de la demande de divulgation.



[92] Jurisprudence of this Court has established that an applicant is entitled to disclosure in the course of the section 44 process under the Act, “where the information sought is material and otherwise unknown and unavailable” (*Durkin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 174 (*Durkin*), at paragraph 18; see also *Jeffrey*, above, at paragraphs 24 and 27).

[93] In *Durkin*, the Federal Court provided that (*Durkin*, above, at paragraph 14):

... a duty of fairness applies to the process described in s. 44 of the IRPA such that an appropriate level of disclosure is required. For a permanent resident with substantial ties to Canada, the scope of available discretion under these provisions may also be somewhat broader than that for a foreign national and can give rise to a heightened level of procedural fairness.

[94] Mr. Durkin was a long-standing permanent resident of Canada, holding British Citizenship. He was facing the prospect of a hearing before the Immigration Division to determine whether he was inadmissible to Canada, pursuant to paragraph 36(1)(c) or 37(1)(a) of the IRPA. In 2013, Mr. Durkin was indicted by a Grand Jury in Alabama, for an alleged conspiracy to commit securities and wire fraud. The Federal Court found (*Durkin*, at paragraph 32):

The stated rationale for the refusal to disclose the United States law enforcement material to Mr. Durkin was that he would be entitled to later disclosure in the context of an admissibility hearing. This misses the point. The invitation to a person involved in the s 44 process to provide submissions is for the purpose of possibly avoiding a referral for an admissibility hearing. This is also the only point in the process that a person can call upon the Delegate for leniency notwithstanding the person’s technical inadmissibility. At the later point of an admissibility hearing the only open issue is whether the grounds for establishing inadmissibility have been established. Accordingly, in a situation where disclosure is actually needed to support a claim for leniency to the Delegate, the duty of fairness may require it.

[92] Il ressort de la jurisprudence de notre Cour qu’un demandeur a droit à la divulgation demandée dans le cadre du processus fondé sur l’article 44 de la Loi « lorsque les renseignements demandés sont importants et lui sont par ailleurs inconnus et non accessibles » (*Durkin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 174 (*Durkin*), au paragraphe 18; voir aussi *Jeffrey*, précitée, aux paragraphes 24 et 27).

[93] Dans la décision *Durkin*, au paragraphe 14, la Cour fédérale a indiqué que :

[...] l’équité procédurale s’applique à la procédure prévue à l’article 44 de la LIPR, de sorte qu’un degré approprié de divulgation est requis. Selon cette disposition, la portée du pouvoir discrétionnaire peut être plus étendue pour un résident permanent ayant des liens solides au Canada que pour les étrangers, et peut donner naissance à un degré élevé d’équité procédurale.

[94] M. Durkin, qui détenait la citoyenneté britannique, était un résident permanent de longue date au Canada. Il faisait face à la perspective d’une audience devant la Section de l’immigration afin de déterminer s’il était interdit de territoire au Canada, conformément à l’alinéa 36(1)c) ou à l’alinéa 37(1)a) de la LIPR. En 2013, M. Durkin avait été inculpé par un grand jury en Alabama, suite à une allégation de complot visant à commettre une fraude en matière de valeurs mobilières et de virements électroniques. La Cour fédérale a ainsi conclu (*Durkin*, au paragraphe 32) :

Le motif invoqué pour refuser de communiquer à M. Durkin les documents relatifs à l’application de la loi aux États-Unis était qu’il aurait droit à une divulgation ultérieure, dans le cadre de l’enquête. Là n’est pas la question. L’invitation faite à une personne visée par la procédure prévue à l’article 44 à présenter des observations a pour but d’éviter peut-être que son dossier soit transféré en vue d’une enquête. C’est aussi le seul élément dans la procédure pour lequel une personne peut solliciter la clémence du délégué, même si la personne est interdite de territoire par l’effet de l’application automatique de la loi. À une étape ultérieure d’une enquête, la seule question qui demeure ouverte est celle de savoir si les motifs de l’interdiction de territoire ont été établis. Par conséquent, dans une situation où la divulgation est effectivement nécessaire pour appuyer une demande de clémence formulée à l’endroit du délégué, l’obligation d’équité peut exiger la communication.

[95] Unlike the circumstances in *Durkin*, I find that the applicant in this case lacked the information necessary to answer the evidence of inadmissibility held by CBSA. This information was provided by the Chinese authorities and supported by other unknown sources. The information was not available to the applicant publicly or through other avenues.

[96] The applicant has raised concerns with the procedural fairness of investigations undertaken by the Chinese authorities. In such circumstances, it cannot be said that the applicant was in a position to respond to the inadmissibility allegations of CBSA. He was entitled to receive the material information relied on by CBSA that was otherwise unknown or unavailable to him.

[97] Counsel for the respondent points this Court to the Highlights, stating that the applicant was well aware of the detailed, factual basis underpinning the inadmissibility allegations. I do not agree that the factual basis provided constitutes sufficient disclosure in this case, where the fairness of investigations undertaken by the Chinese authorities has been put into issue. These were detailed in the applicant's October 21, 2019, submissions, [\*\*\*].

[98] As previously discussed above, I note that the section 44 process under the IRPA has been described by this Court and the Federal Court of Appeal as akin to a screening process (*Lin*, at paragraph 4). The Federal Court of Appeal in *Cha*, at paragraph 35 has further described that officers and the Minister “are simply on a fact-finding mission, no more, no less”.

[99] In *Cha*, a foreign national with a student authorization was convicted in Ottawa of driving a vehicle while impaired, contrary to paragraph 253(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. While *Cha* describes an officer's role in assessing readily and objectively ascertainable facts concerning admissibility, the current case is distinguishable in that it does not concern

[95] Contrairement aux circonstances dont il était question dans la décision *Durkin*, je conclus que, en l'espèce, le demandeur ne disposait pas des informations nécessaires pour répondre à la preuve d'interdiction de territoire que détenait l'ASFC. Ces informations émanaient des autorités chinoises et elles étaient étayées par d'autres sources inconnues. Le demandeur n'avait pas accès à ces informations par voie publique ou par d'autres moyens.

[96] Le demandeur a fait part de ses doutes quant à l'équité procédurale des enquêtes menées par les autorités chinoises. Dans de telles circonstances, on ne peut pas dire qu'il était en mesure de répondre aux allégations d'interdiction de territoire de l'ASFC. Il était en droit de recevoir les informations importantes sur lesquelles l'ASFC s'était fondée, des informations qu'il ignorait ou dont il ne disposait pas par ailleurs.

[97] L'avocat du défendeur attire l'attention de notre Cour sur les Faits saillants, disant que le demandeur était bien au fait du fondement factuel détaillé qui sous-tendait les allégations d'interdiction de territoire. Je ne suis pas d'accord pour dire que le fondement factuel fourni constitue une divulgation suffisante dans la présente affaire, où l'équité des enquêtes menées par les autorités chinoises a été mise en doute. Ces enquêtes ont été exposées en détail dans les observations du demandeur datées du 21 octobre 2019, [\*\*\*].

[98] Comme il a été analysé plus tôt, je signale que le processus prévu à l'article 44 de la LIPR a été décrit par notre Cour et la Cour d'appel fédérale comme s'apparentant à un processus d'évaluation préliminaire (*Lin*, au paragraphe 4). Dans l'arrêt *Cha*, au paragraphe 35, la Cour d'appel fédérale a de plus décrit que les agents et le ministre ne font que « rechercher les faits, rien de plus, rien de moins ».

[99] Dans l'arrêt *Cha*, un étranger détenant un permis de séjour pour étudiant avait été reconnu coupable à Ottawa de conduite d'un véhicule avec facultés affaiblies, en contravention de l'alinéa 253b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Bien que l'arrêt *Cha* décrive le rôle que joue un agent dans le cadre de l'évaluation de faits facilement et objectivement vérifiables

a conviction in Canada, but allegations from the authorities in China. The facts underlying an inadmissibility allegation in such a case are not “readily and objectively ascertainable” in the same way. The role of an officer under subsection 44(1) of the IRPA is not necessarily as straightforward in such a case. I do not find the reliability of the facts in question to be immaterial in the Officer’s exercise of discretion under subsection 44(1) of the IRPA to “prepare a report setting out the relevant facts”.

[100] These circumstances support the applicant’s entitlement to relevant disclosure and to make submissions on the inadmissibility allegations themselves, including on the reliability of the evidence.

[101] The applicant further asserts that the Officer did not fairly conduct the interview by failing to provide proper notice about the purpose of the interview. There is no duty on the part of the Officer to conduct an interview and the applicant was advised of the additional grounds of alleged inadmissibility both during the interview and in a subsequent procedural fairness letter. The applicant was invited to make submissions in response (*Mannings v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 823 (*Mannings*), at paragraph 102). The applicant has not substantiated that the Officer breached a duty of procedural fairness in this regard.

D. *The Section 44 Inadmissibility Framework: Level of Discretion and Procedural Fairness Owed*

[102] The applicant further states that the question remains unsettled as to the actual scope of discretion held by officers and the Minister in their decisions to respectively write and refer a section 44 report, and the level of procedural fairness owed in this context. It is the applicant’s position that a wider scope of discretion and procedural fairness ought to be found to exist in light of a number of factors that have not been considered in past

au sujet de l’admissibilité au pays, la présente affaire est différente en ce sens qu’elle ne concerne pas une déclaration de culpabilité au Canada, mais des allégations émanant des autorités chinoises. Les faits qui sous-tendent une allégation d’interdiction de territoire dans un tel cas ne sont pas « facilement et objectivement vérifiables » de la même façon. Dans un tel cas, le rôle que confère à un agent le paragraphe 44(1) de la LIPR n’est pas nécessairement aussi simple. Je ne suis pas d’avis que la fiabilité des faits en question soit dénuée d’importance pour ce qui est de l’exercice du pouvoir discrétionnaire que confère à l’agent de l’ASFC le paragraphe 44(1) de la LIPR, soit celui d’« établir un rapport circonstancié ».

[100] Ces circonstances confirment le droit du demandeur à une divulgation des informations pertinentes et celui de formuler des observations sur les allégations d’interdiction de territoire elles-mêmes, y compris sur la fiabilité des éléments de preuve.

[101] Le demandeur affirme de plus que l’agent de l’ASFC n’a pas tenu l’entretien de manière équitable, car il a omis de fournir un avis approprié sur l’objet de cet entretien. L’agent de l’ASFC n’est pas tenu de procéder à un entretien, et le demandeur a été avisé des motifs supplémentaires de l’interdiction de territoire alléguée tant au cours de l’entretien que dans le cadre d’une lettre d’équité procédurale ultérieure. Le demandeur a été invité à présenter des observations en réponse (*Mannings c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 823 (*Mannings*), au paragraphe 102). Le demandeur n’a pas confirmé que l’agent avait manqué à une obligation d’équité procédurale à cet égard.

D. *Le cadre de l’interdiction de territoire prévue à l’article 44 : le degré de pouvoir discrétionnaire et l’équité procédurale dont il faut faire preuve*

[102] Le demandeur indique de plus qu’il reste une question non réglée : l’étendue proprement dite du pouvoir discrétionnaire que détenaient les agents et le ministre dans le cadre de leurs décisions d’établir un rapport fondé sur l’article 44 et de le déférer, respectivement, de même que le degré d’équité procédurale dont il faut faire preuve dans ce contexte. Il est d’avis qu’il faudrait conclure qu’il existe un degré de pouvoir

decisions of this Court. These decisions, finding a more narrow discretion exists, have allegedly failed to conduct a fulsome statutory analysis on the proper interpretation of the applicable provisions.

[103] Using *Hernandez* as the starting point, the applicant raises the same considerations at paragraph 57 of his further memorandum of fact and law, as previously outlined above.

[104] The applicant further argues that this application raises the question of how section 44 of the IRPA should be engaged where the person concerned is a refugee claimant, particularly where the facts underlying the inadmissibility allegation have a nexus to the refugee claim. The applicant argues that the following considerations should be undertaken:

- A. An officer must consider whether the evidence relied upon is truly reliable or if there is a risk that it is a part of persecutory efforts by the foreign state;
- B. An officer must also then consider Canada's obligations under the Refugee Convention [*United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6] and whether the circumstances are more appropriately determined through the refugee claim exclusion framework; and
- C. Alternatively, an officer must turn their mind towards the exceptions to non-refoulement, under subsection 115(2) of the IRPA.

[105] The applicant alleges that the Officer and Minister's delegate in this case pursued an inadmissibility ground that would preclude the applicant's access to the Refugee Protection Division, without reasonably considering the refugee-related context of whether this

discrétionnaire et d'équité procédurale plus vaste en raison d'un certain nombre de facteurs qui n'ont pas été pris en compte dans des décisions antérieures de notre Cour. En concluant à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'un degré plus restreint, ces décisions n'ont censément pas procédé à une analyse législative complète quant à la bonne manière d'interpréter les dispositions applicables.

[103] Utilisant la décision *Hernandez* comme point de départ, le demandeur soulève les mêmes questions qu'au paragraphe 57 de son mémoire des faits et du droit supplémentaire, dont les grandes lignes ont été exposées plus tôt.

[104] Le demandeur allègue en outre que la présente demande soulève la question de la manière dont l'article 44 de la LIPR devrait entrer en jeu quand la personne visée est un demandeur d'asile, surtout si les faits qui sous-tendent l'allégation d'interdiction de territoire ont un lien avec la demande d'asile. Il soutient qu'il faudrait tenir compte des aspects suivants :

- A. Un agent devrait examiner si les éléments de preuve invoqués sont véritablement fiables ou s'il y a un risque qu'ils fassent partie d'efforts de persécution menés par l'État étranger;
- B. Un agent doit aussi prendre en considération les obligations qu'impose au Canada la Convention sur les réfugiés [*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] et s'il est possible de mieux déterminer les circonstances au moyen du cadre d'exclusion des demandes d'asile;
- C. Subsidiairement, un agent doit porter son attention sur les exceptions au principe du non-refoulement, prévues au paragraphe 115(2) de la LIPR.

[105] Le demandeur allègue que, en l'espèce, l'agent de l'ASFC et le délégué du ministre se sont concentrés sur un motif d'interdiction de territoire qui le priverait d'un accès à la Section de la protection des réfugiés, et ce, sans tenir raisonnablement compte du contexte, lié

course of action was actually appropriate. Section 115 of the IRPA provides:

**Protection**

**115 (1)** A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

**Exceptions**

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

[106] Further, a section 37 inadmissibility finding will preclude an individual from being conferred refugee protection status, pursuant to paragraph 112(3)(a) of the IRPA:

**112 ...**

**Restriction**

(3) Refugee protection may not be conferred on an applicant who

(a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality.

(1) Level of Procedural Fairness

[107] The duty of procedural fairness has already been considered above. To the extent the applicant asks this Court to undertake an academic exercise and broadly declare that officers and the Minister are held to a higher

au statut de réfugié, de la question de savoir si cette voie était bel et bien appropriée. Le texte de l'article 115 de la LIPR est le suivant :

**Principe**

**115 (1)** Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

**Exclusion**

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

[106] De plus, une conclusion d'interdiction de territoire en vertu de l'article 37 empêchera de conférer l'asile à une personne, conformément à l'alinéa 112(3)a) de la LIPR :

**112 [...]**

**Restriction**

(3) L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée.

1) Le degré d'équité procédurale

[107] Il a déjà été question plus tôt de l'obligation d'équité procédurale. Dans la mesure où le demandeur demande à notre Cour d'entreprendre un exercice théorique et de décréter de façon générale que les agents et le

duty of procedural fairness, I find that it is not appropriate to do so.

[108] Given my decision, that varying levels of procedural fairness may apply in the particular context of a section 44 inadmissibility process, depending largely on the inadmissibility ground, it would be inappropriate to now declare that a particular level of procedural fairness applies to all circumstances.

## (2) Scope of Discretion

[109] For similar reasons, I also find that the circumstances of this case are not appropriate for making a broad declaration related to an officer's or the Minister's scope of discretion under subsections 44(1) and 44(2) of the IRPA.

[110] The divergence as it relates to the scope of discretion afforded to an officer or the Minister under section 44 of the IRPA has been described by Federal Court of Appeal as follows (*Sharma*, at paragraph 44):

The scope of the discretion that can be exercised pursuant to section 44 has divided the Federal Court, and the Judge below found as much. One line of cases, exemplified by such decisions as *Correia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 782, 253 F.T.R. 153; *Leong v. Canada (Solicitor General)*, 2004 FC 1126, 256 F.T.R. 298; and *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, aff'd by 2009 FCA 73, adopted a narrow interpretation of section 44 and determined that officers have no discretion to consider factors beyond an individual's alleged inadmissibility. Conversely, another series of decisions adopted a broader approach and held that officers have a wide enough discretion to consider the personal circumstances of an individual, in addition to the facts underlying the alleged inadmissibility (see, for example, *Hernandez*, 2005; *Spencer*; and *Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693).

[111] Recent jurisprudence of this Court tends to support a more limited discretion to consider H&C factors (*Mannings*, above, at paragraphs 76–79; *McLeish v.*

ministre sont tenus à un degré d'équité procédurale plus élevé, je conclus qu'il n'y a pas lieu de le faire.

[108] Compte tenu de ma décision, à savoir que des degrés divers d'équité procédurale peuvent s'appliquer dans le contexte particulier d'un processus d'interdiction de territoire visé à l'article 44, suivant en grande partie le motif d'interdiction de territoire invoqué, il serait inopportun de déclarer maintenant qu'un degré particulier d'équité procédurale s'applique en toutes circonstances.

## 2) L'étendue du pouvoir discrétionnaire

[109] Pour des raisons semblables, je conclus aussi que les circonstances de l'espèce ne permettent pas de formuler une déclaration générale au sujet de l'étendue du pouvoir discrétionnaire que confèrent à un agent ou au ministre les paragraphes 44(1) et 44(2) de la LIPR.

[110] La divergence quant à l'étendue du pouvoir discrétionnaire que confère l'article 44 de la LIPR à l'agent ou au ministre a été décrite de la manière suivante par la Cour d'appel fédérale (*Sharma*, au paragraphe 44) :

La portée du pouvoir discrétionnaire qu'il est possible d'exercer aux termes de l'article 44 est une question qui divise la Cour fédérale, et c'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge de première instance. Dans une série d'affaires, illustrées par des décisions telles que *Correia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 782; *Leong c. Canada (Solliciteur général)*, 2004 CF 1126; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, conf. par 2009 CAF 73, une interprétation restrictive de l'article 44 a été adoptée et il a été conclu que les agents n'avaient pas le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération des facteurs qui allaient au-delà de l'allégation d'interdiction de territoire d'une personne. À l'inverse, dans une autre série de décisions, une approche plus large a été adoptée et il a été conclu que les agents avaient un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour prendre en considération la situation personnelle d'une personne, en plus des faits qui sous-tendaient l'allégation d'interdiction de territoire (voir, par exemple, les décisions *Hernandez*, 2005, *Spencer* ; et *Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693).

[111] Des décisions jurisprudentielles récentes de notre Cour tendent à étayer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire plus restreint lorsqu'il est question de prendre

*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2020 FC 705, at paragraphs 8 and 56).

en considération des facteurs CH (*Mannings*, précité, aux paragraphes 76 à 79; *McLeish c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2020 CF 705, aux paragraphes 8 et 56).

[112] In *McAlpin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FC 422, [2018] 4 F.C.R. 225 (*McAlpin*), the Federal Court set out the following framework, adapting that set out in *Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1363, [2017] 3 F.C.R. 354, at paragraph 34 (*McAlpin*, above at paragraph 70):

[112] Dans la décision *McAlpin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CF 422, [2018] 4 R.C.F. 225 (*McAlpin*), la Cour fédérale a énoncé le cadre suivant, en s’inspirant de celui qui a été exposé dans la décision *Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1363, [2017] 3 R.C.F. 354, au paragraphe 34 (*McAlpin*, précitée, au paragraphe 70) :

1. In cases involving allegations of criminality or serious criminality on the part of permanent residents, there is conflicting case law as to whether immigration officers and ministerial delegates have any discretion under subsections 44(1) and (2) of the IRPA, respectively, beyond that of simply ascertaining and reporting the basic facts which underlie an opinion that a permanent resident in Canada is inadmissible, or that an officer’s report is well founded.
  2. In any event, any discretion to consider H&C factors under subsections 44(1) and (2) in such cases is very limited, if it exists at all.
  3. Although an officer or a ministerial delegate may have very limited discretion to consider H&C factors in such cases, there is no general obligation or duty to do so.
  4. However, where H&C factors are considered by an officer or by a ministerial delegate in explaining the rationale for a decision that is made under subsections 44(1) or (2), the assessment of those factors should be reasonable, having regard to the circumstances of the case. Where those factors are rejected, an explanation should be provided, even if only very brief in nature.
  5. In this particular context, a reasonable assessment is one that at least takes account of the most important H&C factors that have been identified by the person who is alleged to be inadmissible,
1. Dans les affaires mettant en cause des allégations de criminalité et de grande criminalité de la part de résidents permanents, il existe des jurisprudences contradictoires à savoir si les agents d’immigration et les délégués du ministre ont un pouvoir discrétionnaire en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la LIPR, respectivement, qui va au-delà de simplement déterminer et relater les faits essentiels qui sous-entendent une opinion selon laquelle un résident permanent au Canada est interdit de territoire, ou selon laquelle un rapport de l’agent est bien fondé.
  2. En tout état de cause, le pouvoir discrétionnaire pour tenir compte des motifs d’ordre humanitaire en vertu des paragraphes 44(1) et (2) dans de tels cas est très limité, en admettant qu’il existe.
  3. Bien qu’un agent ou un délégué du ministre puisse disposer d’un pouvoir discrétionnaire limité pour tenir compte des motifs d’ordre humanitaire dans de tels cas, il ne lui incombe nullement de le faire.
  4. Toutefois, dans les cas où les motifs d’ordre humanitaire sont pris en compte par un agent ou un délégué du ministre pour expliquer le raisonnement d’une décision qui est prise en vertu des paragraphes 44(1) ou (2), l’évaluation de ces facteurs devrait être raisonnable, compte tenu des circonstances de l’affaire. Dans les cas où ces facteurs sont rejetés, une explication doit être fournie, ne serait-ce que de nature très brève.
  5. Dans ce contexte particulier, une évaluation raisonnable est celle qui tient au moins compte des motifs d’ordre humanitaire les plus importants qui ont été relevés par la personne présumée être

even only by listing those factors, to demonstrate that they were considered. A failure to mention any important H&C factors that have been identified, when purporting to take account of the H&C factors that have been raised, may well be unreasonable. [Emphasis in original.]

interdite de territoire, même en énonçant seulement ces facteurs, pour démontrer qu'ils ont été pris en compte. L'omission de mentionner tout motif d'ordre humanitaire qui a été relevé, quand il faudrait prendre en compte tous les motifs d'ordre humanitaire qui ont été soulevés, peut très bien être déraisonnable. [Souligné dans l'original.]

[113] In contrast to several of the authorities cited by the parties, the concern of the applicant is not the Officer or Minister's delegate's discretion to consider the applicant's personal circumstances, but rather that the Officer foreclosed an opportunity for the applicant to fully and fairly respond to the inadmissibility allegations, particularly in circumstances where the seriousness of these allegations were relied on to support the decisions to write and refer the section 44 reports.

[113] Par contraste avec plusieurs des sources que les parties ont citées, le point qui préoccupe le demandeur n'est pas le pouvoir discrétionnaire dont jouit l'agent de l'ASFC ou le délégué du ministre pour prendre en considération ses circonstances personnelles, mais plutôt le fait que l'agent de l'ASFC l'a empêché de répondre de manière complète et équitable aux allégations d'interdiction de territoire, plus particulièrement dans des circonstances où l'on s'est fondé sur la gravité de ces allégations pour étayer les décisions d'établir les rapports fondés sur l'article 44 et, ensuite, de les déférer.

[114] The question posed by the applicant in this respect is therefore not grounded in the facts of this current case. As was the case in *Sharma*, a determination in this matter is best left for a case where the applicant is alleging entitlement to the full H&C analysis (*Sharma*, at paragraph 48):

[114] La question que pose le demandeur à cet égard ne repose donc pas sur les faits de l'espèce. Comme c'était le cas dans l'arrêt *Sharma*, il est préférable, pour rendre une décision, d'attendre une affaire dans laquelle le demandeur prétend avoir droit à une analyse CH complète (*Sharma*, au paragraphe 48) :

In those circumstances, I agree with the Judge that the appellant has no basis to complain about the scope of the mandate adopted by the officer since he received the most favourable approach. The appellant's submissions in this respect are therefore academic, and a determination of the precise extent of an officer's discretion would have no bearing on the outcome of this case. Therefore, it is preferable to leave this issue for another day, and in particular whether a person concerned is entitled to a full scale H&C analysis at the stage of the inadmissibility report.

Dans ces circonstances, je conviens avec le juge de première instance que l'appelant n'a aucune raison de se plaindre de la portée du mandat que l'agente a adopté, car il a bénéficié de l'approche la plus favorable. Les observations de l'appelant à cet égard sont donc théoriques, et le fait de déterminer l'étendue précise du pouvoir discrétionnaire d'un agent n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'affaire. Il est donc préférable de laisser à un autre jour l'examen de cette question et, en particulier, celle de savoir si une personne en cause a droit à une analyse des considérations d'ordre humanitaire en bonne et due forme au stade du rapport d'interdiction de territoire.

### (3) Nexus to a Refugee Claim

### 3) Le lien avec une demande d'asile

[115] The facts do not support that the Officer and Minister's delegate pursued the inadmissibility ground of organized criminality with the intention that it would preclude the applicant's access to the Refugee Protection Division, neither does the record support that the policy choices of Parliament—the IRPA regime related to

[115] Les faits ne permettent pas de conclure que l'agent de l'ASFC et le délégué du ministre ont invoqué le motif d'interdiction de territoire pour criminalité organisée dans le but d'empêcher le demandeur d'avoir accès à la Section de la protection des réfugiés, pas plus que le dossier ne confirme que les choix de principe



persons subject to allegations of organized criminality—necessarily require an officer or the Minister to undertake the type of analysis proposed by the applicant.

[116] The applicant made submissions to the Officer regarding his personal circumstances, including his fears of returning to China, based on the conditions he would face in China [\*\*\*]. The Officer and Minister's delegate did not find these circumstances sufficient to overcome the serious nature of the inadmissibility allegations.

[117] There is a seriousness with which Parliament has chosen to deal with those persons subject to allegations of organized criminality. The legislative changes to the IRPA, as highlighted by the applicant, demonstrate this. For example, as of 2013, an inadmissibility finding under section 37 of the IRPA precludes the filing of an application for H&C relief (*Faster Removal of Foreign Criminals Act*, S.C. 2013, c. 16).

[118] While limited avenues of relief may heighten the level of procedural fairness owed to an applicant, these forms of relief still operate as alternative measures for an applicant subject to a removal order and in need of protection, as permitted under the PRRA process in section 112 of the IRPA, which operates to stay removal.

[119] In a similar vein, the applicant has broadly alleged several Charter value considerations, without demonstrating to this Court how they apply to the particular circumstances of this case. In *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, the Supreme Court of Canada considered the constitutionality of paragraph 37(1)(b) of the IRPA, finding that [at paragraph 75]:

The argument is of no assistance in any event, as s. 7 of the *Charter* is not engaged at the stage of determining admissibility to Canada under s. 37(1). This Court recently

du législateur — le régime de la LIPR qui vise les personnes faisant l'objet d'allégations de criminalité organisée — obligent nécessairement un agent ou le ministre à effectuer le genre d'analyse que le demandeur propose.

[116] Le demandeur a fait part à l'agent de l'ASFC d'observations sur ses circonstances personnelles, dont sa crainte de retourner en Chine, en se fondant sur les conditions auxquelles il ferait face dans ce pays [\*\*\*]. L'agent de l'ASFC et le délégué du ministre n'ont pas jugé que ces circonstances étaient suffisantes pour surmonter la gravité des allégations d'interdiction de territoire.

[117] Il y a une certaine gravité dans la manière dont le législateur a décidé de traiter les personnes visées par des allégations de criminalité organisée. C'est ce qu'il illustrent les changements législatifs apportés à la LIPR, comme l'a souligné le demandeur. Par exemple, depuis 2013, une conclusion d'interdiction de territoire en vertu de l'article 37 de la LIPR empêche de déposer une demande de dispense CH (*Loi accélérant le renvoi de criminels étrangers*, L.C. 2013, ch. 16).

[118] Bien que des voies de recours restreintes puissent rehausser le degré d'équité procédurale dont il faut faire preuve envers un demandeur, ces formes de recours servent encore de mesures de rechange dans le cas d'un demandeur faisant l'objet d'une mesure de renvoi et ayant besoin de protection, comme l'autorise le processus d'ERAR visé à l'article 112 de la LIPR, qui a pour effet de surseoir à la prise d'une mesure de renvoi.

[119] Dans le même ordre d'idées, le demandeur a fait état de façon générale de plusieurs questions liées aux valeurs reconnues par la Charte, sans démontrer à notre Cour comment elles s'appliquent à sa situation particulière. Dans l'arrêt *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la constitutionnalité de l'alinéa 37(1)b) de la LIPR et est arrivée à la conclusion suivante [au paragraphe 75] :

Quoi qu'il en soit, l'argument n'est d'aucune utilité puisque l'art. 7 de la *Charte* n'entre pas en jeu lorsque vient le temps de déterminer si un migrant est interdit

held in *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431, that a determination of exclusion from refugee protection under the *IRPA* did not engage s. 7, because “even if excluded from refugee protection, the appellant is able to apply for a stay of removal to a place if he would face death, torture or cruel and unusual treatment or punishment if removed to that place” (para. 67). It is at this subsequent pre-removal risk assessment stage of the *IRPA*’s refugee protection process that s. 7 is typically engaged. The rationale from *Febles*, which concerned determinations of “exclusion” from refugee status, applies equally to determinations of “inadmissibility” to refugee status under the *IRPA*.

#### E. Proposed Questions for Certification

[120] The applicant has proposed the following questions for certification:

- A. May (or must) a Minister’s delegate under the *IRPA* consider complex issues of fact and law including the best interests of children and/or H&C issues, in relation to a possible referral of a permanent resident under section 37 of *IRPA* to an admissibility hearing before the Immigration Division, in relation to which the *IRPA* bars consideration of H&C and may bar best interests of the children factors?—adapted from the certified question in *Obazughanmwun v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FC 683;
- B. To what extent does a Minister’s delegate acting pursuant to subsection 44(2) of the *IRPA* have an obligation to consider personal mitigating circumstances including Charter values before referring the case of a permanent resident to the Immigration Division on the ground of serious criminality (and organized criminality)?—adapted from the certified question in *Surgeon v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1314; and

de territoire au Canada selon le par. 37(1). La Cour a récemment conclu dans *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431, que le constat d’exclusion de l’asile tiré en vertu de la *LIPR* ne déclenchait pas l’application de l’art. 7, car « même s’il est exclu du régime de protection des réfugiés, l’appelant peut demander au ministre de surseoir à une mesure de renvoi pour le lieu en cause si le renvoi à ce lieu l’expose à la mort, à la torture ou à des traitements ou peines cruels ou inusités » (par. 67). C’est à cette étape subséquente, l’examen des risques avant renvoi, du processus d’asile établi par la *LIPR* que l’art. 7 entre habituellement en jeu. Le raisonnement découlant de *Febles*, qui visait les décisions portant « exclusion » du statut de réfugié, vaut également pour les constats d’« inadmissibilité » au statut de réfugié tirés en vertu de la *LIPR*.

#### E. Les questions à certifier proposées

[120] Le demandeur a proposé que l’on certifie les questions suivantes :

- A. Le délégué du ministre, sous le régime de la *LIPR*, peut-il ou (doit-il) examiner des questions de fait et de droit complexes, dont l’intérêt supérieur d’un enfant ou des questions CH, en lien avec l’éventuel renvoi d’un résident permanent, en vertu de l’article 37 de la *LIPR*, à une enquête devant la Section de l’immigration, enquête en rapport avec laquelle la *LIPR* interdit de prendre en considération des motifs CH et peut faire obstacle à des facteurs liés à l’intérêt supérieur des enfants? — Texte inspiré de la question certifiée dans la décision *Obazughanmwun c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CF 683;
- B. Dans quelle mesure le délégué du ministre agissant conformément au paragraphe 44(2) de la *LIPR* est-il tenu de prendre en considération les circonstances personnelles atténuantes, dont les valeurs consacrées par la Charte, avant de déférer le cas d’un résident permanent à la Section de l’immigration pour grande criminalité [et criminalité organisée]? — Texte inspiré de la question certifiée dans la décision *Surgeon c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1314;

C. To what extent does a Minister's delegate acting pursuant to subsection 44(2) of the IRPA have an obligation to consider Canada's obligations under the Refugee Convention, including the reliability of the evidence it is relying upon, whether the allegations are tied to state persecutory efforts, and/or whether the allegations would ultimately give rise to invoking an exception to the non-refoulement principle, in deciding to refer the case of a refugee claimant to the Immigration Division on the grounds of organized criminality?

[121] The threshold for certifying a question is whether there is a serious question of general importance which could be dispositive of the appeal (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167 [at paragraph 12]):

The corollary of the fact that a question must be dispositive of the appeal is that it must be a question which has been raised and dealt with in the decision below. Otherwise, the certified question is nothing more than a reference of a question to the Court of Appeal. If a question arises on the facts of a case before an applications judge, it is the judge's duty to deal with it. If it does not arise, or if the judge decides that it need not be dealt with, it is not an appropriate question for certification.

[122] The first two questions proposed for certification would not be dispositive of the appeal. They concern the scope of an officer or the Minister's discretion as it relates to H&C factors. The applicant had the opportunity to make submissions on his personal circumstances before the Officer and the Officer and Minister's delegate's consideration of these factors are not in dispute. Instead, the applicant's arguments focus on the lack of opportunity he had to make submissions related to the inadmissibility allegations.

[123] The third question, however, meets the threshold for certification.

C. Dans quelle mesure un délégué du ministre agissant en application du paragraphe 44(2) de la LIPR est-il tenu de prendre en considération les obligations du Canada aux termes de la Convention sur les réfugiés, y compris la fiabilité de la preuve sur laquelle il s'appuie, que les allégations soient liées aux efforts de persécution consentis par l'État, ou que les allégations puissent ultimement donner ouverture au recours à une exception au principe de non-refoulement au moment de déterminer s'il faut déférer le dossier d'un demandeur d'asile à la Section de l'immigration pour criminalité organisée?

[121] Le seuil requis pour certifier une question est celui de savoir s'il existe une question grave de portée générale qui permettrait de trancher l'appel (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89 [au paragraphe 12]) :

Le corollaire de la proposition selon laquelle une question doit permettre de régler l'appel est qu'il doit s'agir d'une question qui a été soulevée et qui a été examinée dans la décision d'instance inférieure. Autrement, la certification de la question constitue en fait un renvoi à la Cour fédérale. Si une question se pose eu égard aux faits d'une affaire dont un juge qui a entendu la demande est saisi, il incombe au juge de l'examiner. Si la question ne se pose pas, ou si le juge décide qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question, il ne s'agit pas d'une question qu'il convient de certifier.

[122] Les deux premières questions proposées pour certification ne permettraient pas de trancher l'appel. Elles ont trait à l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose un agent ou le ministre à l'égard des facteurs CH. Le demandeur a eu la possibilité de présenter des observations sur ses circonstances personnelles à l'agent de l'ASFC, et il n'est pas contesté que ce dernier et le délégué du ministre ont pris ces facteurs en considération. Les arguments qu'invoque le demandeur sont plutôt axés sur le fait qu'il lui a été impossible de présenter des observations au sujet des allégations d'interdiction de territoire.

[123] La troisième question satisfait toutefois au critère de certification.

VII. Conclusion

[124] For the reasons above, this application is granted. Both the decisions of the Officer to write the section 44 report and of the Minister's delegate to refer the section 44 report are set aside. The matter is remitted to a different officer for redetermination.

JUDGMENT in IMM-5379-20 and IMM-5380-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application is granted and both decisions to write and refer the section 44 reports are set aside;
2. The matter is remitted to a different officer for re-consideration; and
3. The following question is certified:

To what extent does a Minister's delegate acting pursuant to subsection 44(2) of the IRPA have an obligation to consider Canada's obligations under the Refugee Convention, including the reliability of the evidence it is relying upon, whether the allegations are tied to state persecutory efforts, and/or whether the allegations would ultimately give rise to invoking an exception to non-refoulement principle, in deciding to refer the case of a refugee claimant to the Immigration Division on the grounds of organized criminality?

VII. Conclusion

[124] Pour les motifs qui précèdent, la présente demande est accueillie. La décision de l'agent de l'ASFC d'établir le rapport fondé sur l'article 44 et celle du délégué du ministre de déférer ce rapport sont toutes deux infirmées. L'affaire est renvoyée à un autre agent de l'ASFC en vue d'une nouvelle décision.

JUGEMENT dans les dossiers IMM-5379-20 et IMM-5380-20

LA COUR ORDONNE :

1. La demande est accueillie et les décisions d'établir et de déférer les rapports fondés sur l'article 44 sont toutes deux infirmées;
2. L'affaire est renvoyée à un autre agent en vue d'un nouvel examen;
3. La question suivante est certifiée :

Dans quelle mesure un délégué du ministre agissant en application du paragraphe 44(2) de la LIPR est-il tenu de prendre en considération les obligations du Canada aux termes de la Convention sur les réfugiés, y compris la fiabilité de la preuve sur laquelle il s'appuie, que les allégations soient liées aux efforts de persécution consentis par l'État, ou que les allégations puissent ultimement donner ouverture au recours à une exception au principe de non-refoulement au moment de déterminer s'il faut déférer le dossier d'un demandeur d'asile à la Section de l'immigration pour criminalité organisée?

T-1080-20  
2021 FC 488

T-1080-20  
2021 CF 488

### Proposed Class Proceeding

**Kobe Mohr** (*Representative Plaintiff*)

v.

**National Hockey League, American Hockey League Inc, ECHL Inc., Canadian Hockey League, Québec Major Junior Hockey League Inc., Ontario Hockey League, Western Hockey League, Hockey Canada** (*Defendants*)

**INDEXED AS: MOHR v. NATIONAL HOCKEY LEAGUE**

Federal Court, Crampton C.J.—Ottawa, May 27, 2021.

*Competition — Proposed class proceeding — Motion to strike brought by certain defendants; motion to amend brought by representative plaintiff (representative plaintiff or plaintiff) — In motion to amend, brought pursuant to Federal Courts Rules (Rules), r. 75, representative plaintiff sought leave to amend statement of claim filed on behalf of all major junior hockey players who signed standard player agreement (SPA) that was at heart of one or more conspiracies alleged to have been entered into between defendants (Class Members) — In statement of claim, plaintiff alleged that defendants entered into single conspiracy contrary to Competition Act (Act), s. 48(1) — Claimed in particular that defendants conspired to limit unreasonably Class Members' opportunity to negotiate, play with specific hockey teams — Canadian defendant leagues, their umbrella organization (Canadian Hockey League (CHL)), Hockey Canada brought motion to strike plaintiff's statement of claim maintaining plain, obvious that Act, s. 48 could not apply to them because applying only to intra-league agreements, arrangements between or among "teams and clubs", including their directors, officers or employees — Added that statement of claim could not be cured by amending it to claim damages suffered as result of agreement contemplated by general conspiracy provisions in Act, s. 45 — Representative plaintiff, hockey player who played for club in Western Hockey League between 2015–2020 — CHL, entity that organizes Canada's three "major junior" hockey leagues — Defendants CHL, QMJHL, OHL, WHL, Hockey Canada (collectively responding defendants on motion to amend, moving defendants on motion to strike) filing motion to strike before plaintiff filing motion to amend — Issue*

### Recours collectif envisagé

**Kobe Mohr** (*représentant demandeur*)

c.

**Ligue nationale de hockey, American Hockey League Inc, ECHL Inc., Ligue canadienne de hockey, Ligue de hockey junior majeur du Québec Inc., Ligue de hockey de l'Ontario, Western Hockey League, Hockey Canada** (*défendeurs*)

**RÉPERTORIÉ : MOHR c. LIGUE NATIONALE DE HOCKEY**

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Ottawa, 27 mai 2021.

*Concurrence — Recours collectif envisagé — Requête en radiation présentée par certains défendeurs et requête en modification présentée par le représentant demandeur (représentant demandeur ou demandeur) — Dans sa requête en modification, présentée en vertu de la règle 75 des Règles des Cours fédérales, le représentant demandeur a demandé l'autorisation de modifier une déclaration déposée au nom de tous les joueurs de hockey de niveau junior majeur qui ont signé un contrat standard de joueur (CSJ), qui était au cœur d'un ou de plusieurs des complots que les défendeurs auraient conclus ensemble (les membres du groupe) — Dans la déclaration, le demandeur a allégué que les défendeurs ont commis un seul complot, en contravention de l'art. 48(1) de la Loi sur la concurrence (la Loi) — Plus particulièrement, il a affirmé que les défendeurs ont comploté pour limiter déraisonnablement les possibilités des membres du groupe de négocier et de jouer avec certaines équipes de hockey — Les ligues canadiennes défenderesses, leur organisation cadre (la Ligue canadienne de hockey (LCH)) et Hockey Canada ont présenté une requête en radiation de la déclaration du demandeur dans laquelle elles ont maintenu qu'il était évident et manifeste que l'art. 48 de la Loi ne leur était pas applicable, puisque cette disposition vise uniquement les ententes et arrangements conclus entre des « équipes » et des « clubs » d'une même ligue, y compris leurs administrateurs, dirigeants ou employés — Elles ont ajouté que la déclaration ne pouvait pas être corrigée en la modifiant de manière à demander des dommages-intérêts relativement à des préjudices découlant d'un accord visé par les dispositions générales sur les complots de l'art. 45 de la Loi — Le représentant demandeur est un joueur de hockey qui a porté les*

*in motion to amend whether representative plaintiff meeting test for obtaining leave to amend statement of claim; issue in motion to strike whether plain, obvious that representative plaintiff's statement of claim disclosed no reasonable cause of action or was otherwise abuse of process — Absence of material facts, particulars, as required by Rules, rr. 174, 181, left amended statement of claim without sufficient foundation to support amended allegations made — Was sufficient basis for concluding plain, obvious that amended statement of claim disclosed no reasonable cause of action — Regarding reasonable cause of action under Act, s. 45, that section not applying to types of agreements alleged in amended statement of claim — Act, s. 45(1) applying only to “competitors” who enter into conspiracy, agreement or arrangement concerning either “supply” or “production or supply” of product in respect of which they compete — Such elements of s. 45(1) posing insurmountable hurdle for plaintiff — With exception of certain clubs, none of other existing or proposed defendants alleged to have been party to any conspiracy, agreement or arrangement with competitor respecting product — Plain, obvious that NHL, CHL, Hockey Canada not “competitors” of any other party to any of alleged agreements with respect to product — Three offences proscribed in s. 45(1) applying solely to either “supply” or “production or supply” of same product in respect of which alleged conspirators are competitors — By their express terms, provisions in question not applying to purchase or other acquisition of product — Agreements alleged in amended statement of claim plainly not of this type — Based on ordinary meaning of words in s. 45(1), legislative history thereof, statutory scheme, plain, obvious that plaintiff not pleading reasonable cause of action against existing, proposed defendants under s. 45, in relation to production, supply of services at issue in this proceeding — Plain, obvious that reasonable cause of action not pleaded in respect of s. 48 in proposed amended statement of claim — Was not alleged, nor apparent, that any of alleged intra-league agreements related exclusively to matters described in s. 48(1), as set forth in s. 48(3) — Various proposed amendments pertaining to alleged conspiracies, as related to wages, players' images, constituted abuse of process because these questions being litigated before other courts — Amended allegations fell short of providing responding defendants with sufficient information to know case to be met — Proposed amendments not in interests of justice; would not benefit parties to this proceeding, assist Court in pursuit of truth — Concerning moving defendants' motion to strike, plain, obvious that statement of claim disclosed no reasonable cause of action under Act, ss. 36 or 48 or Canadian Bill of Rights, s. 1(e) — Moreover, existing deficiencies in statement of claim could not be potentially cured by granting plaintiff leave to amend pleading as requested — Motion to amend dismissed; motion to strike granted.*

*couleurs d'une équipe de la Western Hockey League de 2015 à 2020 — La LCH est une entité qui organise les trois ligues de hockey « junior majeur » du Canada — Les défendeurs, la LCH, la LHJMQ, la LHO, la WHL et Hockey Canada (collectivement, les défendeurs intimés de la requête en modification et les défendeurs requérants de la requête en radiation) ont déposé leur requête en radiation avant le dépôt par le demandeur de sa requête en modification — Il s'agissait de savoir dans la requête en modification si le représentant demandeur a satisfaisait au critère pour obtenir une autorisation de modifier la déclaration; il s'agissait de savoir dans la requête en radiation s'il était évident et manifeste que la déclaration du représentant demandeur ne révélait aucune cause d'action valable ou constituait autrement un abus de procédure — Le fait qu'il n'y avait pas de précisions et de faits importants, comme l'exigent les règles 174 et 181 des Règles des Cours fédérales, a laissé la déclaration modifiée sans fondement suffisant pour soutenir les allégations modifiées qui y ont été formulées — Par conséquent, il était évident et manifeste que la déclaration modifiée ne révélait aucune cause d'action valable — En ce qui concerne la cause d'action valable au titre de l'art. 45 de la Loi, cette disposition ne vise pas les types d'accords allégués dans la déclaration modifiée — L'art. 45(1) de la Loi ne s'applique qu'aux « concurrents » qui concluent un complot, un accord ou un arrangement portant sur « la fourniture » ou « la production ou la fourniture » d'un produit à l'égard duquel ils sont en concurrence — Ces éléments de l'art. 45(1) constituaient un obstacle insurmontable pour le demandeur — À l'exception de certains clubs, aucun des autres défendeurs actuels ou proposés n'aurait été partie à un complot, un accord ou un arrangement avec un concurrent à l'égard d'un produit — Il était évident et manifeste que la LNH, la LCH et Hockey Canada ne sont pas des « concurrents » d'une autre partie à l'un ou l'autre des accords prétendument conclus à l'égard d'un produit — Les trois infractions prosrites à l'art. 45(1) ne s'appliquent qu'à la « fourniture » ou à la « production ou la fourniture » du produit à l'égard duquel les comploteurs présumés sont des concurrents — Le libellé de ces dispositions prévoit expressément qu'elles ne s'appliquent pas à l'achat ou à toute autre acquisition d'un produit — De toute évidence, les accords allégués dans la déclaration modifiée n'étaient pas de ce type — Compte tenu du sens ordinaire des termes employés à l'art. 45(1), de l'historique législatif de cette disposition et du régime législatif, il était évident et manifeste que le demandeur n'a invoqué aucune cause d'action valable contre les défendeurs actuels et proposés au titre de l'art. 45, relativement à la production et à la fourniture des services en cause dans la présente affaire — Il était évident et manifeste que la déclaration modifiée proposée ne révélait aucune cause d'action valable au titre de l'art. 48 — Il n'a pas été allégué et il n'était pas non plus évident que l'un ou l'autre des accords allégués conclus au sein d'une même ligue se rapportaient exclusivement à des sujets visés à l'art. 48(1), comme le prévoit l'art. 48(3) — Les diverses modifications proposées*

These were two motions in writing in a proposed class proceeding. One motion was a motion to strike brought by certain of the defendants and the other was a motion to amend brought by the representative plaintiff (representative plaintiff or plaintiff). In his motion to amend, brought pursuant to rule 75 of the *Federal Courts Rules* (Rules), the representative plaintiff sought leave to amend a statement of claim filed on behalf of all major junior hockey players who signed a standard player agreement (SPA) that was at the heart of one or more of the conspiracies alleged to have been entered into between the defendants (the Class Members). In the statement of claim, the plaintiff alleged that the defendants entered into a single conspiracy contrary to subsection 48(1) of the *Competition Act* (Act). In particular, he claimed that the defendants conspired to limit unreasonably the Class Members' opportunity to negotiate and play with teams in the National Hockey League (NHL), the American Hockey League Inc. (AHL) and the ECHL Inc. (also known as the East Coast Hockey League) (ECHL). He further claimed that the defendants conspired to impose unreasonable terms and conditions upon the Class Members. The Canadian defendant leagues, their umbrella organization (the Canadian Hockey League (CHL)) and Hockey Canada brought a motion to strike the plaintiff's statement of claim in which they maintained that it was plain and obvious that section 48 of the Act could not apply to them because it applies only to intra-league agreements and arrangements between or among "teams and clubs", including their directors, officers or employees. They added that the statement of claim could not be cured by amending it to claim damages suffered as a result of an agreement contemplated by the general conspiracy provisions in section 45 of the Act.

*concernant les complots présumés liés aux salaires et à l'image des joueurs constituait un abus de procédure parce que ces questions faisaient l'objet de litiges devant d'autres tribunaux — Les allégations modifiées ne fournissaient pas aux défendeurs intimés suffisamment de renseignements pour établir la preuve à réfuter — Les modifications proposées n'étaient pas dans l'intérêt de la justice, ne profiteraient pas aux parties de l'espèce et n'aideraient pas la Cour dans sa recherche de la vérité — En ce qui concerne la requête en radiation des défendeurs requérants, il était évident et manifeste que la déclaration ne révélait aucune cause d'action valable au titre des art. 36 ou 48 de la Loi ou de l'art. 1e) de la Déclaration canadienne des droits — En outre, les lacunes actuelles de la déclaration ne pourraient pas être éliminées en accordant au demandeur l'autorisation de modifier sa plaidoirie, comme il a demandé — Requête en modification rejetée; requête en radiation accueillie.*

Il s'agissait de deux requêtes présentées par écrit dans le cadre d'un recours collectif envisagé : une requête en radiation présentée par certains des défendeurs et une requête en modification présentée par le représentant demandeur (représentant demandeur ou demandeur). Dans sa requête en modification, présentée en vertu de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales*, le représentant demandeur a demandé l'autorisation de modifier une déclaration déposée au nom de tous les joueurs de hockey de niveau junior majeur qui ont signé un contrat standard de joueur (CSJ), qui était au cœur d'un ou de plusieurs des complots que les défendeurs auraient conclus ensemble (les membres du groupe). Dans la déclaration, le demandeur a allégué que les défendeurs ont commis un seul complot, en contravention du paragraphe 48(1) de la *Loi sur la concurrence* (la Loi). Plus particulièrement, il a affirmé que les défendeurs ont comploté pour limiter déraisonnablement les possibilités des membres du groupe de négocier et de jouer avec des équipes de la Ligue nationale de hockey (la LNH), de l'American Hockey League Inc. (la AHL) et de ECHL Inc. (aussi appelée l'East Coast Hockey League) (l'ECHL). Il a ajouté que les défendeurs ont comploté pour imposer des conditions déraisonnables aux membres du groupe. Les ligues canadiennes défenderesses, leur organisation-cadre (la Ligue canadienne de hockey (LCH)) et Hockey Canada ont présenté une requête en radiation de la déclaration du demandeur dans laquelle elles ont maintenu qu'il était évident et manifeste que l'article 48 de la Loi ne leur était pas applicable, puisque cette disposition vise uniquement les ententes et arrangements conclus entre des « équipes » et des « clubs » d'une même ligue, y compris leurs administrateurs, dirigeants ou employés. Elles ont ajouté que la déclaration ne pouvait pas être corrigée en la modifiant de manière à demander des dommages-intérêts relativement à des préjudices découlant d'un accord visé par les dispositions générales sur les complots de l'article 45 de la Loi.

In the amended statement of claim, the representative plaintiff proposed to add 148 new defendants, namely, the individual teams of the three Canadian defendant leagues and the three United States-based defendant leagues. He also referred to multiple alleged illegal agreements within the hockey industry rather than to a single alleged conspiracy. The representative plaintiff is a hockey player who played for a club in the Western Hockey League between 2015 and 2020. The CHL is an entity that organizes Canada's three "major junior" hockey leagues, namely, the Québec Major Junior Hockey League (QMJHL), the Ontario Hockey League (OHL) and the Western Hockey League (WHL). The defendants CHL, QMJHL, OHL, WHL and Hockey Canada (collectively, the responding defendants on the motion to amend and the moving defendants on the motion to strike) filed their motion to strike before the plaintiff filed his motion to amend.

The issue in the motion to amend was whether the representative plaintiff met the test for obtaining leave to amend the statement of claim. The issue in the motion to strike was whether it was plain and obvious that the representative plaintiff's statement of claim disclosed no reasonable cause of action or was otherwise an abuse of process.

*Held*, the motion to amend should be dismissed and the motion to strike should be granted.

In determining whether to grant the representative plaintiff's motion to amend, the Court considered: 1. whether it was plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the amended pleading disclosed no reasonable cause of action; 2. whether the proposed amendments assisted the Court to determine the real questions in controversy between the parties; 3. whether the proposed amendments served the interests of justice; and 4. whether the proposed amendments resulted in an injustice to the other party that was not capable of being compensated by an award of costs. The absence of material facts and particulars, as required by rules 174 and 181, left the amended statement of claim without a sufficient foundation to support the amended allegations that were made. This provided a sufficient basis for concluding that it was plain and obvious that the amended statement of claim disclosed no reasonable cause of action. Nevertheless, other submissions the responding defendants made in support of their position that the representative plaintiff should not be granted leave to file the amended statement of claim were addressed.

The responding defendants correctly asserted that the plaintiff failed to plead a reasonable cause of action under section 45 of the Act. Section 45 does not apply to the types of

Dans la déclaration modifiée, le représentant demandeur a proposé d'ajouter 148 nouveaux défendeurs, à savoir les différentes équipes des trois ligues canadiennes défenderesses et des trois ligues américaines défenderesses. Il a mentionné également de nombreux accords illégaux qui auraient été conclus au sein de l'industrie du hockey, plutôt qu'un seul complot allégué. Le représentant demandeur est un joueur de hockey qui a porté les couleurs d'une équipe de la Western Hockey League (WHL) de 2015 à 2020. La LCH est une entité qui organise les trois ligues de hockey « junior majeur » du Canada, à savoir la Ligue de hockey junior majeur du Québec (la LHJMQ), la Ligue de hockey de l'Ontario (la LHO) et la WHL. Les défendeurs, la LCH, la LHJMQ, la LHO, la WHL et Hockey Canada (collectivement, les défendeurs intimés de la requête en modification et les défendeurs requérants de la requête en radiation) ont déposé leur requête en radiation avant le dépôt par le demandeur de sa requête en modification.

Il s'agissait de savoir dans la requête en modification si le représentant demandeur a satisfait au critère pour obtenir une autorisation de modifier la déclaration. Il s'agissait de savoir dans la requête en radiation s'il était évident et manifeste que la déclaration du représentant demandeur ne révélait aucune cause d'action valable ou constituait autrement un abus de procédure.

*Arrêt* : la requête en modification doit être rejetée et la requête en radiation doit être accueillie.

Au moment de décider s'il fallait accueillir la requête en modification du représentant demandeur, la Cour a tenu compte de ce qui suit : 1. la question de savoir s'il était évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration modifiée ne révélait aucune cause d'action valable; 2. la question de savoir si les modifications proposées aidaient la Cour à trancher les véritables questions litigieuses entre les parties; 3. la question de savoir si les modifications proposées servaient l'intérêt de la justice; et 4. la question de savoir si les modifications proposées causaient une injustice à l'autre partie que des dépens ne pouvaient réparer. Le fait qu'il n'y avait pas de précisions et de faits importants, comme l'exigent les règles 174 et 181 des *Règles des Cours fédérales*, a laissé la déclaration modifiée sans fondement suffisant pour soutenir les allégations modifiées qui y ont été formulées. Par conséquent, il était évident et manifeste que la déclaration modifiée ne révélait aucune cause d'action valable. Nonobstant cette conclusion, d'autres observations présentées par les défendeurs intimés à l'appui de leur position selon laquelle il ne fallait pas accorder au représentant demandeur l'autorisation de présenter la déclaration modifiée ont été abordées.

Les défendeurs intimés ont affirmé à juste titre que le demandeur n'a invoqué aucune cause d'action valable au titre de l'article 45 de la Loi. L'article 45 ne vise pas les types



agreements that are alleged in the amended statement of claim. As was apparent from the plain language of subsection 45(1), it applies only to “competitors” who enter into a conspiracy, agreement or arrangement concerning either the “supply” or the “production or supply” of the product in respect of which they compete. These elements of subsection 45(1) posed an insurmountable hurdle for the plaintiff. With the exception of the clubs within the AHL and the ECHL and possibly the clubs within the NHL, none of the other existing or proposed defendants were alleged to have been a party to any conspiracy, agreement or arrangement with a “competitor ... with respect to a product”. It was plain and obvious that the NHL, the CHL and Hockey Canada are not “competitors” of any other party to any of the alleged agreements, “with respect to a product”. Moreover, given that it was common ground between the parties that the NHL, the AHL and the ECHL are the first, second and third-tier professional hockey leagues in North America, those leagues are not “competitors” of each other, at least with respect to the product at issue in the present proceedings. The “product” at issue in this proceeding consisted of the services of the Class Members, in particular members of a class consisting of the plaintiff and all individuals who signed a SPA with a club in one of the three leagues comprising the CHL during the relevant period. On their face, the three offences proscribed in subsection 45(1) of the Act apply solely to either the “supply” or the “production or supply” of the same product in respect of which the alleged conspirators are competitors. By their express terms, those provisions do not apply to the purchase or other acquisition of a product. The agreements alleged in the amended statement of claim were plainly not of this type. Given that it is the players, rather than the clubs within the AHL and ECHL, who “offer” and then “provide” the services at issue in this proceeding, it was readily apparent from the ordinary meaning of the words in subsection 45(1) that the clubs within those leagues were not competitors in the production or supply of those services, as contemplated by the Act. Based on the legislative history and the scheme of the Act, it was also readily apparent that the agreements to which the clubs in the AHL and the ECHL were alleged to be a party were not agreements with respect to the production or supply of those services, as contemplated by subsection 45(1). This legislative history supported the responding defendants’ position that section 45 does not apply to the types of purchasing agreements to which they or the other defendants were alleged to be parties. In brief, amendments made in 2010 made it clear that Parliament intended to limit the application of section 45 to hard core cartel agreements, namely, agreements that are unambiguously harmful to competition. Taken together, the statutory scheme contemplated by section 2, subsection 45(1), subsection 45(4) and section 90.1 of the Act supported the position of the responding defendants that the types of agreements to which they and the other defendants were alleged to have been a party did not fall within the purview of subsection 45(1). In summary, based on the ordinary meaning of the

d’accords allégués dans la déclaration modifiée. Il est ressorti clairement, à la lecture du libellé du paragraphe 45(1), que cette disposition ne s’applique qu’aux « concurrents » qui concluent un complot, un accord ou un arrangement portant sur « la fourniture » ou « la production ou la fourniture » d’un produit à l’égard duquel ils sont en concurrence. Ces éléments du paragraphe 45(1) constituaient un obstacle insurmontable pour le demandeur. À l’exception des clubs de l’AHL et de l’ECHL et peut-être des clubs de la LNH, aucun des autres défendeurs actuels ou proposés n’aurait été partie à un complot, un accord ou un arrangement avec un « concurrent à l’égard d’un produit ». Il était évident et manifeste que la LNH, la LCH et Hockey Canada ne sont pas des « concurrents » d’une autre partie à l’un ou l’autre des accords prétendument conclus « à l’égard d’un produit ». De plus, comme les parties s’entendaient pour dire que la LNH, l’AHL et l’ECHL sont les ligues de hockey professionnel de premier, de deuxième et de troisième niveaux en Amérique du Nord, ces ligues ne sont pas des « concurrentes » l’une de l’autre, du moins en ce qui concerne le produit en cause dans la présente instance. Le « produit » en cause dans la présente affaire concernait les services des membres du groupe, à savoir un groupe composé du demandeur et de toutes les personnes qui ont signé un CSJ avec un club de l’une des trois ligues de la LCH pendant la période pertinente. À première vue, les trois infractions prosrites au paragraphe 45(1) de la Loi ne s’appliquent qu’à la « fourniture » ou à la « production ou la fourniture » du produit à l’égard duquel les comploteurs présumés sont des concurrents. Le libellé de ces dispositions prévoit expressément qu’elles ne s’appliquent pas à l’achat ou à toute autre acquisition d’un produit. De toute évidence, les accords allégués dans la déclaration modifiée n’étaient pas de ce type. Étant donné que ce sont les joueurs — et non les clubs de l’AHL et de l’ECHL — qui [TRADUCTION] « offrent », puis [TRADUCTION] « fournissent » les services en cause dans la présente affaire, il ressortait clairement du sens ordinaire des termes du paragraphe 45(1) que, au sens de la Loi, les clubs de ces ligues n’étaient pas des concurrents dans la production ou la fourniture de tels services. À la lumière de l’historique législatif et de l’économie de la Loi, il était également évident que les accords auxquels les clubs de l’AHL et de l’ECHL étaient allégués être parties n’étaient pas des accords qui concernent la production ou la fourniture de tels services comme l’envisage le paragraphe 45(1). Cet historique législatif appuyait la position des défendeurs intimés selon laquelle l’article 45 ne s’applique pas aux types d’accords d’achat auxquels eux-mêmes ou les autres défendeurs étaient allégués être parties. En bref, dans le cadre des modifications apportées en 2010, il était évident que le législateur avait l’intention de limiter l’application de l’article 45 aux accords concernant des grands cartels, c’est-à-dire les accords qui sont indéniablement préjudiciables à la concurrence. Pris ensemble, le régime législatif envisagé à l’article 2, aux paragraphes 45(1) et 45(4) et à l’article 90.1 de la Loi appuyait la position des défendeurs intimés selon laquelle les types d’accords auxquels eux-mêmes et les autres

words in subsection 45(1), the legislative history of that provision, and the statutory scheme, it was plain and obvious that the plaintiff did not plead a reasonable cause of action against the existing and proposed defendants under section 45, in relation to the production and supply of the services that were at issue in this proceeding.

It was plain and obvious that a reasonable cause of action was not pleaded in respect of section 48 in the proposed amended statement of claim. This is because it was not alleged, nor was it apparent, that any of the alleged intra-league agreements related exclusively to the matters described in subsection (1), as set forth in subsection 48(3). The interpretation of subsections 48(1) and (3) asserted by the plaintiff was not supported by the ordinary meaning of the words in subsection 48(3), the scheme of section 48 as a whole, or the legislative history of that provision. Instead, those words, that scheme and the legislative history are all more consistent with the narrower interpretation advanced by the responding defendants. To the extent that there was any ambiguity in section 48, which is a penal provision, the responding defendants were entitled to the benefit of their narrower interpretation.

The amended statement of claim constituted an abuse of the Court's process because it sought to add conspiracy claims related to hockey players' wages that were being litigated in three class actions before Superior Courts in Ontario, Quebec and Alberta, respectively. To litigate these matters anew herein would raise the spectre of a multiplicity of proceedings on these issues. Thus, the various proposed amendments pertaining to the alleged conspiracies, as they related to wages and players' images, constituted an abuse of process.

In conclusion, it was plain and obvious that the proposed amended statement of claim did not disclose a reasonable cause of action. While this conclusion was sufficient to refuse the plaintiff's request to make the amendments set forth in the amended statement of claim, other factors to be considered in a motion to amend were addressed.

The amended allegations fell far short of providing the responding defendants with sufficient information to know the case to be met contrary to what the plaintiff argued. As a result of all of the proposed amendments, the amended statement of claim was approximately double the length of the amended statement of claim. Yet, rather than assisting the Court to determine the real issues in controversy between the parties, it would introduce new complexities and several additional issues. Instead of providing more precision and clarity, it would

défendeurs étaient allégués avoir été parties n'étaient pas visés au paragraphe 45(1). En résumé, compte tenu du sens ordinaire des termes employés au paragraphe 45(1), de l'historique législatif de cette disposition et du régime législatif, il était évident et manifeste que le demandeur n'a invoqué aucune cause d'action valable contre les défendeurs actuels et proposés au titre de l'article 45, relativement à la production et à la fourniture des services en cause dans la présente affaire.

Il était évident et manifeste que la déclaration modifiée proposée ne révélait aucune cause d'action valable au titre de l'article 48. En effet, il n'a pas été allégué et il n'était pas non plus évident que l'un ou l'autre des accords allégués conclus au sein d'une même ligue se rapportaient exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1), comme le prévoit le paragraphe 48(3). L'interprétation des paragraphes 48(1) et (3) invoquée par le demandeur n'était pas étayée par le sens ordinaire des termes du paragraphe 48(3), l'économie de l'article 48 dans son ensemble ou l'historique législatif de cette disposition. Au contraire, ces termes et cette économie et l'historique législatif concordent tous davantage avec l'interprétation plus étroite préconisée par les défendeurs intimés. Dans la mesure où l'article 48, une disposition pénale, était ambigu, l'interprétation plus étroite des défendeurs intimés devait l'emporter.

La déclaration modifiée constituait un abus de procédure parce qu'elle visait à ajouter des allégations de complot liées au salaire des joueurs de hockey qui faisaient l'objet de trois recours collectifs devant les cours supérieures de l'Ontario, du Québec et de l'Alberta, respectivement. Mettre ces questions en litige dans la présente instance soulèverait le spectre d'une multiplicité d'instances sur ces questions. Par conséquent, les diverses modifications proposées concernant les complots présumés liés aux salaires et à l'image des joueurs constituaient un abus de procédure.

En conclusion, il était évident et manifeste que la déclaration modifiée proposée ne révélait aucune cause d'action valable. Cette conclusion constituait un fondement suffisant pour rejeter la demande du demandeur d'apporter les modifications énoncées dans la déclaration modifiée, mais d'autres facteurs à prendre en considération dans le cadre d'une requête ont été abordés.

Les allégations modifiées ne fournissaient pas aux défendeurs intimés suffisamment de renseignements pour établir la preuve à réfuter, contrairement à ce que le demandeur a fait valoir. À la suite des modifications proposées, la déclaration modifiée était environ deux fois plus longue que la déclaration initiale. Pourtant, plutôt que d'aider la Cour à cerner les véritables questions litigieuses entre les parties, elle introduirait de nouvelles complexités et plusieurs nouvelles questions. Au lieu de fournir plus de précisions et de clarté, elle donnerait lieu à

give rise to multiple new questions that would need to be resolved. This was in part due to the absence of sufficient facts and particulars regarding the various alleged conspiracies and their links to sections 45 and 48 of the Act. Therefore, this consideration weighed against granting the plaintiff's request to make the modifications reflected in that document.

The proposed amendments were not in the interests of justice and would not benefit the parties to this proceeding and assist the Court in the pursuit of truth contrary to the plaintiff's argument. Such considerations weighed against granting the plaintiff's request to make the modifications reflected in the amended statement of claim. As well, the plaintiff's proposed modifications would introduce new complexities and issues and give rise to a range of new questions. Collectively, these would likely significantly prolong the proceedings. Given that awards of costs in the Court typically do not fully compensate parties for the costs incurred in successfully defending a proceeding, the new complexities, issues and questions presented by the amended statement of claim weighed against granting the plaintiff's request to make the modifications reflected therein.

With respect to the moving defendants' motion to strike, such a motion could succeed only if it was plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the amended statement of claim disclosed no reasonable cause of action. It was plain and obvious, even considering facts pleaded to be true, that the amended statement of claim disclosed no reasonable cause of action under sections 36 or 48 of the Act or paragraph 1(e) of the *Canadian Bill of Rights*, as the amended statement of claim alleged. Moreover, the existing deficiencies in the amended statement of claim could not be potentially cured by granting the plaintiff leave to amend his pleading as requested.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-2, *An Act to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and to repeal an Act to amend an Act to amend the Combines Investigation Act and the Criminal Code*, 1st Sess., 30th Parl., 1974, clause 15.
- Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2, ss. 410, 429.
- Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III], ss. 1(e), 2.
- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 32.3.
- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 2(1) "supply", 6(1), 36, 45, 48, 78, 79, 90.1.

de nombreuses nouvelles questions à trancher et ce, en partie en raison de l'absence de précisions et de faits suffisants sur les divers complots allégués et leurs liens avec les articles 45 et 48 de la Loi, ce qui a incité à ne pas faire droit à la demande du demandeur en vue d'apporter les modifications mentionnées dans ce document.

Les modifications proposées n'étaient pas dans l'intérêt de la justice et ne profiteraient pas aux parties de l'espèce et n'aideraient pas la Cour dans sa recherche de la vérité, contrairement à ce que le demandeur a soutenu. Ces considérations ont incité à ne pas faire droit à la demande du demandeur en vue d'apporter les modifications mentionnées dans la déclaration modifiée. De même, les modifications proposées par le demandeur introduiraient de nouvelles complexités et de nouveaux enjeux et poseraient un ensemble de nouvelles questions. Prises ensemble, ces complexités et questions prolongeraient probablement considérablement les procédures. Étant donné que les dépens adjugés par la Cour ne compensent habituellement pas entièrement les parties pour les frais engagés afin d'obtenir gain de cause dans le cadre d'une instance, les nouvelles complexités et questions et les nouveaux enjeux présentés dans la déclaration modifiée ont incité à ne pas faire droit à la demande du demandeur en vue d'apporter les modifications contenues dans la déclaration modifiée.

En ce qui concerne la requête en radiation des défendeurs requérants, elle ne pouvait être accueillie que s'il était évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révélait aucune cause d'action valable. Il était évident et manifeste, même dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révélait aucune cause d'action valable au titre des articles 36 ou 48 de la Loi ou de l'alinéa 1e) de la *Déclaration canadienne des droits*, comme la déclaration le mentionnait. En outre, les lacunes actuelles de la déclaration ne pourraient pas être éliminées en accordant au demandeur l'autorisation de modifier sa plaidoirie, comme il a demandé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III], art. 1e), 2.
- Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, art. 410, 429.
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 32.3.
- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 2(1) « fournir ou approvisionner », 6(1), 36, 45, 48, 78, 79, 90.1.
- Projet de loi C-2, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant*

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 75, 174, 181, 200, 221.

*la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 1974, clause 15.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 75, 174, 181, 200, 221.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4; *Teva Canada Limited v. Gilead Sciences Inc.*, 2016 FCA 176, 140 C.P.R. (4th) 309; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

##### CONSIDERED:

*Goulet c. National Hockey League et autres*, [1980] R.P.Q. 122, AZ-80122012 (Sup. Ct.); *Reed v. Canadian Football League* (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 347, [1988] A.J. No. 1236 (QL) (Q.B.); *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40.

##### REFERRED TO:

*Verma v. Canada*, 2006 FC 1353; *Pelletier v. Canada*, 2020 FC 1019; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. McLaughlin*, [1980] 2 S.C.R. 331, (1980), 113 D.L.R. (3d) 386; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, (1995), 178 N.R. 161; *Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482; *Walter c. Quebec Major Junior Hockey League Inc.*, 2019 QCCS 2334; *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375, (1999), 177 D.L.R. (4th) 257; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385; *Berg v. Canadian Hockey League*, 2020 ONSC 6389; *Walter c. Ligue de hockey junior majeur du Québec inc.*, 2020 QCCS 3724; *Berg v. Canadian Hockey League*, 2017 ONSC 2608, revd 2019 ONSC 2106 (Div. Ct.); *Walter v. Western Hockey League*, 2017 ABQB 382, 62 Alta. L.R. (6th) 85; *Catalyst Capital Group Inc. v. VimpelCom Ltd.*, 2019 ONCA 354, 145 O.R. (3d) 759; *Winter v. Sherman Estate*, 2018 ONCA 703, 42 E.T.R. (4th) 181; *Erschbamer v. Wallster*, 2013 BCCA 76, 356 D.L.R. (4th) 634; *Walter v. Western Hockey League*, 2020 ABQB 631; *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 418, 56 Admin. L.R. (4th) 74.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, 2021 CAF 4; *Teva Canada Limitée c. Gilead Sciences Inc.*, 2016 CAF 176; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Goulet c. National Hockey League et autres*, [1980] R.P.Q. 122, AZ-80122012 (C. sup.); *Reed v. Canadian Football League* (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 347, [1988] A.J. n° 1236 (QL) (Q.B.); *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Verma c. Canada*, 2006 CF 1353; *Pelletier c. Canada*, 2020 CF 1019; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482; *Walter c. Quebec Major Junior Hockey League Inc.*, 2019 QCCS 2334; *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Berg v. Canadian Hockey League*, 2020 ONSC 6389; *Walter c. Ligue de hockey junior majeure du Québec inc.*, 2020 QCCS 3724; *Berg v. Canadian Hockey League*, 2017 ONSC 2608; inf. par 2019 ONSC 2106 (C. div.); *Walter v. Western Hockey League*, 2017 ABQB 382, 62 Alta. L.R. (6th) 85; *Catalyst Capital Group Inc. v. VimpelCom Ltd.*, 2019 ONCA 354, 145 O.R. (3d) 759; *Winter v. Sherman Estate*, 2018 ONCA 703, 42 E.T.R. (4th) 181; *Erschbamer v. Wallster*, 2013 BCCA 76, 356 D.L.R. (4th) 634; *Walter v. Western Hockey League*, 2020 ABQB 631; *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 418.

## AUTHORS CITED

- Canada. House of Commons. Government Response to the Report of the House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology, *A Plan to Modernize Canada's Competition Regime* (October 1, 2002).
- Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology. *A Plan to Modernize Canada's Competition Regime* (April 2002) (Chair: Walt Lastewka).
- Canada. Parliament. Senate. Proceedings of the Standing Senate Committee in Banking, Trade and Commerce, *Evidence*, 30th Parl., 1st Sess., Issue No. 61 (November 19, 1975).
- Competition Bureau Canada. *Competition Bureau statement on the application of the Competition Act to no-poaching, wage-fixing and other buy-side agreements*, Gatineau: Competition Bureau, November 27, 2020, online: <<https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/11/competition-bureau-statement-on-the-application-of-the-competition-act-to-no-poaching-wage-fixing-and-other-buy-side-agreements.html>>.
- Competition Bureau Canada. *Competitor Collaboration Guidelines*, Ottawa: Her Majesty the Queen in Right of Canada, May 6, 2021.
- Consumer and Corporate Affairs. *Proposals for a New Competition Policy for Canada*, Ottawa: Consumer and Corporate Affairs, November 1973.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Government of Canada. *Compete to Win: Final Report – June 2008*, Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008.

MOTION TO STRIKE brought by certain of the defendants and MOTION TO AMEND brought by the representative plaintiff in a proposed class proceeding involving hockey leagues and the *Competition Act*. Motion to strike granted; motion to amend dismissed.

## APPEARANCES

*Felix-Antoine Michaud* and *Maxime Saint-Onge* for representative plaintiff.  
*Eric C. Lefebvre*, *Francesca Taddeo* and *Erika Woolgar* for defendants.

## DOCTRINE CITÉE

- Bureau de la concurrence Canada. *Déclaration du Bureau de la concurrence à propos de l'application de la Loi sur la concurrence relativement aux accords de non-débauchage, de fixation des salaires et autres accords entre acheteurs*, Gatineau : Bureau de la concurrence, 27 novembre 2020, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2020/11/declaration-du-bureau-de-la-concurrence-a-propos-de-l-application-de-la-loi-sur-la-concurrence-relativement-aux-accords-de-non-debauchage-de-fixatio.html>>.
- Bureau de la concurrence Canada. *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents*, Ottawa : Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 6 mai 2021.
- Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien* (avril 2002) (président : Walt Lastewka).
- Canada. Chambre des communes. Réponse du gouvernement au Rapport final du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien* (1<sup>er</sup> octobre 2002).
- Canada. Parlement. Sénat. Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Témoignages*, 30<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 61 (19 novembre 1975).
- Consommation et Corporations, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada*, Ottawa : Consommation et Corporations, novembre 1973.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.
- Gouvernement du Canada. *Foncer pour gagner : Rapport final – juin 2008*, Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008.

REQUÊTE EN RADIATION présentée par certains des défendeurs et REQUÊTE EN MODIFICATION présentée par le représentant demandeur dans le cadre d'un recours collectif envisagé mettant en cause des ligues de hockey et la *Loi sur la concurrence*. Requête en radiation accueillie; requête en modification rejetée.

## ONT COMPARU :

*Felix-Antoine Michaud* et *Maxime Saint-Onge* pour le représentant demandeur.  
*Eric C. Lefebvre*, *Francesca Taddeo* et *Erika Woolgar* pour les défendeurs.

## SOLICITORS OF RECORD

*Trivium Avocats Inc*, Brossard, for representative plaintiff.

*Norton Rose Fulbright Canada LLP*, Montréal, for defendants.

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

CRAMPTON C.J.:

Table of Contents

I. Introduction.....	1
II. The Parties .....	9
III. Issues.....	15
IV. Relevant Rules .....	17
A. The Motion to Amend .....	17
B. The Motion to Strike.....	23
V. Analysis – Motion to Amend.....	24
A. Applicable legal principles.....	24
B. Assessment .....	27
(1) Is it plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the Amended Statement of Claim discloses no reasonable cause of action?.....	27
(a) Failure to disclose a reasonable cause of action...	28
(i) Insufficient material facts and particulars ...	28
(ii) Failure to plead a reasonable cause of action under section 45 of the Act .....	32
(iii) Failure to plead a reasonable cause of action under section 48 of the Act .....	63
(iv) Other claims are not within the scope of section 36.....	87

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Trivium Avocats Inc*, Brossard, pour le représentant demandeur.

*Norton Rose Fulbright Canada, LLP / S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour les défendeurs.

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

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

Table des matières

I. Introduction.....	1
II. Les parties .....	9
III. Les questions en litige.....	15
IV. Les dispositions pertinentes des <i>Règles des Cours fédérales</i> .....	17
A. La requête en modification .....	17
B. La requête en radiation .....	23
V. Analyse — Requête en modification...	24
A. Les principes juridiques applicables.....	24
B. Évaluation .....	27
1) Est-il évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d'action valable? .....	27
a) Le défaut de révéler une cause d'action valable.....	28
(i) L'insuffisance de précisions et de faits importants.....	28
(ii) Le défaut de révéler un motif d'action valable au titre de l'article 45 de la Loi...	32
(iii) Le défaut de révéler une cause d'action valable au titre de l'article 48 de la Loi...	63
(iv) Les autres allégations ne sont pas visées à l'article 36.....	87

(b) Does the Amended Statement of Claim constitute an abuse of the Court's process? .....	92	b) La déclaration modifiée constitue-t-elle un abus de procédure? .....	92
(i) The Ontario proceeding.....	95	(i) L'instance en Ontario.....	95
(ii) The Alberta proceeding.....	99	(ii) L'instance en Alberta.....	99
(iii) The Quebec proceeding.....	102	(iii) L'instance au Québec.....	102
(iv) Analysis.....	104	(iv) Analyse.....	104
(c) Is the Amended Statement of Claim scandalous, frivolous or vexatious?.....	117	c) La déclaration modifiée est-elle scandaleuse, frivole ou vexatoire?.....	117
(d) Conclusion: It is plain and obvious that the Amended Statement of Claim discloses no reasonable cause of action .....	119	d) Conclusion : Il est évident et manifeste que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d'action valable.....	119
(2) Would the proposed amendments assist the Court to determine the real questions in controversy between the parties? .....	121	2) Les modifications proposées aideraient-elles la Cour à trancher les véritables questions litigieuses entre les parties?.....	121
(3) Would the proposed amendments serve the interests of justice? .....	126	3) Les modifications proposées serviraient-elles l'intérêt de la justice? .....	126
(4) Would the proposed amendments result in an injustice to the other party that is not capable of being compensated by an award of costs?.....	128	4) Les modifications proposées entraîneraient-elles une injustice à l'égard de l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer? .....	128
C. Conclusion .....	132	C. Conclusion .....	132
VI. Analysis – Motion to Strike .....	135	VI. Analyse — Requête en radiation .....	135
ORDER in T-1080-20		ORDONNANCE dans le dossier T-1080-20	
APPENDIX 1		ANNEXE 1	

## I. Introduction

[1] These reasons concern two Motions in writing in this proposed class proceeding: (i) a Motion to Strike, brought by certain of the defendants, and (ii) a Motion to Amend, brought by the representative plaintiff, Mr. Kobe Mohr. I will deal first with the latter motion.

## I. Introduction

[1] Les présents motifs se rapportent à deux requêtes présentées par écrit dans le cadre du recours collectif envisagé : (i) une requête en radiation présentée par certains des défendeurs, et (ii) une requête en modification présentée par le représentant demandeur, M. Kobe Mohr. Je vais d'abord me pencher sur la seconde requête.

In his Motion, Mr. Mohr seeks leave to amend a Statement of Claim filed on behalf of all major junior hockey players who signed a standard player agreement (SPA) that is at the heart of one or more of the conspiracies alleged to have been entered into between the defendants (the Class Members).

[3] In the Statement of Claim, Mr. Mohr alleges that the defendants entered into a single conspiracy contrary to subsection 48(1) of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act). In particular, he claims that the defendants conspired to limit unreasonably the Class Members' opportunity to negotiate and play with teams in the National Hockey League (NHL), the American Hockey League Inc. (AHL) and the ECHL Inc. (also known as the East Coast Hockey League) (ECHL). He further claims that the defendants conspired to impose unreasonable terms and conditions upon the Class Members. These include the imposition of "nominal wages" and "the loss of rights to market their image, sponsorship and endorsement opportunities". Accordingly, Mr. Mohr seeks damages under paragraph 36(1)(a) of the Act for losses suffered as a result of the alleged conspiracy. He estimates such losses to be approximately \$825 million.

[4] This Motion was brought after the Canadian defendant leagues, their umbrella organization (the Canadian Hockey League (CHL)) and Hockey Canada advised of their intention to bring a Motion to Strike the Statement of Claim. Those defendants explained that their Motion to Strike would maintain that it is plain and obvious that section 48 of the Act cannot apply to them because it applies only to intra-league agreements and arrangements between or among "teams and clubs", including their directors, officers or employees. They added that the Statement of Claim cannot be cured by amending it to claim damages suffered as a result of an agreement contemplated by the general conspiracy provisions in section 45 of the Act.

[2] Dans sa requête, M. Mohr demande l'autorisation de modifier une déclaration déposée au nom de tous les joueurs de hockey de niveau junior majeur qui ont signé un contrat standard de joueur (CSJ), qui est au cœur d'un ou de plusieurs des complots que les défenseurs auraient conclus ensemble (les membres du groupe).

[3] Dans la déclaration, M. Mohr allègue que les défenseurs ont commis un seul complot, en contravention du paragraphe 48(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi). Plus particulièrement, il affirme que les défenseurs ont comploté pour limiter déraisonnablement les possibilités des membres du groupe de négocier et de jouer avec des équipes de la Ligue nationale de hockey (la LNH), de l'American Hockey League Inc. (la AHL) et de ECHL Inc. (aussi appelée l'East Coast Hockey League) (l'ECHL). Il ajoute que les défenseurs ont comploté pour imposer des conditions déraisonnables aux membres du groupe, dont l'imposition de [TRADUCTION] « salaires nominaux » et [TRADUCTION] « la perte de droits de commercialiser leur image, de commandites et de possibilités de promouvoir des produits ». Par conséquent, il demande des dommages-intérêts au titre de l'alinéa 36(1)a) de la Loi pour les pertes subies en raison du complot allégué. Il estime que ces pertes s'élèvent à environ 825 millions de dollars.

[4] La présente requête a été soumise après que les ligues canadiennes défenderesses, leur organisation-cadre (la Ligue canadienne de hockey (la LCH)) et Hockey Canada ont fait part de leur intention de présenter une requête en radiation de la déclaration. Ces défenseurs ont expliqué que, dans leur requête en radiation, ils maintiendraient qu'il est évident et manifeste que l'article 48 de la Loi ne leur est pas applicable, puisque cette disposition vise uniquement les accords et arrangements conclus entre des « équipes » et des « clubs » d'une même ligue, y compris leurs administrateurs, dirigeants ou employés. Ils ont ajouté que la déclaration ne peut pas être corrigée en la modifiant de manière à demander des dommages-intérêts relativement à des préjudices découlant d'un accord visé par les dispositions générales sur les complots de l'article 45 de la Loi.



[5] In the Amended Statement of Claim, Mr. Mohr proposes to add 148 new defendants, namely, the individual teams of the three Canadian defendant leagues and the three United States-based defendant leagues. He also refers to multiple alleged illegal agreements within the hockey industry, rather than to a single alleged conspiracy. In his Notice of Motion, Mr. Mohr refers to these as being “both intra – and inter-league ... [conspiracies that] ... may perhaps be governed by one or the other of sections 45 and 48”.

[6] The Amended Statement of Claim also provides additional information regarding junior players’ remuneration, the restrictions to which they are subject, the benefits obtained by their clubs and leagues, the position of the various leagues in the industry hierarchy, the junior drafts, the NHL entry draft, the more favourable situation that allegedly exists for junior players from Europe and certain parts of the United States hockey system, the relevant product and the relevant markets. In addition, the Amended Statement of Claim briefly addresses some of the impugned agreements.

[7] Finally, the Amended Statement of Claim includes new requests for declaratory and injunctive relief, as well as “remedies justified by” certain non-criminal provisions situated in Part VIII [sections 75–107] of the Act.

[8] For the reasons set forth in part V of these reasons below, the Motion to Amend will be dismissed. For the reasons provided in part VI below, the Motion to Strike the Statement of Claim will be granted.

## II. The Parties

[9] The representative plaintiff, Kobe Mohr, is a hockey player who played for a club in the Western Hockey League between 2015 and 2020.

[10] The CHL is an entity that organizes Canada’s three “major junior” hockey leagues, namely, the Québec Major Junior Hockey League (QMJHL), the Ontario Hockey League (OHL), and the Western Hockey League (WHL). The QMJHL consists of 18 clubs in

[5] Dans la déclaration modifiée, M. Mohr propose d’ajouter 148 nouveaux défendeurs, à savoir les différentes équipes des trois ligues canadiennes défenderesses et des trois ligues américaines défenderesses. Il mentionne également de nombreux accords illégaux qui auraient été conclus au sein de l’industrie du hockey, plutôt qu’un seul complot allégué. Dans son avis de requête, il mentionne des [TRADUCTION] « complots au sein d’une même ligue et d’autres faisant intervenir plus d’une ligue [...] [des complots qui] [...] peuvent être visés par l’un ou l’autre des articles 45 et 48 ».

[6] La déclaration modifiée fournit également des renseignements supplémentaires sur la rémunération des joueurs de niveau junior, les restrictions auxquelles ces joueurs sont assujettis, les avantages tirés par leurs clubs et leurs ligues, la hiérarchie des diverses ligues du milieu du hockey, le repêchage des équipes de niveau junior, le repêchage de la LNH, la situation prétendument plus favorable des joueurs européens de niveau junior et des joueurs de niveau junior de certaines parties du système de hockey des États-Unis ainsi que le produit et les marchés pertinents. De plus, elle traite brièvement de quelques-uns des accords contestés.

[7] Enfin, dans la déclaration modifiée, le demandeur sollicite de nouvelles mesures déclaratoires et injonctives, ainsi que des [TRADUCTION] « réparations justifiées par » certaines dispositions non pénales de la partie VIII [art. 75 à 107] de la Loi.

[8] Pour les motifs énoncés ci-dessous à la partie V de la présente décision, la requête en modification sera rejetée. Pour les motifs énoncés à la partie VI ci-dessous, la requête en radiation de la déclaration sera accueillie.

## II. Les parties

[9] Le représentant demandeur, Kobe Mohr, est un joueur de hockey qui a porté les couleurs d’une équipe de la Western Hockey League (WHL) de 2015 à 2020.

[10] La LCH est une entité qui organise les trois ligues de hockey « junior majeur » du Canada, à savoir la Ligue de hockey junior majeur du Québec (la LHJMQ), la Ligue de hockey de l’Ontario (la LHO) et la WHL. La LHJMQ est composée de 18 clubs au Québec et dans

Quebec and the Maritime provinces. The OHL consists of 20 clubs in Ontario and the United States. The WHL consists of 22 clubs in Western Canada and the United States.

[11] Hockey Canada is the national governing body for ice hockey in Canada. It is also the Canadian member of the International Ice Hockey Federation.

[12] The NHL is the top-tier professional hockey league in North America, consisting of 32 teams in the United States and Canada.

[13] The AHL is the second-tier professional hockey league in North America, consisting of 31 teams in the United States and Canada.

[14] The ECHL is the third-tier professional hockey league in North America, consisting of 26 teams in the United States and Canada.

### III. Issues

[15] The plaintiff's Motion to Amend raises a single issue, namely, whether Mr. Mohr has met the test for obtaining leave to amend the Statement of Claim.

[16] The Motion to Strike brought by certain of the defendants also raises a single issue, namely, whether it is plain and obvious that the Statement of Claim discloses no reasonable cause of action or is otherwise an abuse of process.

### IV. Relevant Rules

#### A. *The Motion to Amend*

[17] The Motion to Amend was brought pursuant to rule 75 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules). Subsection 75(1) contemplates that the Court may, on motion, grant leave to a party to amend a document on such terms as will protect the rights of all parties.

les provinces maritimes. La LHO compte 20 clubs en Ontario et aux États-Unis. Le WHL compte 22 clubs dans l'Ouest canadien et aux États-Unis.

[11] Hockey Canada est l'organisme national qui régit le hockey sur glace au Canada. Elle représente également le Canada au sein de la Fédération internationale de hockey sur glace.

[12] La LNH est la ligue de hockey professionnel de premier niveau en Amérique du Nord. Elle compte 32 équipes aux États-Unis et au Canada.

[13] L'AHF est la ligue de hockey professionnel de deuxième niveau en Amérique du Nord. Elle compte 31 équipes aux États-Unis et au Canada.

[14] L'ECHL est la ligue de hockey professionnel de troisième niveau en Amérique du Nord. Elle compte 26 équipes aux États-Unis et au Canada.

### III. Les questions en litige

[15] La requête en modification du demandeur soulève une seule question, à savoir si M. Mohr a satisfait au critère pour obtenir une autorisation de modifier la déclaration.

[16] La requête en radiation présentée par certains défendeurs soulève également une seule question, à savoir s'il est évident et manifeste que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable ou constitue autrement un abus de procédure.

### IV. Les dispositions pertinentes des Règles des Cours fédérales

#### A. *La requête en modification*

[17] La requête en modification a été présentée en vertu de la règle 75 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). Le paragraphe 75(1) des Règles prévoit que la Cour peut, sur requête, autoriser une partie à modifier un document, aux conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties.

[18] Rule 200 provides an exception to rule 75 with respect to amendments to pleadings. However, that exception does not apply to a pleading that is subject to a motion to strike: *Verma v. Canada*, 2006 FC 1353, at paragraph 14.

[19] The defendants CHL, QMJHL, OHL, WHL and Hockey Canada (collectively, the Responding Defendants on the Motion to Amend, and the Moving Defendants on the Motion to Strike) filed their Motion to Strike on December 14, 2020, before Mr. Mohr filed this Motion to Amend. Accordingly, the exception set forth in rule 200 does not apply, and leave to amend is required.

[20] For the reasons explained immediately below, rule 221 is relevant to a consideration of a motion to amend a pleading. That provision provides as follows:

**Motion to strike**

**221 (1)** On motion, the Court may, at any time, order that a pleading, or anything contained therein, be struck out, with or without leave to amend, on the ground that it

- (a) discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,
- (b) is immaterial or redundant,
- (c) is scandalous, frivolous or vexatious,
- (d) may prejudice or delay the fair trial of the action,
- (e) constitutes a departure from a previous pleading, or
- (f) is otherwise an abuse of the process of the Court,

and may order the action be dismissed or judgment entered accordingly.

[21] In considering rule 221, it is important to keep in mind rule 174, which provides as follows:

[18] La règle 200 prévoit une exception à la règle 75 en ce qui concerne les modifications aux actes de procédure. Cependant, cette exception ne s'applique pas aux actes de procédure qui font l'objet d'une requête en radiation : *Verma c. Canada*, 2006 CF 1353, au paragraphe 14.

[19] Les défendeurs, la LCH, la LHJMQ, la LHO, la WHL et Hockey Canada (collectivement, les « défendeurs intimés » de la requête en modification et les « défendeurs requérants » de la requête en radiation) ont déposé leur requête en radiation le 14 décembre 2020, soit avant le dépôt par M. Mohr de la présente requête en modification. Par conséquent, l'exception prévue à la règle 200 ne s'applique pas, et une autorisation de modification est requise.

[20] Pour les motifs énoncés immédiatement ci-dessous, la règle 221 est pertinent au moment d'examiner une requête en modification d'un acte de procédure. Cet article est ainsi libellé :

**Requête en radiation**

**221(1)** À tout moment, la Cour peut, sur requête, ordonner la radiation de tout ou partie d'un acte de procédure, avec ou sans autorisation de le modifier, au motif, selon le cas :

- a) qu'il ne révèle aucune cause d'action ou de défense valable;
- b) qu'il n'est pas pertinent ou qu'il est redondant;
- c) qu'il est scandaleux, frivole ou vexatoire;
- d) qu'il risque de nuire à l'instruction équitable de l'action ou de la retarder;
- e) qu'il diverge d'un acte de procédure antérieur;
- f) qu'il constitue autrement un abus de procédure.

Elle peut aussi ordonner que l'action soit rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

[21] Au moment d'examiner la règle 221, il est important de garder à l'esprit la règle 174, qui est ainsi libellé :

**Material facts**

**174** Every pleading shall contain a concise statement of the material facts on which the party relies, but shall not include evidence by which those facts are to be proved.

[22] Finally, rule 181 requires every pleading to contain particulars of every allegation contained therein.

B. *The Motion to Strike*

[23] Rule 221 authorizes the Court, on motion, to order that a pleading, or anything contained therein, be struck out, with or without leave to amend, on numerous grounds. These include that the pleading discloses no reasonable cause of action or is otherwise an abuse of the process of the Court.

V. Analysis – Motion to Amend

A. *Applicable legal principles*

[24] The principles to be applied on a Motion to Amend a pleading were recently restated as follows:

The general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3, 157 N.R. 380 (C.A.); *Enercorp* at para. 19. However ... the proposed amendment must have a reasonable prospect of success: *Teva Canada Limited v. Gilead Sciences Inc.*, 2016 FCA 176, 140 C.P.R. (4th) 309 at paras. 29-32 (*Teva*). Another way to put this is that a proposed amendment will be refused if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 at para. 17 (*Imperial Tobacco*).

In deciding whether an amendment has a reasonable prospect of success, its chances of success must be examined in the context of the law and the litigation process,

**Exposé des faits**

**174** Tout acte de procédure contient un exposé concis des faits substantiels sur lesquels la partie se fonde; il ne comprend pas les moyens de preuve à l'appui de ces faits.

[22] Enfin, la règle 181 exige que chaque plaidoyer contienne des précisions sur toute allégation qu'il contient.

B. *La requête en radiation*

[23] La règle 221 autorise la Cour, sur requête et pour de nombreux motifs, à ordonner la radiation d'un acte de procédure, en totalité ou en partie, avec ou sans autorisation de le modifier. Le fait que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action valable ou constitue autrement un abus de procédure est l'un des motifs visés par la règle 221.

V. Analyse — Requête en modification

A. *Les principes juridiques applicables*

[24] Les principes à appliquer dans le cadre d'une requête en modification d'un acte de procédure ont récemment été reformulés comme suit :

La règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice : *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3, [1993] A.C.F. n° 777 (C.A.); *Enercorp* au para. 19. Cependant, le protonotaire a noté que la modification proposée doit avoir une possibilité raisonnable de succès : *Teva Canada Limitée c. Gilead Sciences Inc.*, 2016 CAF 176, [2016] A.C.F. n° 605 aux para. 29 à 32 (*Teva*). Autrement dit, la modification proposée sera refusée s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable : *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 au para. 17 (*Imperial Tobacco*).

Pour décider si une modification présente une possibilité raisonnable de succès, il faut examiner ses chances de succès dans le contexte du droit et du processus

and a realistic view must be taken: *Teva* at para. 30; *Imperial Tobacco* at para. 25.

*McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4 [at paragraphs 20–21].

[25] In *Teva*, above [*Teva Canada Limited v. Gilead Sciences Inc.*, 2016 FCA 176, 140 C.P.R. (4th) 309], the requirement that the proposed amendments have a reasonable prospect of success was described as “a threshold issue”, in the sense that it ought to be addressed before going further and investigating other matters: *Teva*, above, at paragraph 31. The Court added that “it makes no sense for a court to allow an amendment that is doomed to fail” and that if the amended pleadings “do not have some reasonable prospect of success, allowing them into the litigation does nothing other than to complicate and protract it needlessly and pointlessly”: *Teva*, above, at paragraph 28.

[26] Based on the foregoing, in determining whether to grant leave to amend a pleading, the Court should consider the following:

1. Is it plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the amended pleading discloses no reasonable cause of action?
2. Would the proposed amendments assist the Court to determine the real questions in controversy between the parties?
3. Would the proposed amendments serve the interests of justice?
4. Would the proposed amendments result in an injustice to the other party that is not capable of being compensated by an award of costs?

#### B. *Assessment*

- (1) Is it plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the amended statement of claim discloses no reasonable cause of action?

judiciaire et adopter un point de vue réaliste : *Teva* au para. 30; *Imperial Tobacco* au para. 25.

*McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, 2021 CAF 4 [aux paragraphes 20 et 21].

[25] Dans l’arrêt *Teva*, précité [*Teva Canada Limitée c. Gilead Sciences Inc.*, 2016 CAF 176], l’exigence selon laquelle les modifications proposées ont une chance raisonnable de succès a été décrite comme « une condition préalable », dans la mesure où il faut l’établir avant d’aller plus loin et de se pencher sur d’autres questions (*Teva*, précité, au paragraphe 31). La Cour a ajouté qu’il « est illogique qu’un tribunal accorde une modification qui est vouée à l’échec » et que si les actes de procédure modifiés « n’ont pas de possibilité raisonnable de succès, les admettre ne ferait que compliquer et prolonger inutilement le litige » (*Teva*, précité, au paragraphe 28).

[26] Compte tenu de ce qui précède, au moment de décider s’il faut accorder une autorisation de modifier un acte de procédure, la Cour doit tenir compte de ce qui suit :

1. Est-il évident et manifeste, dans l’hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d’action valable?
2. Les modifications proposées aideraient-elles la Cour à trancher les véritables questions litigieuses entre les parties?
3. Les modifications proposées serviraient-elles l’intérêt de la justice?
4. Les modifications proposées causeraient-elles une injustice à l’autre partie que des dépens ne pourraient réparer?

#### B. *Évaluation*

- 1) Est-il évident et manifeste, dans l’hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d’action valable?

[27] The Responding Defendants<sup>1</sup> submit that the Amended Statement of Claim would not survive a motion to strike under rule 221 for three distinct reasons: (i) it does not disclose any reasonable cause of action, (ii) it constitutes an abuse of the Court's process, and (iii) it is scandalous, frivolous and vexatious. For the reasons set forth below, I agree with the first two of those submissions. Consequently, I consider it unnecessary to address the third.

(a) *Failure to disclose a reasonable cause of action*

(i) Insufficient material facts and particulars

[28] The Responding Defendants assert that the Amended Statement of Claim does not provide sufficient material facts and particulars, as required by rules 174 and 181. Specifically, they maintain that whereas the Statement of Claim alleged a single conspiracy contrary to section 48 of the Act, the Amended Statement of Claim refers to multiple alleged conspiracies, without providing sufficient material facts and particulars to understand the case to be met by any given defendant. I agree.

[29] The Amended Statement of Claim refers to what appear to be six separate conspiracies, or groups of agreements that each constitute a conspiracy:

1. An agreement between the NHL and the CHL. This agreement, which is addressed at paragraphs 3.1, 47.1 and 47.2, is described as having defined “the modalities of a partnership to their mutual interest, but to the detriment of Canadian CHL players”. However, the particulars of those modalities and their impact on Canadian hockey players have not been provided. The Amended Statement of Claim simply makes a vague reference to “various activities including the enforcement of restrictive rules alleged here to be illegal and unreasonable restraints of trade”. Likewise, no material facts or explanation are provided

<sup>1</sup> The defendants NHL, AHL and ECHL did not make any submissions in respect of this Motion.

[27] Les défendeurs intimés<sup>1</sup> soutiennent que la déclaration modifiée ne survivrait pas à une requête en radiation en vertu de la règle 221, et ce, pour trois raisons distinctes : (i) elle ne révèle aucune cause d'action valable; (ii) elle constitue un abus de procédure; et (iii) elle est scandaleuse, frivole et vexatoire. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'accord avec les deux premières observations. Par conséquent, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder la troisième.

a) *Le défaut de révéler une cause d'action valable*

(i) L'insuffisance de précisions et de faits importants

[28] Les défendeurs intimés affirment que la déclaration modifiée ne fournit pas suffisamment de précisions et de faits importants, comme l'exigent les règles 174 et 181. Plus précisément, ils soutiennent que la déclaration allègue un seul complot en contravention de l'article 48 de la Loi, tandis que la déclaration modifiée invoque de multiples complots allégués, mais sans fournir suffisamment de précisions et de faits importants pour qu'un défendeur donné puisse comprendre la preuve à réfuter. Je suis du même avis.

[29] La déclaration modifiée fait référence à ce qui semble être six complots distincts ou groupes d'accords constituant chacun un complot :

1. Un accord entre la LNH et la LCH. Cet accord, dont il est question aux paragraphes 3.1, 47.1 et 47.2, est décrit comme ayant défini [TRADUCTION] « les modalités d'un partenariat dans leur intérêt commun, mais au détriment des joueurs canadiens de la LCH ». Cependant, aucune précision au sujet de ces modalités et de leur incidence sur les joueurs de hockey canadiens n'a été fournie. La déclaration modifiée mentionne simplement et vaguement [TRADUCTION] « diverses activités, y compris l'application de règles restrictives, qui, selon les présentes, constituent des restrictions illégales et déraisonnables au commerce ». De

<sup>1</sup> Certains défendeurs (la LNH, l'AHL et l'ECHL) n'ont présenté aucune observation à l'égard de la requête en question.

- to indicate how this agreement is believed to, or could, contravene either section 45 or section 48 of the Act.
2. An unspecified number of agreements between the NHL, NHL clubs and the CHL, which are mentioned at paragraph 47.3. It is alleged that pursuant to these agreements, NHL clubs have agreed not to sign players under the age of 18 playing in the CHL, or to assign a player who has an NHL/AHL contract under the age of 20 to their AHL/ECHL affiliate if that player also has a contract in the CHL. However, once again, no other information is provided regarding those agreements (including whether two or more clubs are parties to any of them) or the basis upon which they are asserted to, or could, contravene section 45 or 48 of the Act.
  3. An unspecified number of alleged agreements between NHL clubs and their AHL/ECHL affiliate clubs, pursuant to which the parties are said to have agreed not to sign any North American players who play or have played for a CHL club, until the end of his eligibility in the CHL. Apart from this bare assertion, which is made at paragraphs 47.6 and 47.18, no further information has been provided. In the absence of any further material facts or particulars, it is not apparent how these alleged agreements are considered to contravene section 45 or 48.
  4. One or more agreements among the CHL, the WHL, the OHL and the QMJHL, pursuant to which they are alleged to have agreed to standardize player contracts that, among other things “impose very low ceilings for the remuneration of players, and will deprive those players of any opportunity to market [their] time, skills or talents or even their own image or name for the même, aucun fait important ni aucune explication ne sont fournis pour expliquer les raisons pour lesquelles il est affirmé que cet accord contrevient ou pourrait contrevenir aux articles 45 ou 48 de la Loi.
  2. Un nombre non précisé d’accords entre la LNH, les clubs de la LNH et la LCH, qui sont mentionnés au paragraphe 47.3. Il est allégué que, en raison de ces accords, les clubs de la LNH ont accepté de ne pas signer de contrats avec des joueurs de moins de 18 ans qui jouent dans la LCH et de ne pas confier à leur entité affiliée de l’AHL ou de l’ECHL un joueur de moins de 20 ans qui a un contrat avec la LNH ou l’AHL si ce joueur a aussi un contrat dans la LCH. Cependant, encore une fois, aucun autre renseignement n’est fourni sur ces accords (y compris la question de savoir si deux clubs ou plus sont parties à l’un ou l’autre de ces accords) ou sur les raisons pour lesquelles il est affirmé que ces accords contreviennent ou pourraient contrevenir aux articles 45 ou 48 de la Loi.
  3. Un nombre non précisé d’accords allégués entre les clubs de la LNH et leurs clubs affiliés de l’AHL ou de l’ECHL au titre desquels les parties aux accords auraient accepté de ne pas accorder de contrat à des joueurs nord-américains qui jouent ou ont joué pour un club de la LCH tant que ceux-ci sont admissibles à jouer dans la LCH. Mis à part cette simple affirmation, qui figure aux paragraphes 47.6 et 47.18, aucun autre renseignement n’a été fourni. En l’absence d’autres précisions ou faits importants, il est difficile de savoir en quoi ces accords allégués contreviennent aux articles 45 ou 48.
  4. Un ou plusieurs accords entre la LCH, la WHL, la LHO et la LHJMQ, au titre desquels les ligues auraient accepté de normaliser les contrats conclus avec les joueurs de façon, entre autres, à [TRADUCTION] « imposer aux joueurs des plafonds de rémunération très bas et les priver de toute possibilité de mettre en valeur leur temps, leurs compétences ou leurs talents, et même leur image ou

purpose of endorsement or sponsorship”. Those agreements are referenced at paragraphs 3.2, 13, 14 and 47.8. As with the alleged agreements discussed above, the Amended Statement of Claim does not describe how these alleged agreement(s) among the CHL and its three member leagues to impose SPAs meet(s) the requirements of sections 45 and 48 of the Act. Instead, the Amended Statement of Claim simply repeats the language of paragraphs 48(1)(a) and (b) by alleging that the SPAs limit players’ opportunities to participate in a professional sport, impose unreasonable terms and conditions (including unreasonable compensation and restrictions on players’ abilities to market their own image), and limit their opportunity to negotiate with the team of their choice.

5. One or more agreements among the Responding Defendants and between them and “the NHL and its affiliates” which, among other things, prevent Canadian hockey players from playing in other leagues or with other clubs. These agreements, which are mentioned at paragraph 47.8, are alleged to “unreasonably limit the opportunities of Class Members to play professional hockey” and to “offer their services elsewhere, mostly in the AHL/ECHL, for better remuneration”, until the end of their CHL eligibility. However, once again, this simply paraphrases the language in paragraphs 48(1)(a) and (b) of the Act, respectively, without providing any other material facts or particulars. In addition, no explanation is provided as to why those limitations are considered to be unreasonable, within the meaning of section 48, and having regard to the matters identified in subsection 48(2) of the Act.
6. An agreement between the CHL, Hockey Canada and one or more unnamed entities in the United States which deprives Class Members of the benefit of competition for their services. This agreement, which is mentioned at paragraph 8.2, is described as being “the amendment to the Hockey Transfer Agreement among the USA, CHL and

leur nom aux fins de publicités ou de commandes ». Ces accords sont mentionnés aux paragraphes 3.2, 13, 14 et 47.8. Comme dans le cas des accords allégués examinés ci-dessus, la déclaration modifiée ne décrit pas en quoi ce ou ces accords allégués intervenus entre la LCH et ses trois ligues membres dans le but d’imposer des CSJ sont visés aux articles 45 et 48 de la Loi. La déclaration modifiée reprend plutôt simplement le libellé des alinéas 48(1)a) et 48(1)b) en alléguant que les CSJ limitent les possibilités des joueurs de participer à un sport professionnel, leur imposent des conditions déraisonnables (y compris une rémunération déraisonnable et des restrictions à la capacité des joueurs de commercialiser leur propre image) et limitent leurs possibilités de négocier avec l’équipe de leur choix.

5. Un ou plusieurs accords entre les défendeurs intimés et avec [TRADUCTION] « la LNH et ses entités affiliées », qui, entre autres, empêchent les joueurs de hockey canadiens de jouer dans d’autres ligues ou avec d’autres clubs. Il est allégué que ces accords, qui sont mentionnés au paragraphe 47.8, [TRADUCTION] « limitent de façon déraisonnable les possibilités des membres du groupe de jouer au hockey professionnel » et [TRADUCTION] « d’offrir leurs services ailleurs, principalement dans l’AHL et l’ECHL, pour une meilleure rémunération » tant qu’ils peuvent jouer dans la LCH. Cependant, encore une fois, ces affirmations ne font que paraphraser le libellé des alinéas 48(1)a) et 48(1)b) de la Loi, sans fournir d’autres précisions ou faits importants. De plus, aucune explication n’est fournie quant à la raison pour laquelle ces restrictions sont considérées comme déraisonnables au sens de l’article 48 et à l’égard des questions énoncées au paragraphe 48(2) de la Loi.
6. Un accord entre la LCH, Hockey Canada et une ou plusieurs entités non nommées aux États-Unis qui prive les membres du groupe de l’avantage de la concurrence pour leurs services. Cet accord, mentionné au paragraphe 8.2, est décrit comme [TRADUCTION] « la modification de l’accord de transfert entre les États-Unis, la LCH et



[Hockey Canada] to ensure that Class Members cannot seek scholarships in exchange for playing within the NCAA.” No further information regarding that alleged agreement is provided. Indeed, no allegations are made that the parties to this agreement are “competitors”, as contemplated by section 45 of the Act, or that the agreement contravenes section 48 in any particular way.

[30] The absence of the material facts and particulars described above leaves the Amended Statement of Claim without a sufficient foundation to support the amended allegations that have been made. This provides a sufficient basis for concluding that it is plain and obvious that the Amended Statement of Claim discloses no reasonable cause of action: *Pelletier v. Canada*, 2020 FC 1019 [*Pelletier FC*], at paragraphs 46–47.

[31] Notwithstanding this conclusion, I will proceed to address certain of the other submissions made by the Responding Defendants in support of their position that Mr. Mohr should not be granted leave to file the Amended Statement of Claim.

- (ii) Failure to plead a reasonable cause of action under section 45 of the Act

[32] The Responding Defendants assert the plaintiff has not pleaded a reasonable cause of action under section 45 of the Act because that provision applies only to certain agreements between “competitors” relating to the “production or supply” of a product. They add that section 45 does not apply to agreements between buyers pertaining to the purchase of a service.

[33] I agree, although I expressly limit my agreement with the latter assertion to the proposition that section 45 does not apply to the types of agreements that are alleged in the Amended Statement of Claim. Among other things, those agreements are not the types of unambiguously harmful “hard core cartel” agreements, also known as “naked” cartel agreements, that are contemplated by section 45. This is because they cover a

[Hockey Canada] afin que les membres du groupe ne puissent pas tenter d’obtenir des bourses en échange de leur participation au sein de la NCAA ». Aucun autre renseignement n’est fourni au sujet de cet accord allégué. En effet, il n’est pas allégué que les parties à l’accord en question sont des « concurrents » au sens de l’article 45 de la Loi ou que l’accord contrevient de quelque façon que ce soit à l’article 48.

[30] L’absence de précisions et de faits importants décrite ci-dessus laisse la déclaration modifiée sans fondement suffisant pour soutenir les allégations modifiées qui y ont été formulées. Par conséquent, il est évident et manifeste que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d’action valable : *Pelletier c. Canada*, 2020 CF 1019 [*Pelletier CF*], aux paragraphes 46–47.

[31] Nonobstant cette conclusion, je vais aborder certaines des autres observations présentées par les défendeurs intimés à l’appui de leur position selon laquelle il ne faut pas accorder à M. Mohr l’autorisation de présenter la déclaration modifiée.

- (ii) Le défaut de révéler un motif d’action valable au titre de l’article 45 de la Loi

[32] Les défendeurs intimés affirment que le demandeur n’a invoqué aucune cause d’action valable aux termes de l’article 45 de la Loi parce que cette disposition ne s’applique qu’à certains accords entre « concurrents » relatifs à la « production ou à la fourniture » d’un produit. Ils ajoutent que l’article 45 ne s’applique pas aux accords entre acheteurs portant sur l’achat d’un service.

[33] Je suis d’accord, mais je limite expressément mon accord touchant la dernière affirmation à la proposition selon laquelle l’article 45 ne vise pas les types d’accords allégués dans la déclaration modifiée. Entre autres, ces accords ne correspondent pas aux types de « grands cartels » aussi appelés « ententes injustifiables » visés à l’article 45. En effet, ils portent sur un éventail de questions sans lien avec les enjeux visés

range of matters that have nothing to do with the matters described in paragraphs 45(1)(a)–(c): see for example, paragraphs 66–67 below.

[34] Subsection 45(1) states as follows:

**Conspiracies, agreements or arrangements between competitors**

**45 (1)** Every person commits an offence who, with a competitor of that person with respect to a product, conspires, agrees or arranges

(a) to fix, maintain, increase or control the price for the supply of the product;

(b) to allocate sales, territories, customers or markets for the production or supply of the product; or

(c) to fix, maintain, control, prevent, lessen or eliminate the production or supply of the product.

[35] As is apparent from the plain language of subsection 45(1), it applies only to “competitors” who enter into a conspiracy, agreement or arrangement concerning either the “supply” or the “production or supply” of the product in respect of which they compete. These elements of subsection 45(1) pose an insurmountable hurdle for the plaintiff.

*The existing defendants and many of the proposed defendants are not “competitors ... with respect to a product”.*

[36] With the exception of the clubs within the AHL and the ECHL (discussed at paragraph 32.1 of the Amended Statement of Claim) and possibly the clubs within the NHL (mentioned at paragraph 31.2), none of the other existing or proposed defendants are alleged to have been a party to any conspiracy, agreement or arrangement with a “competitor ... with respect to a product”. The only passage in the Amended Statement of Claim that may suggest otherwise is the following sentence, which is difficult to understand: “31.2 Defendant clubs and leagues are competitors in the NHL, for Championships, the best players available and market shares.”

aux alinéas 45(1)a) à 45(1)c) (voir, par exemple, les paragraphes 66–67 ci-dessous).

[34] Le paragraphe 45(1) est rédigé en ces termes :

**Complot, accord ou arrangement entre concurrents**

**45 (1)** Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l’égard d’un produit, complotte ou conclut un accord ou un arrangement :

a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;

b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;

c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

[35] Il ressort clairement, à la lecture du libellé du paragraphe 45(1), que cette disposition ne s’applique qu’aux « concurrents » qui concluent un complot, un accord ou un arrangement portant sur « la fourniture » ou « la production ou la fourniture » d’un produit à l’égard duquel ils sont en concurrence. Ces éléments du paragraphe 45(1) constituent un obstacle insurmontable pour le demandeur.

*Les défendeurs actuels et bon nombre des défendeurs proposés ne sont pas des « concurrent[s] à l’égard d’un produit ».*

[36] À l’exception des clubs de l’AHL et de l’ECHL (dont il est question au paragraphe 32.1 de la déclaration modifiée) et peut-être des clubs de la LNH (mentionnés au paragraphe 31.2), aucun des autres défendeurs actuels ou proposés n’aurait été partie à un complot, un accord ou un arrangement avec un « concurrent à l’égard d’un produit ». Le seul passage de la déclaration modifiée qui peut donner à penser le contraire est le suivant, qui est difficile à comprendre : [TRADUCTION] « 31.2 Les ligues et les clubs défendeurs sont des concurrents de la LNH, pour les championnats, l’accès aux meilleurs joueurs disponibles et les parts de marché. »

[37] It is plain and obvious that the NHL, the CHL and Hockey Canada are not “competitors” of any other party to any of the alleged agreements, “with respect to a product”.

[38] Moreover, given that it is common ground between the parties that the NHL, the AHL and the ECHL are the first, second and third-tier professional hockey leagues in North America, those leagues are not “competitors” of each other, at least with respect to the product at issue in these proceedings. I will discuss that product in the next two paragraphs below. Likewise, the clubs within one of those leagues are not “competitors” of any club in the either of the other two leagues. The same is true for the QMJHL, the OHL and the WHL. Those leagues are not “competitors” of each other, and the clubs within any one of those leagues are not “competitors” of the clubs in either of the other two leagues. I will address further below the competition that exists between clubs within each of those three leagues.

*The remaining proposed defendants are not parties to an alleged conspiracy, agreement or arrangement with respect to the “production or supply” of the relevant product.*

[39] The plaintiff alleges that the clubs within the AHL and the ECHL are “competitors in the hockey entertainment business.” However, those clubs are not competitors in the “production or supply” of the only relevant product in respect of which one or more agreements described in subsection 45(1) have been alleged.

[40] The “product” at issue in this proceeding consists of the services of the Class Members, namely members of “a class consisting of the plaintiff and all individuals residing in Canada, who were Canadian resident or Canadian citizens and who have signed a [SPA] with a club in one of the three leagues comprising the CHL (the QMJHL, OHL and WHL)” during the relevant period: Amended Statement of Claim, at paragraph 24.

[37] Il est évident et manifeste que la LNH, la LCH et Hockey Canada ne sont pas des « concurrents » d’une autre partie à l’un ou l’autre des accords prétendument conclus « à l’égard d’un produit ».

[38] De plus, comme les parties s’entendent pour dire que la LNH, l’AHL et l’ECHL sont les ligues de hockey professionnel de premier, de deuxième et de troisième niveaux en Amérique du Nord, ces ligues ne sont pas des « concurrentes » l’une de l’autre, du moins en ce qui concerne le produit en cause dans la présente instance. J’aborderai ce produit dans les deux paragraphes qui suivent. De même, les clubs de l’une de ces ligues ne sont pas des « concurrents » d’un club de l’une ou l’autre des deux autres ligues. Il en va de même pour le LHJMQ, la LHO et la WHL. Ces ligues ne sont pas des « concurrentes » l’une de l’autre, et les clubs de l’une ou l’autre de ces ligues ne sont pas des « concurrents » des clubs de l’une ou l’autre des deux autres ligues. Je traiterai plus loin de la concurrence entre les clubs au sein de chacune de ces trois ligues.

*Les autres défendeurs proposés ne sont pas parties à un complot, à un accord ou à un arrangement allégué concernant la « production ou la fourniture » du produit pertinent.*

[39] Le demandeur allègue que les clubs au sein de l’AHL et de l’ECHL sont des [TRADUCTION] « concurrents dans le secteur du divertissement du hockey ». Cependant, ces clubs ne sont pas des concurrents en ce qui a trait à la « production ou la fourniture » du seul produit pertinent à l’égard duquel l’existence d’un ou de plusieurs accords visés au paragraphe 45(1) a été alléguée.

[40] Le « produit » en cause dans la présente affaire concerne les services des membres du groupe, à savoir [TRADUCTION] « un groupe composé du demandeur et de toutes les personnes qui résident au Canada, qui étaient des résidents canadiens ou des citoyens canadiens et qui ont signé un [CSJ] avec un club de l’une des trois ligues de la LCH (la LHJMQ, la LHO et la WHL) » pendant la période pertinente (déclaration modifiée, au paragraphe 24).

[41] It is trite law that “the words of a statute must be read ‘in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraph 117, quoting *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418 (*Rizzo*), at paragraph 21; and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87.

[42] On their face, the three offences proscribed in subsection 45(1) of the Act apply solely to either the “supply” or the “production or supply” of the same product in respect of which the alleged conspirators are competitors. This is readily apparent from the use of the definite article “the” before the word “product” in each of paragraphs 45(1)(a)–(c).

[43] By their express terms, those provisions do not apply to the purchase or other acquisition of a product, although I do not exclude the possibility that paragraph 45(1)(c) may apply to a supplier boycott or other “hard core cartel” agreement among competitors in a downstream market to fix, maintain, control, prevent, lessen or eliminate the production or supply of the product in respect of which they compete. The agreements alleged in the Amended Statement of Claim are plainly not of this type.

[44] Pursuant to subsection 2(1) of the Act, “supply” means, “in relation to a service, sell, rent or otherwise provide a service or offer so to provide a service” (emphasis added).

[45] As recognized at paragraph 2.7 of the Amended Statement of Claim, hockey players “offer” their services to teams, who then *acquire* those services.

[46] Given that it is the players, rather than the clubs within the AHL and ECHL, who “offer” and then “provide” the services at issue in this proceeding, it is readily

[41] Il est bien établi en droit qu’il « faut lire les termes d’une loi “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, au paragraphe 117, citant *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo*), au paragraphe 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto : Butterworths, 1983, à la page 87.

[42] À première vue, les trois infractions prosrites au paragraphe 45(1) de la Loi ne s’appliquent qu’à la « fourniture » ou à la « production ou la fourniture » du produit à l’égard duquel les comploteurs présumés sont des concurrents, ce qui ressort clairement de l’article défini « du » précédant le mot « produit » aux alinéas 45(1)a) à 45(1)c).

[43] Le libellé de ces dispositions prévoit expressément qu’elles ne s’appliquent pas à l’achat ou à toute autre acquisition d’un produit, même si je n’exclus pas la possibilité que l’alinéa 45(1)c) puisse s’appliquer au boycottage d’un fournisseur ou à un autre accord de « grand cartel » entre des concurrents d’un marché en aval afin de fixer, de maintenir, de contrôler, d’empêcher, de réduire ou d’éliminer la production ou la fourniture du produit à l’égard duquel ils sont en concurrence. De toute évidence, les accords allégués dans la déclaration modifiée ne sont pas de ce type.

[44] Aux termes du paragraphe 2(1) de la Loi, « fournir » ou « approvisionner » signifie, « relativement à un service, vendre, louer ou autrement fournir un service ou offrir de le faire » (soulignement ajouté).

[45] Comme il est mentionné au paragraphe 2.7 de la déclaration modifiée, les joueurs de hockey [TRADUCTION] « offrent » leurs services aux équipes, qui en font ensuite l’acquisition.

[46] Étant donné que ce sont les joueurs — et non les clubs de l’AHL et de l’ECHL — qui [TRADUCTION] « offrent », puis [TRADUCTION] « fournissent » les

apparent from the ordinary meaning of the words in subsection 45(1) that the clubs within those leagues are not competitors in the *production or supply* of those services, as contemplated by the Act. Based on the legislative history and the scheme of the Act discussed below, it is also readily apparent that the agreements to which the clubs in the AHL and the ECHL are alleged to be a party are not agreements with respect to the production or supply of those services, as contemplated by subsection 45(1).

[47] To the extent that the words in subsection 45(1) might somehow be said to permit a broader interpretation that would bring within its scope the sorts of agreements alleged in the Amended Statement of Claim, the penal nature of that provision would entitle the defendants to the benefit of any ambiguity: *R. v. McLaughlin*, [1980] 2 S.C.R. 331, at page 335, (1980), 113 D.L.R. (3d) 386; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at pages 702 and 705, (1995), 178 N.R. 161.

[48] I will now turn to address the individual clubs within the QMJHL, the OHL and the WHL. As recognized at the end of paragraph 38 above, clubs within each of those leagues evidently compete—in the sense of being rivals to win hockey games, championships and perhaps even the services of players. However, it has not been alleged that they are “competitors” in the “production or supply” of the services of the Class Members. Indeed, it is plain and obvious that they are not in fact competitors in this capacity. They may well compete to sign young players to SPAs or other contracts. But in this capacity they are competitors in the *acquisition* of the hockey-related services of those players. For the same reasons discussed at paragraphs 39–47 above, those clubs are not competitors in the “production or supply” of the services at issue in this proceeding.

[49] This interpretation is supported by the legislative history of subsection 45(1). That history also supports the Responding Defendants’ position that the agreements to which they are alleged to be parties are not

services en cause dans la présente affaire, il ressort clairement du sens ordinaire des termes du paragraphe 45(1) que, au sens de la Loi, les clubs de ces ligues ne sont pas des concurrents dans *la production ou la fourniture* de tels services. À la lumière de l’historique législatif et de l’économie de la Loi dont il est question ci-dessous, il est également évident que les accords auxquels les clubs de l’AHL et de l’ECHL seraient parties ne sont pas des accords qui concernent la production ou la fourniture de tels services comme l’envisage le paragraphe 45(1).

[47] Dans la mesure où le libellé du paragraphe 45(1) pourrait, d’une manière ou d’une autre, faire l’objet d’une interprétation plus large qui engloberait les types d’accords allégués dans la déclaration modifiée, la nature pénale de cette disposition ferait en sorte que toute ambiguïté jouerait en faveur des défendeurs : *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331, à la page 335; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, aux pages 702 et 705.

[48] Je vais maintenant me pencher sur la question des clubs de la LHJMQ, de la LHO et de la WHL. Comme il est mentionné à la fin du paragraphe 38 ci-dessus, de toute évidence, les clubs de chacune de ces ligues sont des concurrents, c’est-à-dire qu’ils sont des rivaux en vue de remporter des matchs de hockey et des championnats et peut-être même d’obtenir les services des joueurs. Cependant, il n’a pas été allégué qu’ils sont des « concurrents » dans la « production ou la fourniture » de services des membres du groupe. De fait, il est évident et manifeste qu’ils ne sont pas des concurrents à ce titre. Ils peuvent bien se livrer concurrence pour faire signer des CSJ ou d’autres contrats à de jeunes joueurs, mais, à cet égard, ils sont des concurrents dans l’*acquisition* des services liés au hockey de ces joueurs. Pour les mêmes raisons que celles analysées aux paragraphes 39 à 47 ci-dessus, ces clubs ne sont pas des concurrents dans la « production ou la fourniture » des services en cause dans la présente affaire.

[49] Une telle interprétation est étayée par l’historique législatif du paragraphe 45(1). Cet historique appuie également la position des défendeurs intimés selon laquelle les accords auxquels ils sont censés être

agreements with respect to the production or supply or supply of services, as contemplated by subsection 45(1).

[50] Prior to entry into force of the current wording of that provision in March 2010, paragraph 45(1)(c) applied to any agreement between competitors that prevented or lessened competition unduly “in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property” (emphasis added). (The full text of subsection 45(1), as it existed prior to March 2010, is reproduced in Appendix 1 to these reasons.)

[51] The fact that the word “purchase” was eliminated from the text of subsection 45(1) is a strong indication of Parliament’s intention to exclude from the scope of that provision agreements and other arrangements that, in pith and substance, pertain to the purchase or other acquisition of a product. That amendment was made following a long period of consultation and assessment.

[52] In 2002, the House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology issued a report containing a number of recommendations to amend the Act. Recommendation 12 of that report stated as follows:

- 12. That the Government of Canada amend the *Competition Act* to create a two-track approach for agreements between competitors. The first track would retain the conspiracy provision (section 45) for agreements that are strictly devised to restrict competition directly through raising prices or indirectly through output restrictions or market sharing, such as customer or territorial assignments, as well as both group customer or supplier boycotts. The second track would deal with any other type of agreement between competitors in which restrictions on competition are ancillary to the agreement’s main or broader purpose. [Bold in original.]**

House of Commons, Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology. *A Plan to*

parties ne sont pas des accords relatifs à la production ou la fourniture ou à la fourniture de services au sens du paragraphe 45(1).

[50] Avant l’entrée en vigueur du libellé actuel de la disposition visée en mars 2010, l’alinéa 45(1)c) s’appliquait à tout accord entre concurrents qui empêchait ou réduisait indûment la concurrence « dans la production, la fabrication, l’achat, le troc, la vente, l’entreposage, la location, le transport ou la fourniture d’un produit, ou dans le prix d’assurances sur les personnes ou les biens » (non souligné dans l’original). (Le texte intégral de la version du paragraphe 45(1) en vigueur avant mars 2010 est reproduit à l’annexe 1 des présents motifs.)

[51] Le fait que le mot « achat » a été supprimé du libellé du paragraphe 45(1) témoigne fortement de l’intention du législateur d’exclure de la portée de la disposition les accords et autres arrangements qui, pour l’essentiel, ont trait à l’achat ou à d’autres formes d’acquisition d’un produit. La modification a été apportée à la suite d’une longue période de consultation et d’évaluation.

[52] En 2002, le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes a publié un rapport contenant un certain nombre de recommandations concernant la modification de la Loi. La recommandation 12 de ce rapport est libellée ainsi :

- 12. Que le gouvernement du Canada modifie la *Loi sur la concurrence* pour traiter les accords entre concurrents selon une méthode à deux volets. Le premier volet conserverait la disposition concernant les complots (article 45) à l’égard des accords conclus expressément pour réduire la concurrence, que ce soit directement par une hausse des prix ou indirectement par des restrictions à la production ou le partage de marchés, comme la distribution des clients ou des territoires, ou encore le boycott collectif de fournisseurs ou de clients. Le second volet concernerait tous les autres types d’accords entre concurrents dans lesquels les entraves à la concurrence sont secondaires à l’objectif principal et général d’une entente. [En caractères gras dans l’original.]**

Chambre des communes, Rapport du Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie.

*Modernize Canada's Competition Regime* (tabled April 23, 2002, adopted April 9, 2002), at page xvi.

[53] Later in 2002, the Government of Canada broadly endorsed the foregoing recommendation when it stated the following:

The Government supports the need to amend section 45 and indeed believes that such amendments are essential for effective enforcement of the provision.

The Government further endorses the basic principle of a two-track approach for conspiracies under which hard core cartel behaviour, such as agreements to fix prices, allocate markets or restrict supplies, would be criminal offences without a competition test or an efficiency defence. Other types of agreements between competitors would be subject to a civil review....

Government Response to the Report of the House of Commons Standing Committee on Industry, Science and Technology, *A Plan to Modernize Canada's Competition Regime* (October 1, 2002), at page 3.

[54] In 2008, a panel appointed by the federal Government issued a report on this country's competition policy that included various recommendations to amend the Act. With respect to the criminal provisions of the Act, the panel observed:

The Panel is of the view that the criminal law, with its attendant sanctions including fines and imprisonment, should be reserved for conduct that is unambiguously harmful to competition and where clear standards can be applied that are understandable to the business community.

...

At the same time, criminal law is too blunt an instrument to deal with agreements between competitors that do not fall into the "hard core" cartel category, such as restrictions on advertising or strategic alliances, but that may harm competition nonetheless. A more sophisticated economic approach to address the latter has been advocated

*Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien* (déposé le 23 avril 2002, adopté le 9 avril 2002, à la page xvi).

[53] Plus tard en 2002, le gouvernement du Canada a souscrit de façon générale à la recommandation ci-dessus en déclarant ce qui suit :

Le gouvernement convient de la nécessité de modifier l'article 45, car la disposition ne pourrait être appliquée de façon efficace sans modification.

Le gouvernement est d'accord avec le principe d'une approche à deux volets dans le cas des complots. Les accords injustifiables, comme la fixation des prix, le partage des marchés et la limitation de la production, devraient être assimilées à un acte criminel sans qu'elles ne soient assujetties à un critère de l'atteinte à la concurrence ou de défense fondée sur les gains en efficacité et d'autres types d'accords feraient l'objet d'un examen au civil.

Réponse du gouvernement au Rapport final du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Plan d'actualisation du régime de concurrence canadien* (1<sup>er</sup> octobre 2002), à la page 3.

[54] En 2008, un groupe d'étude constitué par le gouvernement fédéral a produit un rapport sur la politique nationale en matière de concurrence. Le rapport comprenait diverses recommandations visant à modifier la Loi. En ce qui concerne les dispositions pénales de la Loi, le groupe d'étude a souligné ce qui suit :

Le Groupe d'étude estime que le droit pénal, fort de son imposition d'amendes et d'emprisonnement, ne devrait servir que lorsqu'une conduite est manifestement au détriment de la concurrence et lorsque des normes claires peuvent être invoquées et comprises par le milieu des affaires.

[...]

Parallèlement, le droit pénal est un instrument trop tranchant pour qu'on l'applique à des accords entre des concurrents qui ne tombent pas dans la catégorie des grands cartels, par exemple des accords de restriction sur la publicité ou des alliances stratégiques, mais qui peuvent néanmoins nuire à la concurrence. Une démarche

by the Bureau and other experts to deal with this category of agreements between competitors.

Government of Canada, *Compete to Win: Final Report – June 2008*, at pages 58–59 (Compete to Win) (emphasis added).

[55] Having regard to the foregoing, the panel recommended that the government “repeal the existing conspiracy provisions and replace them with [(i)] a *per se* criminal offence to address hardcore cartels and [(ii)] a civil provision to deal with other types of agreements between competitors that have anti-competitive effects”: *Compete to Win*, Recommendation 14(d), at page 127 (footnote omitted).

[56] The following year, Bill C-10, a budget implementation bill that included amendments to section 45 and several other provisions of the Act, was submitted to Parliament. The wording of the proposed amendments to section 45 and a new civil provision in section 90.1 addressing non-hard core cartel agreements among competitors was enacted without any change and entered into force in March 2010 [*Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2, sections 410, 429].

[57] This legislative history supports the Responding Defendants’ position that section 45 does not apply to the types of purchasing agreements to which they or the other defendants are alleged to be parties: see also *Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482, at paragraph 1357. In brief, in addition to the elimination of the word “purchase” as part of the amendments in 2010, it is clear that Parliament intended to limit the application of section 45 to hard core cartel agreements, namely, agreements that are unambiguously harmful to competition. These are also known as “naked” cartel agreements. Other agreements between competitors, including those that include ancillary provisions that can adversely impact the production or supply of a product, were intended to be reviewed under the new non-criminal provision in

économique plus raffinée pour régler ce problème a été avancée par le Bureau de la concurrence et d’autres experts afin de s’occuper de cette catégorie d’accords entre des concurrents.

Gouvernement du Canada, *Foncer pour gagner : rapport final juin 2008*, aux pages 58 et 59 (Foncer pour gagner) (non souligné dans l’original).

[55] Au regard de ce qui précède, le tribunal a recommandé ce qui suit au gouvernement : « Les dispositions actuelles sur les complots devraient être abrogées et remplacées par (i) une infraction criminelle *per se* pour prendre des mesures contre des grands cartels et (ii) par une disposition au civil pour agir contre des types d’ententes entre concurrents qui ont des effets anticoncurrentiels » (Foncer pour gagner, recommandation 14d), à la page 127) (note de bas de page omise).

[56] L’année suivante, le projet de loi C-10, un projet de loi de mise en œuvre du budget qui comprenait des modifications à l’article 45 et à plusieurs autres dispositions de la Loi, a été présenté au Parlement. Le libellé des modifications proposées à l’article 45 et une nouvelle disposition civile à l’article 90.1 portant sur les accords entre concurrents qui ne constituent pas de grands cartels ont été adoptés sans modification et sont entrés en vigueur en mars 2010 [*Loi d’exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, ch. 2, articles 410, 429].

[57] Cet historique législatif appuie la position des défendeurs intimés selon laquelle l’article 45 ne s’applique pas aux types d’accords d’achat auxquels eux-mêmes ou les autres défendeurs sont allégués être parties (voir également *Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482, au paragraphe 1357). En bref, en plus de l’élimination du mot « achat » dans le cadre des modifications apportées en 2010, il est évident que le législateur avait l’intention de limiter l’application de l’article 45 aux accords concernant des grands cartels, c’est-à-dire les accords qui sont indéniablement préjudiciables à la concurrence. Ces accords sont également connus sous le nom de cartels [TRADUCTION] « flagrants ». D’autres accords conclus entre concurrents, y compris ceux qui comportent des dispositions accessoires susceptibles d’avoir une incidence défavorable



section 90.1 of the Act, which is reproduced in Appendix 1 to these reasons.

[58] Another aspect of the amended statutory scheme that supports the foregoing interpretation is the new provision in subsection 45(4), which states as follows:

**45 ...**

**Defence**

**(4)** No person shall be convicted of an offence under subsection (1) in respect of a conspiracy, agreement or arrangement that would otherwise contravene that subsection if

**(a)** that person establishes, on a balance of probabilities, that

**(i)** it is ancillary to a broader or separate agreement or arrangement that includes the same parties, and

**(ii)** it is directly related to, and reasonably necessary for giving effect to, the objective of that broader or separate agreement or arrangement; and

**(b)** the broader or separate agreement or arrangement, considered alone, does not contravene that subsection.

[59] In brief, taken together, the statutory scheme contemplated by section 2, subsection 45(1), subsection 45(4) and section 90.1 support the position of the Responding Defendants that the types of agreements to which they and the other defendants are alleged to have been a party do not fall within the purview of subsection 45(1).

[60] I pause to observe that the Competition Bureau shares this interpretation of subsection 45 and the legislative history discussed above: see Competition Bureau, *Competitor Collaboration Guidelines* (May 6, 2021), at section 2.4.1 and Example 9; and Competition Bureau, *Competition Bureau statement on the application of the Competition Act to no-poaching, wage-fixing and other*

sur la production ou la fourniture d'un produit, devaient faire l'objet d'un examen en vertu de la nouvelle disposition non pénale prévue à l'article 90.1 de la Loi, qui est reproduite à l'annexe 1 des présents motifs.

[58] Un autre aspect du régime législatif modifié qui appuie l'interprétation qui précède est la nouvelle disposition au paragraphe 45(4), qui est ainsi libellée :

**45 [...]**

**Défense**

**(4)** Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (1) à l'égard d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement qui aurait par ailleurs contrevenu à ce paragraphe si, à la fois :

**a)** il établit, selon la prépondérance des probabilités :

**(i)** que le complot, l'accord ou l'arrangement, selon le cas, est accessoire à un accord ou à un arrangement plus large ou distinct qui inclut les mêmes parties,

**(ii)** qu'il est directement lié à l'objectif de l'accord ou de l'arrangement plus large ou distinct et est raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif;

**b)** l'accord ou l'arrangement plus large ou distinct, considéré individuellement, ne contrevient pas au même paragraphe.

[59] En bref, pris ensemble, le régime législatif envisagé à l'article 2, aux paragraphes 45(1) et 45(4) et à l'article 90.1 appuie la position des défendeurs intimés selon laquelle les types d'accords auxquels eux-mêmes et les autres défendeurs auraient été parties ne sont pas visés au paragraphe 45(1).

[60] Je souligne que le Bureau de la concurrence partage cette interprétation de l'article 45 et de l'historique législatif décrit ci-dessus (voir la section 2.4.1 et l'exemple 9 des *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* (6 mai 2021) du Bureau de la concurrence ainsi que la *Déclaration du Bureau de la concurrence à propos de l'application de la Loi sur la concurrence relativement*

*buy-side agreements* (November 27, 2020), available online: <<https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2020/11/competition-bureau-statement-on-the-application-of-the-competition-act-to-no-poaching-wage-fixing-and-other-buy-side-agreements.html>>.

[61] I acknowledge that subsection 48(3), discussed below, states that “section 45 applies and this section does not apply to all other agreements, arrangements and provisions thereof between or among [the] teams, clubs and persons” described in that provision. However, the language of subsection 48(3), which predates the amendments to section 45 discussed above, must be read together with those amendments. Pursuant to the plain terms of those amendments, subsection 45(1) now only applies to three narrowly defined types of agreement, whether the agreement is among teams and clubs as members of the same league, or otherwise. For the reasons discussed above, the agreements alleged to have been entered into among the current and proposed defendants are not one of those types of agreement.

[62] In summary, based on the ordinary meaning of the words in subsection 45(1), the legislative history of that provision, and the statutory scheme, it is plain and obvious that the plaintiff has not pleaded a reasonable cause of action in relation to section 45 of the Act. In other words, it is clear that the plaintiff has not pleaded a reasonable cause of action against the existing and proposed defendants under section 45, in relation to the production and supply of the services that are at issue in this proceeding.

(iii) Failure to plead a reasonable cause of action under section 48 of the Act

[63] In their Motion to Strike, the Responding Defendants alleged that no viable cause of action has been pleaded in the plaintiff’s Statement of Claim, because it does not allege any “intra-league” agreement or arrangement described in subsection 48(3). In support of this position, they maintain that the opening words of subsection 48(3) (“This section applies”) limits

*aux accords de non-débauchage, de fixation des salaires et autres accords entre acheteurs* (27 novembre 2020) du Bureau de la concurrence, accessible en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2020/11/declaration-du-bureau-de-la-concurrence-relativement-aux-accords-de-non-debauchage-de-fixatio.html>>.

[61] Je reconnais que le paragraphe 48(3), dont il est question ci-dessous, prévoit que « c’est l’article 45 et non le présent article qui s’applique à tous les autres accords, arrangements et dispositions d’accords ou d’arrangements conclus entre [les] équipes, clubs et personnes » visés par cette disposition. Cependant, le libellé du paragraphe 48(3), qui est antérieur aux modifications apportées à l’article 45 analysées ci-dessus, doit être lu parallèlement à ces modifications. Selon les termes simples de ces modifications, le paragraphe 45(1) ne s’applique maintenant qu’à trois types d’accords étroitement définis, et ce, que l’accord soit conclu entre les équipes et les clubs en tant que membres de la même ligue ou autrement. Pour les motifs énoncés précédemment, les accords qui auraient été conclus entre les défendeurs actuels et proposés ne sont pas de ces types.

[62] En résumé, compte tenu du sens ordinaire des termes employés au paragraphe 45(1), de l’historique législatif de cette disposition et du régime législatif, il est évident et manifeste que le demandeur n’a invoqué aucune cause d’action valable au titre de l’article 45 de la Loi. En d’autres termes, il est évident et manifeste que le demandeur n’a invoqué aucune cause d’action valable contre les défendeurs actuels et proposés au titre de l’article 45, relativement à la production et à la fourniture des services en cause dans la présente affaire.

(iii) Le défaut de révéler une cause d’action valable au titre de l’article 48 de la Loi

[63] Dans leur requête en radiation, les défendeurs intimés ont soutenu que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d’action valable parce qu’elle ne fait état d’aucun accord ou arrangement [TRADUCTION] « au sein d’une même ligue » comme l’envisage le paragraphe 48(3). À l’appui de cette position, ils soutiennent que les premiers mots du paragraphe 48(3)

the purview of subsection 48(1) to such intra-league agreements.

[64] Section 48 states as follows:

**Conspiracy relating to professional sport**

**48 (1)** Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unreasonably the opportunities for any other person to participate, as a player or competitor, in professional sport or to impose unreasonable terms or conditions on those persons who so participate, or

(b) to limit unreasonably the opportunity for any other person to negotiate with and, if agreement is reached, to play for the team or club of his choice in a professional league

is guilty of an indictable offence and liable on conviction to a fine in the discretion of the court or to imprisonment for a term not exceeding five years or to both.

**Matters to be considered**

(2) In determining whether or not an agreement or arrangement contravenes subsection (1), the court before which the contravention is alleged shall have regard to

(a) whether the sport in relation to which the contravention is alleged is organized on an international basis and, if so, whether any limitations, terms or conditions alleged should, for that reason, be accepted in Canada; and

(b) the desirability of maintaining a reasonable balance among the teams or clubs participating in the same league.

**Application**

(3) This section applies, and section 45 does not apply, to agreements and arrangements and to provisions of agreements and arrangements between or among teams and clubs engaged in professional sport as members of the same league and between or among directors, officers or employees of those teams and clubs where the agreements, arrangements and provisions relate exclusively

(« Le présent article s'applique ») limitent la portée du paragraphe 48(1) à de tels accords conclus au sein d'une même ligue.

[64] L'article 48 est ainsi libellé :

**Complot relatif au sport professionnel**

**48 (1)** Commet un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende à la discrétion du tribunal et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

a) soit pour limiter déraisonnablement les possibilités qu'a une autre personne de participer, en tant que joueur ou concurrent, à un sport professionnel ou pour imposer des conditions déraisonnables à ces participants;

b) soit pour limiter déraisonnablement la possibilité qu'a une autre personne de négocier avec l'équipe ou le club de son choix dans une ligue de professionnels et, si l'accord est conclu, de jouer pour cette équipe ou ce club.

**Éléments à considérer**

(2) Pour déterminer si un accord ou un arrangement constitue l'une des infractions visées au paragraphe (1), le tribunal saisi doit :

a) d'une part, examiner si le sport qui aurait donné lieu à la violation est organisé sur une base internationale et, dans l'affirmative, si l'une ou plusieurs des restrictions ou conditions alléguées devraient de ce fait être acceptées au Canada;

b) d'autre part, tenir compte du fait qu'il est opportun de maintenir un équilibre raisonnable entre les équipes ou clubs appartenant à la même ligue.

**Application**

(3) Le présent article s'applique et l'article 45 ne s'applique pas aux accords et arrangements et aux dispositions des accords et arrangements conclus entre des équipes et clubs qui pratiquent le sport professionnel à titre de membres de la même ligue et entre les administrateurs, les dirigeants ou les employés de ces équipes et clubs, lorsque ces accords, arrangements et dispositions

to matters described in subsection (1) or to the granting and operation of franchises in the league, and section 45 applies and this section does not apply to all other agreements, arrangements and provisions thereof between or among those teams, clubs and persons.

[65] In response to the Motion to Strike, the plaintiff proposes to add, on this Motion to Amend, 148 specific clubs as defendants, and to allege several additional conspiracies, in his Amended Statement of Claim.<sup>2</sup>

[66] For example, at paragraph 47.19, it is alleged that “NHL, AHL & ECHL clubs have conspired among themselves to establish rules and admission contracts not to sign any CHL Canadian players aged 16 to 20 or have them play AHL or ECHL hockey”. In addition, it is alleged at paragraph 47.24 that “rules established by CHL clubs, CHL and their respective leagues, violate section 48(1)(b)”. Similarly, at paragraph 47.26, it is alleged that “WHL, OHL & QMJHL Clubs, under the CHL and Hockey Canada umbrella, have established unreasonable conditions, mainly to reduce or to erase any reasonable prospect of a CHL player signing a contract elsewhere or even exploring the opportunity of offering his skills and talents elsewhere”. To the extent that these passages of the Amended Statement of Claim are alleging agreements among clubs “as members of the same league”, those agreements are intra-league agreements that are within the potential scope of section 48.

[67] In their opposition to the plaintiff’s Motion to Amend, the Responding Defendants do not squarely address this aspect of the Amended Statement of Claim. Instead, they maintain that “[t]o the extent the plaintiff alleges a series of separate, parallel Section 48 conspiracies between entirely different actors with no unifying ‘collusion’ (which is not the theory of the plaintiff’s claim), these are not properly brought as a single action,

<sup>2</sup> The Statement of Claim refers to a single conspiracy at paragraphs 2, 13, 24 and 50(c). The Amended Statement of Claim now alleges the existence of many different conspiracies.

se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) ou à l’octroi et l’exploitation de franchises dans la ligue; toutefois, c’est l’article 45 et non le présent article qui s’applique à tous les autres accords, arrangements et dispositions d’accords ou d’arrangements conclus entre ces équipes, clubs et personnes.

[65] En réponse à la requête en radiation, le demandeur propose d’ajouter, dans la présente requête en modification, 148 clubs précis à titre de défendeurs et d’alléguer plusieurs complots supplémentaires dans sa déclaration modifiée<sup>2</sup>.

[66] Par exemple, au paragraphe 47.19, il est allégué que [TRADUCTION] « les clubs de la LNH, de l’AHL et de l’ECHL ont comploté entre eux pour établir des règles et des contrats d’adhésion dans le but de ne pas faire signer de contrat à des joueurs canadiens de la LCH âgés de 16 à 20 ans ou de ne pas leur permettre de jouer au hockey dans l’AHL ou l’ECHL ». De plus, il est allégué au paragraphe 47.24 que [TRADUCTION] « les règles établies par les clubs de la LCH, la LCH et leurs ligues respectives, contreviennent à l’alinéa 48(1)b ». De même, au paragraphe 47.26, il est affirmé que [TRADUCTION] « [l]es clubs de la WHL, de la LHO et de la LHJMQ, sous l’égide de la LCH et de Hockey Canada, ont établi des conditions déraisonnables, principalement pour réduire ou éliminer toute possibilité raisonnable qu’un joueur de la LCH signe un contrat ailleurs ou même envisage la possibilité d’offrir ses compétences et ses talents ailleurs ». Dans la mesure où ces passages de la déclaration modifiée allèguent des accords entre des clubs « à titre de membres de la même ligue », ces accords sont des accords conclus au sein d’une même ligue qui peuvent être visés par l’article 48.

[67] Dans leur opposition à la requête en modification du demandeur, les défendeurs intimés n’abordent pas directement cet aspect de la déclaration modifiée. Ils soutiennent plutôt que [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où le demandeur allègue une série de complots distincts et parallèles visés à l’article 48 entre des acteurs totalement différents sans “collusion” unificatrice (ce qui diffère de la théorie sous-jacente à l’allégation du demandeur), ces

<sup>2</sup> La déclaration fait référence à un seul complot aux paragraphes 2, 13, 24 et 50(c). La déclaration modifiée allègue maintenant l’existence de nombreux complots différents.

and would otherwise render this action completely unmanageable”.

[68] It is unnecessary to address that particular submission by the Responding Defendants, because it has not been alleged, nor is it apparent, that any of the alleged intra-league agreements “relate exclusively to the matters described in subsection (1)”, as set forth in subsection 48(3) (emphasis added). Indeed, the Amended Statement of Claim describes a range of other matters that are covered by the alleged agreements. These include the following:

- The alleged agreement between the NHL and the CHL apparently provides for several substantial payments by the NHL to the CHL and defendants, in exchange for “various activities including the enforcement of the restrictive rules alleged here to be illegal and unreasonable restraints of trade” (emphasis added): Amended Statement of Claim, at paragraph 3.1.
- That same agreement is also described as encompassing “the modalities of a partnership”: Amended Statement of Claim, at paragraph 47.2
- The SPAs that are required to be signed by players in the QMJHL, the OHL and the WHL provide for benefits that include the provision of hockey equipment, reimbursement for travel and “other expenditures”, as well as “scholarship funds”, if the player intends to go to a college or university after his major junior league career: Amended Statement of Claim, at paragraph 28.4.
- The alleged agreements among and between NHL, AHL, ECHL and CHL clubs include provisions relating to the provision of financial support and financial compensation from the NHL, the AHL and the ECHL to CHL Clubs, for the “development” of hockey players: Amended Statement of Claim, at paragraph 47.5.

complots ne sont pas dûment intégrés dans une action unique et rendraient autrement une telle action tout à fait impossible à gérer ».

[68] Il n’est pas nécessaire d’aborder cette observation précise des défendeurs intimés, parce qu’il n’a pas été allégué et qu’il n’est pas non plus évident que l’un ou l’autre des accords allégués conclus au sein d’une même ligue « se rapporte exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) », comme le prévoit le paragraphe 48(3) (non souligné dans l’original). En effet, la déclaration modifiée décrit une série d’autres questions soulevées dans les accords allégués, notamment :

- L’accord allégué entre la LNH et la LCH prévoit apparemment plusieurs paiements substantiels de la LNH à la LCH et aux défendeurs en échange de [TRADUCTION] « diverses activités, y compris l’application des règles restrictives, qui, selon les présentes, constituent des restrictions illégales et déraisonnables au commerce » (non souligné dans l’original) (déclaration modifiée, au paragraphe 3.1).
- Ce même accord est également décrit comme affichant [TRADUCTION] « les modalités d’un partenariat » (déclaration modifiée, au paragraphe 47.2).
- Les CSJ que les joueurs de la LHJMQ, de la LHO et de la WHL doivent signer prévoient des avantages qui comprennent la fourniture d’équipement de hockey, le remboursement des frais de déplacement et [TRADUCTION] « d’autres dépenses », ainsi que des [TRADUCTION] « bourses d’études » si le joueur a l’intention de fréquenter un collège ou une université après sa carrière dans la ligue de hockey junior majeur (déclaration modifiée, au paragraphe 28.4).
- Les accords allégués entre la LNH, l’AHL, l’ECHL et la LCH comprennent des dispositions relatives à la prestation d’un soutien financier et d’une indemnisation financière de la LNH, de l’AHL et de l’ECHL aux clubs de la LCH pour le [TRADUCTION] « développement » des joueurs de hockey (déclaration modifiée, au paragraphe 47.5).

[69] In addition to the foregoing, Class proceedings that have been brought by Mr. Mohr and others in other courts reveal that the challenged SPAs cover a broad range of other matters. These include the following:

- “Special player benefits”: *Berg v. Canadian Hockey League*, 2017 ONSC 2608 (*Berg I*), at paragraph 52.
- Numerous obligations of the players and consequences for non-performance of those obligations: *Berg I*, above, at paragraph 53; *Walter c. Quebec Major Junior Hockey League Inc.*, 2019 QCCS 2334 (*Walter – Québec I*), at paragraph 13.
- Various terms pertaining to the trading of players to another team: *Berg I*, above, at paragraph 54.

[70] Having regard to the foregoing, it is plain and obvious that the Amended Statement of Claim does not identify agreements that “relate exclusively to the matters described in subsection (1)” and that are “between or among teams and clubs engaged in professional sport as members of the same league [or] between or among directors, officers or employees of those teams and clubs”. Stated differently, it is plain and obvious that the Amended Statement of Claim does not disclose a reasonable cause of action under section 48 of the Act.

[71] The plaintiff maintains that subsection 48(3) does not limit the purview of subsection 48(1) to intra-league conspiracies, as asserted by the Responding Defendants. Instead, the plaintiff asserts that subsection 48(3) simply removes those types of conspiracies from the application of section 45. The plaintiff adds that what has not been removed from section 45, namely conspiracies that are not confined to teams within a single league, remains within the purview of subsection 48(1). The plaintiff underscores that this is clear from the use of the term “every one” and the remaining language in subsection 48(1), which is not restricted to intra-league agreements. Pursuant to that interpretation, anyone who agrees to do the types of things described therein is guilty of a criminal offence, regardless of whether the

[69] En plus de ce qui précède, les recours collectifs intentés par M. Mohr et d’autres personnes devant d’autres tribunaux révèlent que les CSJ contestés couvrent un large éventail d’autres questions, notamment :

- [TRADUCTION] « Avantages spéciaux des joueurs » : *Berg v. Canadian Hockey League*, 2017 ONSC 2608 (*Berg I*), au paragraphe 52.
- [TRADUCTION] « Nombreuses obligations des joueurs et conséquences en cas de non-respect de telles obligations » : *Berg I*, précité, au paragraphe 53; *Walter c. Quebec Major Hockey League Inc.*, 2019 QCCS 2334 (*Walter – Québec I*), au paragraphe 13.
- Diverses modalités se rapportant à l’échange de joueurs avec une autre équipe : *Berg I*, précité, au paragraphe 54).

[70] Compte tenu de ce qui précède, il est évident et manifeste que la déclaration modifiée ne mentionne pas des accords qui « se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) » et qui sont « conclus entre des équipes et clubs qui pratiquent le sport professionnel à titre de membres de la même ligue [ou] entre les administrateurs, les dirigeants ou les employés de ces équipes et clubs ». Autrement dit, il est évident et manifeste que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d’action valable au titre de l’article 48 de la Loi.

[71] Le demandeur soutient que le paragraphe 48(3) ne limite pas la portée du paragraphe 48(1) aux complots conclus au sein d’une même ligue, comme l’affirment les défendeurs intimés. Il fait plutôt valoir que le paragraphe 48(3) retire simplement ces types de complots de l’application de l’article 45, ajoutant que les éléments qui n’ont pas été supprimés de l’article 45, à savoir les complots qui ne se limitent pas aux équipes d’une seule ligue, demeurent visés au paragraphe 48(1). Il souligne qu’une telle interprétation ressort clairement de l’utilisation du terme « quiconque » et du reste du libellé du paragraphe 48(1), qui ne se limite pas aux accords conclus au sein d’une même ligue. Selon cette interprétation, quiconque accepte de faire le genre de choses décrites dans cette disposition est coupable d’une infraction

agreement is of a type described in subsection 48(3). The plaintiff insists that if Parliament had wanted to limit the application of section 48 to clubs or their “operatives” operating within the same league, it would not have used the words “every one” in subsection 48(1). In the plaintiff’s view, interpreting section 48 in the manner advocated by the Responding Defendants would give rise to “an inexplicable exemption” from the Act, for a broad range of conspiracies among professional sports leagues or their operatives.

[72] I acknowledge that the language in subsection 48(3) is capable of being interpreted in the manner advanced by the Responding Defendants as well as in the manner asserted by the plaintiff. However, for the following reasons, I agree with the interpretation advanced by the Responding Defendants.

[73] To begin, the interpretation advanced by the Responding Defendants fits more comfortably with the overall scheme of section 48, because paragraph 48(2)(b) requires a consideration of “the desirability of maintaining a reasonable balance among the teams or clubs participating in the same league.” In other words, the purview of paragraph 48(2)(b) is co-extensive with the purview of subsection 48(1) as interpreted by the Responding Defendants. By contrast, the interpretation advanced by the plaintiff would result in a situation in which the purview of paragraph 48(2)(b) would be much narrower than the purview of subsection 48(1).

[74] In addition, the interpretation advanced by the plaintiff would result in an absurd and arbitrary outcome. In brief, some agreements and arrangements relating to professional sport would be subject to the much more severe sanctions in section 45, while others, including those with potentially more severe adverse impacts on competition, would be exposed solely to the lesser sanctions in section 48. Specifically, certain agreements between the teams and clubs (namely, those that do not relate exclusively to the matters described in subsection 48(3)) would be subject to section 45. However, pursuant to the principle of statutory construction *generalia specialibus non derogant*, whereby specific provisions prevail over general provisions, inter-league and other conspiracies involving professional sport that

criminelle, peu importe que l’accord soit d’un type visé au paragraphe 48(3) ou non. Le demandeur insiste sur le fait que, si le législateur avait voulu limiter l’application de l’article 48 aux clubs ou à leurs [TRADUCTION] « exploitants » qui relèvent d’une même ligue, il n’aurait pas utilisé le mot « quiconque » au paragraphe 48(1). Selon lui, l’interprétation de l’article 48 préconisée par les défendeurs donnerait lieu à une [TRADUCTION] « exemption inexplicable » de la Loi pour un large éventail de complots entre ligues de sport professionnel ou leurs exploitants.

[72] J’admets que le libellé du paragraphe 48(3) peut être interprété de la manière proposée par les défendeurs et de celle proposée par le demandeur. Cependant, pour les motifs qui suivent, je souscris à l’interprétation proposée par les défendeurs intimés.

[73] Pour commencer, l’interprétation préconisée par les défendeurs intimés cadre mieux avec l’économie générale de l’article 48, car l’alinéa 48(2)(b) exige de tenir compte « du fait qu’il est opportun de maintenir un équilibre raisonnable entre les équipes ou clubs appartenant à la même ligue ». En d’autres termes, le champ d’application de l’alinéa 48(2)(b) coexiste avec celui du paragraphe 48(1) selon l’interprétation proposée par les défendeurs intimés. En revanche, l’interprétation proposée par le demandeur donnerait lieu à une situation où le champ d’application de l’alinéa 48(2)(b) serait beaucoup plus restreint que celui du paragraphe 48(1).

[74] De plus, l’interprétation proposée par le demandeur entraînerait une issue absurde et arbitraire. En bref, certains accords et arrangements relatifs au sport professionnel seraient assujettis aux sanctions beaucoup plus sévères prévues à l’article 45, tandis que d’autres, y compris ceux qui pourraient avoir des répercussions négatives plus graves sur la concurrence, s’exposeraient uniquement aux sanctions moins sévères prévues à l’article 48. Plus précisément, certains accords entre les équipes et les clubs — à savoir ceux qui ne se rapportent pas exclusivement à des sujets visés au paragraphe 48(3) — seraient visés à l’article 45. Cependant, conformément au principe de l’interprétation des lois *generalia specialibus non derogant*, selon lequel les dispositions particulières l’emportent sur les dispositions

the plaintiff asserts are within the purview of subsection 48(1) would not be subject to section 45: *Perron-Malenfant v. Malenfant (Trustee of)*, [1999] 3 S.C.R. 375, (1999), 177 D.L.R. (4th) 257, at paragraph 42. In my view, this would be absurd and arbitrary.

[75] An interpretation that does not produce this result, that fits more comfortably with the statutory scheme and that is more consistent with the legislative history is to be preferred: *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 65; *Rizzo*, above, at paragraph 21.

[76] The legislative history supports the narrower interpretation of section 48 advanced by the Responding Defendants. That provision came into force in 1976 as section 32.3 of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1970, c. C-23], in the same form as it exists today: Bill C-2, *An Act to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and to repeal an Act to amend an Act to amend the Combines Investigation Act and the Criminal Code*, 1st Sess., 30th Parl., 1974, clause 15 (proclaimed in force, January 1, 1976). It was part of a package of amendments that were passed as part of Bill C-2, when the *Combines Investigation Act* was extended to apply to services.

[77] A document issued by the Department of Consumer and Corporate Affairs described the purpose of section 48 as follows:

The Bill brings professional and amateur sports within the ambit of the Combines Investigation Act in the same way as other services, with the exception of specified arrangements among member clubs of the same sporting league. The latter arrangements are exempted from section 32 [now section 45] relating to conspiracy but are subject to special prohibitions [which] take account of particular relationships among the clubs of a league. [Emphasis added.]

Canada. Consumer and Corporate Affairs. *Proposals for a New Competition Policy for Canada*, Ottawa:

générales, les complots faisant intervenir plus d'une ligue et les autres types de complots concernant un sport professionnel qui, selon le demandeur, sont visés au paragraphe 48(1), ne seraient pas visés à l'article 45 : *Perron-Malenfant c. Malenfant (Syndic de)*, [1999] 3 R.C.S. 375, au paragraphe 42. Selon moi, une telle situation serait absurde et arbitraire.

[75] Il faut privilégier une interprétation qui ne donne pas un tel résultat, qui cadre mieux avec le régime législatif et qui est plus conforme à l'historique législatif : *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, au paragraphe 65; *Rizzo*, précité, au paragraphe 21.

[76] L'historique législatif appuie l'interprétation plus étroite de l'article 48 proposée par les défendeurs intimés. Cette disposition est entrée en vigueur en 1976 à l'article 32.3 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23], et elle était identique à sa version actuelle (projet de loi C-2, *Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et abrogeant la Loi ayant pour objet la modification de la Loi modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et le Code criminel*, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> lég., 1974, clause 15, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1976). Elle faisait partie d'une série de modifications adoptées dans le cadre du projet de loi C-2, lorsque la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été étendue aux services.

[77] Un document publié par le ministère de la Consommation et des Corporations décrit l'objet de l'article 48 comme suit :

Le projet de loi étend la portée de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions au sport amateur et professionnel et met celui-ci sur le même pied que les autres services, sauf pour certains arrangements particuliers entre clubs qui sont membres de la même ligue. Ces arrangements sont soustraits à l'application de l'article 32 [maintenant l'article 45] relatif au complot, mais ils sont soumis à des interdictions spéciales qui tiennent compte des rapports propres entre clubs d'une ligue. [Non souligné dans l'original.]

Canada. Consommation et Corporations, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le*



Consumer and Corporate Affairs, November 1973, at page 49.

[78] Unfortunately, the “clause-by-clause” analysis provided later in that document does not shed any further light on Parliament’s intent in enacting what is now section 48.

[79] However, the record of the Standing Committee Senate Committee on Banking, Trade and Commerce confirms the intra-league focus of section 48. This is apparent from the following passages:

.... The provision in section [45] is against agreements or arrangements to lessen competition or restrict or injure trade or commerce. The provision would apply with full rigor against those arrangements which are common in professional sports. This is why we have drafted section [48] as an exempting provision. It recognizes the international nature of professional sports and the need to maintain a reasonable balance among teams. The section, therefore, moderates the rigor with which the conspiracy provisions would otherwise apply in this field....

.... The only thing that this legislation does through section [48] is to make sure that we are not, through the *Combines Investigation Act*, preventing professional sports taking place in Canada. Everyone would object to it if, because the *Combines Investigation Act* includes services in Canada it would no longer be possible to assemble a group of players into a team playing in a league and make arrangements and regulations for the playing of hockey, football or other sports. Therefore, section [48] allows for some agreements or arrangements to take place to permit professional leagues to exist, and that is all it does. [Emphasis added.]

Proceedings of the Standing Senate Committee in Banking, Trade and Commerce, *Evidence*, 30th Parl., 1st Sess., Issue No. 61 (19 November 1975), at pages 18–19 (Hon. André Ouellet, Minister of Consumer and Corporate Affairs).

[80] I will observe in passing that if Parliament had intended to extend the above-described benefit of section 48 to inter-league agreements, it would have done so, in much the same way as it did in subsection 6(1) of the Act. That provision states: “This Act does not apply in respect of agreements or arrangements between or

*Canada*, Ottawa : Consommation et Corporations, novembre 1973, à la page 45.

[78] Malheureusement, l’analyse « article par article » fournie plus loin dans le document en question ne permet pas de mieux comprendre l’intention du législateur lors de l’adoption de ce qui est maintenant l’article 48.

[79] Cependant, les archives du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce confirment que l’article 48 vise les activités au sein d’une même ligue, ce qui ressort clairement des passages suivants :

[...] La disposition de l’article [45] interdit les accords ou les arrangements en vue de réduire la compétition, ou de restreindre ou porter préjudice au commerce. Les dispositions s’appliqueraient rigoureusement en vue d’interdire les arrangements qui sont communs dans les sports professionnels. Pour cette raison nous avons rédigé l’article [48] comme disposition d’exemption. Il reconnaît le caractère international des sports professionnels et la nécessité de maintenir un équilibre raisonnable entre les équipes. Par conséquent, cet article modère la rigueur avec laquelle les dispositions en matière de complot s’appliqueraient autrement dans ce domaine [...]

[...] L’article [48] ne vise qu’à assurer que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* n’empêche pas l’essor du sport professionnel au Canada. Sans cela, il y aurait un tollé de protestations, parce que cette Loi inclut des services au Canada et que les équipes de Montréal ou de Toronto ne pourraient plus réunir un groupe de joueurs, prendre des arrangements et adopter des règlements touchant le hockey, le football ou tout autre sport. Voilà pourquoi l’article [48] autorise des ententes ou des arrangements pouvant permettre aux ligues professionnelles d’exister, c’est tout. [Non souligné dans l’original.]

Délibérations du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, *Témoignages*, 30<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n° 61, 19 novembre 1975, aux pages 18–19 (L’hon. André Ouellet, ministre de la Consommation et des Corporations).

[80] Je souligne au passage que, si le législateur avait eu l’intention d’étendre l’avantage de l’article 48 décrit ci-dessus aux accords faisant intervenir plus d’une ligue, il l’aurait fait, tout comme il l’a fait au paragraphe 6(1) de la Loi, qui est ainsi libellé : « La présente loi ne s’applique pas aux accords ou arrangements conclus entre

among teams, clubs and leagues pertaining to participation in amateur sport.” (The Responding Defendants stated that they are not relying on this provision in this Motion, but intend to rely on it “to resist certification” and, if necessary, any subsequent stage of this proceeding.)

[81] Notwithstanding the foregoing, the plaintiff maintains that the limited jurisprudence under section 48 supports his interpretation of that provision. I disagree.

[82] The two cases relied upon in this regard are *Goulet c. National Hockey League et autres*, [1980] R.P.Q. 122, AZ-80122012 (Sup. Ct.) (*Goulet*) and *Reed v. Canadian Football League* (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 347, [1988] A.J. No. 1236 (QL) (Q.B.) (*Reed*).

[83] *Goulet* concerned a motion for an interlocutory injunction involving a pending NHL draft. In the course of rejecting the motion, the court simply concluded that it had not been established that the impugned rules had any of the effects described in subsection 48(1). To the contrary, the Court was satisfied that [TRANSLATION] “the member clubs of the NHL had only one objective, namely, to maintain a reasonable balance among the teams through the same type of process common in other North American professional sport leagues: a draft”: *Goulet*, above, at pages 143–144. This case does not support the plaintiff’s position that section 48 applies to inter-league and other conspiracies that are not described in subsection 48(3). That specific matter was not addressed by the court.

[84] *Reed* also involved a motion for an injunction, although the remedy sought was to restrain the defendants from enforcing an amendment to the Canadian Football League’s by-laws. The Court concluded that a serious issue had been raised in respect of whether section 48 had been violated “by limiting unreasonably the opportunity of [the plaintiff] to participate as a player or competitor in a professional sport by imposing unreasonable terms or conditions upon him and limiting his opportunity to

équipes, clubs et ligues dans le domaine de la participation au sport amateur ». (Les défendeurs intimés ont déclaré qu’ils ne s’appuient pas sur cette disposition dans la présente requête, mais qu’ils ont l’intention de l’invoquer [TRANSLATION] « pour s’opposer à la certification » et, au besoin, à toute étape subséquente de la présente instance.)

[81] Malgré ce qui précède, le demandeur soutient que la jurisprudence limitée associée à l’article 48 appuie son interprétation de cette disposition. Je ne suis pas d’accord.

[82] Les deux décisions invoquées à cet égard sont les arrêts *Goulet c. National Hockey League et autres*, [1980] R.P.Q. 122, AZ-80122012 (C. sup.) (*Goulet*) et *Reed v. Canadian Football League* (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 347, [1988] A.J. n° 1236 (QL) (Q.B.) (*Reed*).

[83] La décision *Goulet* concernait une requête en injonction interlocutoire portant sur un repêchage de la LNH à venir. Au moment de rejeter la requête, le tribunal a simplement conclu qu’il n’avait pas été établi que les règles contestées avaient l’un ou l’autre des effets mentionnés au paragraphe 48(1). Au contraire, le tribunal était convaincu que « les clubs membres de la N.H.L., [n’avaient] qu’un seul but, à savoir : le maintien d’un équilibre raisonnable entre les équipes au moyen d’un processus commun aux ligues professionnelles sportives opérant en Amérique du Nord : le repêchage. » (*Goulet*, précité, aux pages 143–144). La décision en question n’appuie pas la position du demandeur selon laquelle l’article 48 s’applique aux complots faisant intervenir plus d’une ligue et aux autres complots qui ne sont pas visés au paragraphe 48(3). Le tribunal n’a pas abordé cette question précise.

[84] L’arrêt *Reed* portait également sur une requête en injonction, mais la réparation demandée visait à empêcher les défendeurs d’appliquer une modification au règlement administratif de la Ligue canadienne de football. La Cour a conclu qu’une question sérieuse avait été soulevée quant à savoir si l’article 48 avait été enfreint [TRANSLATION] « par la limitation, de façon déraisonnable, de la possibilité pour [le demandeur] de participer à titre de joueur ou de compétiteur dans un sport professionnel en

negotiate to play for a team or club of his choice in the C.F.L., a professional football league”: *Reed*, above, at paragraph 23. The Court did not add anything that might support the interpretation of section 48 being advanced by the plaintiff. It simply noted that the issues raised by the plaintiff did not “appear to be frivolous or vexatious”: *Reed*, above, at paragraph 35.

[85] In summary, I am satisfied that it is plain and obvious that a reasonable cause of action has not been pleaded in respect of section 48 in the proposed Amended Statement of Claim. This is because it has not been alleged, nor is it apparent, that any of the alleged intra-league agreements “relate exclusively to the matters described in subsection (1)”, as set forth in subsection 48(3). For the reasons that I have provided, I consider that the interpretation of subsections 48(1) and (3) asserted by the plaintiff is not supported by the ordinary meaning of the words in subsection 48(3), the scheme of section 48 as a whole, or the legislative history of that provision. Instead, those words, that scheme and the legislative history are all more consistent with the narrower interpretation advanced by the Responding Defendants, who maintain that the purview of subsection 48(1) is limited to the intra-league agreements described in subsection 48(3). To the extent that there is any ambiguity in section 48, which is a penal provision, the Responding Defendants are entitled to the benefit of their narrower interpretation: see paragraph 47 above.

[86] I will simply add in passing that I do not accept the plaintiff’s suggestion that the interpretation of section 48 described immediately above would give necessarily rise to “an inexplicable exemption” from the Act for a broad range of conspiracies among professional sports leagues or their “operatives”. To the extent that an impugned agreement was “between persons two or more of whom are competitors”, within the meaning of subsection 90.1, it would be potentially subject to that provision. If no competitors were parties to the agreement, then the agreement would be no different from any other agreement among non-competitors, in the sense

lui imposant des modalités ou des conditions déraisonnables et en limitant sa possibilité de négocier en vue de jouer avec une équipe ou un club de son choix au sein de la LCF, une ligue de football professionnelle » (*Reed*, précité, au paragraphe 23). Le tribunal n’a rien ajouté qui pourrait appuyer l’interprétation de l’article 48 proposée par le demandeur. Il a simplement souligné que les questions soulevées par le demandeur ne [TRADUCTION] « semblaient ni frivoles ni vexatoires » (*Reed*, précité, au paragraphe 35).

[85] En résumé, je suis convaincu qu’il est évident et manifeste que la déclaration modifiée proposée ne révèle aucune cause d’action valable au titre de l’article 48. En effet, il n’a pas été allégué et il n’est pas non plus évident que l’un ou l’autre des accords allégués conclus au sein d’une même ligue « se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) », comme le prévoit le paragraphe 48(3). Pour les motifs que j’ai exposés, j’estime que l’interprétation des paragraphes 48(1) et 48(3) proposée par le demandeur n’est pas appuyée par le sens ordinaire des termes du paragraphe 48(3), par l’économie de l’article 48 dans son ensemble ou par l’historique législatif de cette disposition. Au contraire, ces termes et cette économie et l’historique législatif concordent tous davantage avec l’interprétation plus étroite préconisée par les défendeurs intimés, qui soutiennent que la portée du paragraphe 48(1) se limite aux accords conclus au sein d’une même ligue, comme le décrit au paragraphe 48(3). Dans la mesure où l’article 48, une disposition pénale, est ambigu, l’interprétation plus étroite des défendeurs intimés doit l’emporter (voir le paragraphe 47 ci-dessus).

[86] J’ajoute en passant que je ne souscris pas à l’affirmation du demandeur selon laquelle l’interprétation de l’article 48 décrite immédiatement ci-dessus donnerait nécessairement lieu à une [TRADUCTION] « exemption inexplicable » de la Loi dont bénéficieraient un large éventail de complots entre les ligues de sport professionnel ou leurs « exploitants ». Dans la mesure où un accord contesté est conclu « entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents » au sens de l’article 90.1, il pourrait être assujéti à cette disposition. Si aucun compétiteur n’était partie à l’accord, celui-ci ne serait pas différent de tout autre accord entre non-concurrents, dans

that it would not be subject to either section 45 or section 90.1 of the Act.

(iv) Other claims are not within the scope of section 36

[87] The Statement of Claim in this proceeding seeks remedies under paragraph 36(1)(a) of the Act. That provision provides as follows:

**Recovery of damages**

**36 (1)** Any person who has suffered loss or damage as a result of

(a) conduct that is contrary to any provision of Part VI, or

(b) the failure of any person to comply with an order of the Tribunal or another court under this Act,

may, in any court of competent jurisdiction, sue for and recover from the person who engaged in the conduct or failed to comply with the order an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by him, together with any additional amount that the court may allow not exceeding the full cost to him of any investigation in connection with the matter and of proceedings under this section.

[88] As is apparent from the text of this provision, it permits the recovery of *loss or damages* suffered as a result of (a) conduct that is contrary to any of the provisions in Part VI [sections 45–62] of the Act (which establishes various criminal offences), or (b) the failure of any person to comply with an order of the Competition Tribunal or another court under the Act. The costs associated with investigating the matter and then bringing proceedings under paragraph 36(1)(a) may also be recovered. There is no mention of injunctive remedies or remedies under the common law doctrine of unlawful restraint of trade.

[89] No allegation has been made in either the Statement of Claim or the Amended Statement of Claim in relation to the failure of any person to comply with an order of the Competition Tribunal or another court under

la mesure où il ne serait assujéti ni à l'article 45 ni à l'article 90.1 de la Loi.

(iv) Les autres allégations ne sont pas visées à l'article 36

[87] Dans la présente instance, la déclaration vise l'obtention d'une réparation au titre de l'alinéa 36(1)a) de la Loi. Cette disposition est ainsi libellée :

**Recouvrement de dommages-intérêts**

**36 (1)** Toute personne qui a subi une perte ou des dommages par suite :

a) soit d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI;

b) soit du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal ou un autre tribunal en vertu de la présente loi,

peut, devant tout tribunal compétent, réclamer et recouvrer de la personne qui a eu un tel comportement ou n'a pas obtempéré à l'ordonnance une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'elle est reconnue avoir subis, ainsi que toute somme supplémentaire que le tribunal peut fixer et qui n'excède pas le coût total, pour elle, de toute enquête relativement à l'affaire et des procédures engagées en vertu du présent article.

[88] Comme l'indique clairement son libellé, cette disposition permet le recouvrement d'une perte ou des dommages subis en raison : a) d'un comportement allant à l'encontre d'une disposition de la partie VI [art. 45 à 62] de la Loi (qui établit diverses infractions criminelles); ou b) du défaut d'une personne d'obtempérer à une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence ou un autre tribunal en vertu de la Loi. Les coûts liés à l'enquête et aux procédures intentées au titre de l'alinéa 36(1)a) peuvent également être recouverts. Il n'y a aucune mention de mesures injonctives ou de recours en vertu du principe de common law de la restriction illicite au commerce.

[89] Aucune allégation n'a été formulée dans la déclaration ou dans la déclaration modifiée relativement au défaut d'une personne de se conformer à une ordonnance du Tribunal de la concurrence ou d'un autre

the Act. Accordingly, any potential recovery available to the plaintiff is limited to loss or damage suffered as a result of conduct contemplated by Part VI of the Act, as well as costs incurred in connection with the investigation of the matter and of court proceedings. The only such conduct alleged by the plaintiff is with respect to sections 45 and 48 of the Act, discussed above.

[90] Notwithstanding the foregoing, the Amended Statement of Claim “pursues remedies justified by” sections 78, 79 and 90.1 of the Act. Such remedies are not available to the plaintiff under paragraph 36(1)(a). I note in passing that the plaintiff appeared to recognize this in his reply submissions, when he observed that the “references to sections 79 and 90.1 are made in order to convey the seriousness of those alleged offences and their consequences”.<sup>3</sup>

[91] Likewise, the allegations made in respect of “illegal and unreasonable” restraints of trade, and the determinations sought from the Court in relation thereto, are beyond the scope of section 36.

(b) *Does the Amended Statement of Claim constitute an abuse of the Court’s process?*

[92] The Responding Defendants assert that the Amended Statement of Claim constitutes an abuse of this Court’s process because it seeks to add conspiracy claims related to hockey players’ wages that are currently being litigated in three class actions before Superior Courts in Ontario, Quebec and Alberta, respectively. I agree.

[93] The plaintiff is a class member in each those three class proceedings: *Berg v. Canadian Hockey League*, 2020 ONSC 6389 (*Berg 2020*), at paragraph 31.

[94] Those three proceedings are closely interrelated and make common claims with respect to conspiracy in relation to wages, overtime pay: *Berg 2020*, above,

<sup>3</sup> As for section 78, it simply lists factors to be considered in assessing the element of “anticompetitive act”, for the purposes of section 79.

tribunal en vertu de la Loi. Par conséquent, tout recours éventuel dont dispose le demandeur se limite aux pertes ou aux dommages subis en raison du comportement visé à la partie VI de la Loi, ainsi qu’aux coûts engagés dans le cadre de l’enquête sur l’affaire et des procédures judiciaires. Le seul comportement de ce genre allégué par le demandeur concerne les articles 45 et 48 de la Loi, dont il a été question plus haut.

[90] Malgré ce qui précède, la déclaration modifiée [TRADUCTION] « demande des réparations justifiées par » les articles 78, 79 et 90.1 de la Loi. Le demandeur ne peut pas demander de telles réparations aux termes de l’alinéa 36(1)a). Je tiens à souligner que le demandeur a semblé reconnaître cet état de fait dans ses observations présentées en réplique, lorsqu’il a mentionné que [TRADUCTION] « les renvois aux articles 79 et 90.1 visent à souligner la gravité de ces infractions alléguées et de leurs conséquences<sup>3</sup> ».

[91] De même, les allégations concernant les restrictions [TRADUCTION] « illégales et déraisonnables » au commerce et les décisions qu’on demande à la Cour de rendre à cet égard dépassent la portée de l’article 36.

b) *La déclaration modifiée constitue-t-elle un abus de procédure?*

[92] Les défendeurs intimés affirment que la déclaration modifiée constitue un abus de procédure parce qu’elle vise à ajouter des allégations de complot liées au salaire des joueurs de hockey qui font actuellement l’objet de trois recours collectifs devant les cours supérieures de l’Ontario, du Québec et de l’Alberta, respectivement. Je suis du même avis.

[93] Le demandeur est un membre du groupe dans le cadre de chacun de ces trois recours collectifs : *Berg v. Canadian Hockey League*, 2020 ONSC 6389 (*Berg 2020*), au paragraphe 31.

[94] Ces trois instances sont étroitement liées et y sont formulées des allégations communes relativement à un complot touchant les salaires et la rémunération des

<sup>3</sup> Quant à l’article 78, il énumère simplement les facteurs à prendre en considération pour évaluer la composante de « l’agissement anticoncurrentiel » en vue de l’application de l’article 79.

at paragraphs 1 and 17; *Walter c. Ligue de hockey junior majeur du Québec inc.*, 2020 QCCS 3724 (*Walter – Québec II*), at paragraph 4.

(i) The Ontario proceeding

[95] Among other things, the Amended Second Consolidated Fresh Statement of Claim (ASCFSC) in the Ontario action seeks a declaration that OHL clubs, the OHL and the CHL “conspired together and with each other to violate applicable employment standards legislation and to compel the Players to enter into the SPA knowing that the SPA constituted an unlawful agreement in violation of Applicable Employment Standards Legislation”: ASCFSC, paragraph 2(i).

[96] In support of this request and a related claim for damages, the plaintiffs make numerous allegations, including that representatives of OHL clubs, the OHL and the CHL “jointly decided to change the terms and conditions of the SPA to classify the Players in all three leagues as participants in a development training program and to characterize the remuneration paid to Players in all three leagues as a reimbursement for expenses”: ASCFSC, paragraph 98. It is further claimed that the “acts in furtherance of the conspiracy caused injury and loss to the plaintiffs and other Class Members in that the Players’ statutory protected right to fair wages were (*sic*) breached and they did not receive minimum wages, vacation pay, holiday pay or overtime pay that was owed to them”: ASCFSC, paragraph 103.

[97] In addition to claims made in respect of wages, allegations were made with respect to mobility restrictions and the use of players’ images for profit: ASCFSC, paragraph 58.

[98] Although the conspiracy claim was not certified at trial, that aspect of the ruling at first instance was reversed, thereby permitting the conspiracy claim to move forward: *Berg v. Canadian Hockey League*,

heures supplémentaires : *Berg 2020*, précité, aux paragraphes 1 et 17; *Walter c. Ligue de hockey junior majeure du Québec inc.*, 2020 QCCS 3724 (*Walter – Québec II*), au paragraphe 4.

(i) L’instance en Ontario

[95] La deuxième nouvelle déclaration commune modifiée (la DNDCM) dans la procédure ontarienne vise entre autres à obtenir un jugement déclarant que les clubs de la LHO, la LHO et la LCH [TRADUCTION] « ont comploté ensemble et les uns avec les autres en vue de contrevenir aux lois applicables en matière de normes d’emploi et de contraindre les participants à conclure des CSJ, sachant que ceux-ci constituaient un accord illégal en violation de la législation sur les normes d’emploi » (DNDCM, paragraphe 2i)).

[96] À l’appui de cette demande et d’une demande de dommages-intérêts connexe, les demandeurs formulent de nombreuses allégations, y compris l’allégation selon laquelle des représentants de clubs de la LHO, de la LHO et de la LCH : [TRADUCTION] « ont décidé conjointement de modifier les conditions des CSJ afin de classer les joueurs des trois ligues comme des participants à un programme de développement et de décrire la rémunération versée aux joueurs des trois ligues comme un remboursement de dépenses » (DNDCM, paragraphe 98). Il est également allégué que [TRADUCTION] « les actes posés dans le cadre du complot ont causé des préjudices et des pertes aux demandeurs et aux autres membres du groupe, dans la mesure où les joueurs ont vu leur droit à un juste salaire garanti par la loi violé et n’ont pas reçu le salaire minimum, les indemnités de congé, la paie des jours fériés ni la rémunération des heures supplémentaires qui leur étaient dus » (DNDCM, paragraphe 103).

[97] En plus des allégations concernant le salaire, des allégations ont été formulées au sujet des restrictions à la mobilité et de l’utilisation de l’image des joueurs à des fins lucratives (DNDCM, paragraphe 58).

[98] L’allégation de complot n’a pas été certifiée au procès, mais cet aspect de la décision en première instance a été infirmé, ce qui a permis à l’allégation de complot d’aller de l’avant (*Berg v. Canadian Hockey*

2017 ONSC 2608, at paragraph 247; revd, *Berg v. Canadian Hockey League*, 2019 ONSC 2106 (Div. Ct.), at paragraphs 53–54 and 62.

(ii) The Alberta proceeding

[99] As with the claim in Ontario, the Fresh As Amended Statement of Claim (FAASC) filed in the Court of Queen’s Bench of Alberta seeks damages for back wages and overtime pay under provincial legislation as well as under the tort of civil conspiracy. It also seeks a related declaration. The acts in furtherance of the alleged conspiracy between each club within the WHL, the WHL and the CHL are claimed to include “setting the Player wages for all Clubs at a uniform, industry-wide fixed rate well below the minimum wage legislation, and, after 2013, by refusing to pay the players any wages; [and] demanding or requiring that all Players sign an SPA which provides for fixed wages well below minimum wage legislation or no wages”: FAASC, paragraph 107.

[100] It is further alleged that, as a result of the alleged conspiracy, class members “did not receive minimum wages, vacation pay, holiday pay or overtime pay that was owed to them”. In addition, it is alleged the defendants used players’ images for their own profit: FAASC, paragraph 37(g).

[101] As in the Ontario proceeding, the conspiracy allegation was certified as a common issue and remains live: *Walter v. Western Hockey League*, 2017 ABQB 382, 62 Alta. L.R. (6th) 85, at paragraphs 21, 46, 59(16), 93 and 99.

(iii) The Quebec proceeding

[102] In much the same way as in the Ontario and Alberta proceedings discussed above, the claim filed before the Superior Court of Quebec alleges that the defendants, in this case the QMJHL and its constituent clubs,

*League*, 2017 ONSC 2608, au paragraphe 247; inf. par *Berg v. Canadian Hockey League*, 2019 ONSC 2106 (C. div.), aux paragraphes 53–54 et 62.

(ii) L’instance en Alberta

[99] Comme dans le cas de la déclaration déposée en Ontario, la nouvelle déclaration modifiée (la NDM) déposée à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta demande des dommages-intérêts pour des arrérages de salaire et des heures supplémentaires au titre des lois provinciales et aussi au titre du délit de complot civil. Elle sollicite également le prononcé d’un jugement déclaratoire connexe. Il est affirmé que les actes suivants ont notamment été commis dans le cadre du complot allégué entre chaque club au sein de la WHL, la WHL et la LCH : [TRADUCTION] « établir le salaire des joueurs de tous les clubs à un taux uniforme et fixe à l’ensemble du secteur qui est bien en deçà des exigences législatives en matière de salaire minimum et, après 2013, refuser de verser aux joueurs un quelconque salaire; [et] demander ou exiger que tous les joueurs signent un CSJ qui prévoit un salaire fixe bien en deçà des exigences législatives en matière de salaire minimum ou l’absence de toute rémunération » (NDM, paragraphe 107).

[100] Il est également allégué que, en raison du complot allégué, les membres du groupe [TRADUCTION] « n’ont pas reçu le salaire minimum, les indemnités de congé, la paie des jours fériés, ni la rémunération des heures supplémentaires auxquels ils avaient droit ». De plus, il est allégué que les défendeurs ont utilisé l’image des joueurs pour leur propre bénéfice (NDM, paragraphe 37g)).

[101] Comme dans le cas de la procédure en Ontario, l’allégation de complot a été certifiée comme une question commune et est toujours en litige : *Walter v. Western Hockey League*, 2017 ABQB 382, 62 Alta. L.R. (6th) 85, aux paragraphes 21, 46, 59(16), 93 et 99.

(iii) L’instance au Québec

[102] De façon très similaire aux instances introduites en Ontario et en Alberta dont j’ai traité ci-dessus, il est allégué dans la demande déposée devant la Cour supérieure du Québec que les défendeurs — la LHJMQ et

conspired to violate provincial legislation with respect to minimum wages, vacation pay and overtime pay, including by obliging players to sign an SPA: *Walter – Quebec I*, above, at paragraphs 9–10, 42–46, 49, 57, 58, 74 and 75.

[103] In addition, allegations with respect to player mobility and the use of their images are made: *Demande introductive d’instance* dated September 13, 2019 filed before the Superior Court of Quebec in Court File No. 500-06-000716-148 (in *Walter – Quebec I*), at paragraphs 16(e) and 30.

(iv) Analysis

[104] As noted above, the Responding Defendants maintain that it is an abuse of process to seek to add claims related to players’ wages that are already being litigated in Ontario, Alberta and Quebec. I agree.

[105] In support of this position, the Responding Defendants assert that the essential nature of the plaintiff’s Statement of Claim in the proceeding before this Court is that the CHL, the OHL, the QMJHL, the NHL, the ECHL and Hockey Canada have conspired contrary to section 48 of the Act to limit the opportunities for Canadian major junior hockey players to play in the NHL, the AHL and the ECHL.

[106] This reading of the Statement of Claim is supported by the articulation of the “main questions of fact and law” at paragraph 50 of that document. That paragraph does not mention a conspiracy with respect to wages, but rather focuses on unreasonable limitations on the opportunities of players to negotiate with and participate in the AHL, the ECHL and the NHL, including by playing for the team of their choice. Likewise, the summary statement at paragraph 47 of the Statement of Claim states as follows:

Overall, Responding players that are playing in Major Junior Leagues have substantially less choices and freedom, if any, than European-based players, who have the

les clubs qui en font partie — ont comploté en vue de contrevenir aux lois provinciales sur le salaire minimum, les indemnités de congé et la rémunération des heures supplémentaires, notamment en obligeant les joueurs à signer un CSJ : *Walter – Québec I*, précité, aux paragraphes 9–10, 42–46, 49, 57, 58, 74 et 75.

[103] En outre, des allégations concernant la mobilité des joueurs et l’utilisation de leur image ont été formulées : *Demande introductive d’instance*, datée du 13 septembre 2019 et déposées devant la Cour supérieure du Québec dans le dossier n° 500-06-000716-148, dans l’affaire *Walter – Québec I*, aux paragraphes 16e) et 30.

(iv) Analyse

[104] Comme il a été mentionné précédemment, les défendeurs intimés soutiennent que la tentative d’ajouter des allégations liées au salaire des joueurs qui font déjà l’objet de litiges en Ontario, en Alberta et au Québec constitue un abus de procédure. Je suis du même avis.

[105] À l’appui de cette position, les défendeurs intimés affirment que la nature essentielle de la déclaration du demandeur dans la procédure devant la Cour est que la LCH, la LHO, la LHJMQ, la LNH, l’ECHL et Hockey Canada ont comploté en contravention de l’article 48 de la Loi pour limiter les possibilités des joueurs de hockey junior majeur canadiens de jouer dans la LNH, l’AHL et l’ECHL.

[106] Cette interprétation de la déclaration est appuyée par la formulation des [TRADUCTION] « principales questions de fait et de droit » au paragraphe 50 du document en question. Ce paragraphe ne mentionne pas de complot lié aux salaires et invoque plutôt les limites déraisonnables imposées aux possibilités des joueurs de négocier avec l’AHL, l’ECHL et la LNH et de s’y joindre, y compris en jouant pour l’équipe de leur choix. De même, un énoncé sommaire rédigé ainsi figure au paragraphe 47 de la déclaration :

[TRADUCTION]

Dans l’ensemble, les joueurs intimés qui jouent dans les ligues de niveau junior majeur ont beaucoup moins de choix et de liberté, voire pas du tout, comparativement



opportunity to play in the AHL or ECHL before reaching the age of 20 and be paid a salary negotiated by a Professional Association.

[107] I recognize that paragraph 20 of the Statement of Claim in this proceeding alleges that the defendants agreed to pay nominal wages to Class Members. However, little more is said about this in that document. A fair reading of the Statement of Claim is consistent with the following characterization of the proceeding in this court made by the plaintiff, before the Ontario, Alberta and Quebec courts:

The [proceeding in the Federal Court] relates to anti-competitive practices and collusion between Canadian Major Junior leagues and the National Hockey League (“NHL”), the American Hockey League (“AHL”) and the East Coast Hockey League (“ECHL”) under the Competition Act to limit access to these professional leagues for Canadian Major Junior players playing in Canada.

Submissions by group members to the Alberta Court of Queen’s Bench, the Ontario Superior Court, and the Quebec Superior Court (October 2, 2020), at paragraph 15 (emphasis added).

[108] I agree with the Responding Defendants that the net effect of many of the proposed amendments would be to significantly expand the focus proceeding to include wage related matters that are already the subject of the aforementioned proceedings in Ontario, Alberta and Quebec. This is clear from the proposed amendments at paragraphs 3.2, 13.1, 13.4, 14, 17, 20, 25.1.2, 25.1.3, 28.3, 28.4, 47.8, 47.17, 47.19 and 47.20 of the Amended Statement of Claim.

[109] Likewise, amendments that the plaintiff proposes to make (at paragraphs 48.6, 50(g) and 50(k)) relate to allegations pertaining to the use of players’ images that have also been advanced in the proceedings in Ontario, Alberta and Quebec.

aux joueurs européens, qui peuvent jouer dans l’AHL ou l’ECHL avant d’avoir 20 ans et toucher un salaire négocié par une association professionnelle.

[107] Je reconnais qu’il est allégué, au paragraphe 20 de la déclaration présentée dans le cadre de la présente instance, que les défendeurs ont accepté de verser un salaire nominal aux membres du groupe. Cependant, le document en question contient peu d’autres renseignements à ce sujet. Une interprétation juste de la déclaration concorde avec la description suivante de la procédure devant la Cour, faite par le demandeur devant les tribunaux de l’Ontario, de l’Alberta et du Québec :

[TRADUCTION] La [procédure devant la Cour fédérale] concerne les pratiques anticoncurrentielles et la collusion entre les ligues canadiennes de hockey junior majeur et la Ligue nationale de hockey (LNH), l’American Hockey League (AHL) et l’East Coast Hockey League (ECHL) en vertu de la *Loi sur la concurrence*, des pratiques qui visent à limiter l’accès à ces ligues professionnelles aux joueurs canadiens de niveau junior majeur qui jouent au Canada.

Observations présentées par des membres du groupe à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, à la Cour supérieure de l’Ontario et à la Cour supérieure du Québec (2 octobre 2020), au paragraphe 15 (non souligné dans l’original).

[108] Je conviens avec les défendeurs intimés que, tout compte fait, l’effet de bon nombre des modifications proposées serait d’élargir considérablement le champ d’action de l’instance pour y inclure des questions liées aux salaires qui font déjà l’objet des instances dont j’ai traité ci-dessus en Ontario, en Alberta et au Québec, ce qui ressort clairement des modifications proposées aux paragraphes 3.2, 13.1, 13.4, 14, 17, 20, 25.1.2, 25.1.3, 28.3, 28.4, 47.8, 47.17, 47.19 et 47.20 de la déclaration modifiée.

[109] De même, les modifications que le demandeur propose aux paragraphes 48.6, 50(g) et 50(k) concernent des allégations relatives à l’utilisation de l’image des joueurs qui ont également été formulées dans le cadre des instances en Ontario, en Alberta et au Québec.

[110] In my view, it is an abuse of process to attempt to litigate these matters anew in this Court. As noted by the Responding Defendants, this would raise the spectre of a multiplicity of proceedings on these issues.

[111] The plaintiff distinguishes the claims being made with respect to wages before the courts in the proceedings discussed above, by stating that those proceedings are “wage and hour” claims under provincial legislation pertaining to minimum wages. By contrast, in this Court, the plaintiff states that he seeks damages for lost wages well above the minimums that exist in the provinces in question.

[112] That may well be so. However, having alleged a conspiracy with respect to wages, in each of the proceedings described above, it is an abuse of process to attempt to litigate wage-related issues in this Court, when they could easily have been raised in those other proceedings: *Catalyst Capital Group Inc. v. VimpelCom Ltd.*, 2019 ONCA 354, 145 O.R. (3d) 759, at paragraph 67; *Winter v. Sherman Estate*, 2018 ONCA 703, 42 E.T.R. (4th) 181, at paragraph 7; *Erschbamer v. Wallster*, 2013 BCCA 76, 356 D.L.R. (4th) 634, at paragraphs 29–30. The same is true with respect to the use of players’ images. Accordingly, the various proposed amendments pertaining to the alleged conspiracies, as they relate to wages and the use of players’ images, constitute an abuse of process.

[113] Indeed, I consider that it would have been far more appropriate to have included in the Ontario, Alberta and Quebec proceedings the various claims that were made in the Statement of Claim in this proceeding, than to have instituted a separate action in this Court. Although this Court offers the advantages associated with litigating in a single national forum, and has specific expertise in competition law matters, it is difficult to see how the interests of justice are served by making

[110] Selon moi, la tentative de mettre ces questions en litige devant la Cour constitue un abus de procédure. En outre, comme l’ont souligné les défendeurs intimés, une telle tentative soulèverait le spectre d’une multiplicité d’instances sur ces questions.

[111] Le demandeur établit une distinction entre les allégations relatives au salaire présentées en l’espèce et celles présentées devant les tribunaux dans le cadre des procédures analysées ci-dessus et déclare que les allégations dans ces dernières ont trait à des réclamations [TRADUCTION] « sur les salaires et les heures de travail » en vertu des lois provinciales concernant le salaire minimum. En revanche, le demandeur affirme que, devant la Cour, il demande des dommages-intérêts pour des pertes salariales beaucoup plus importantes que celles associées aux salaires minimums en vigueur dans les provinces en question.

[112] C’est peut-être le cas, mais, puisque, dans le cadre de chacune des procédures décrites ci-dessus, il a été allégué qu’il y avait eu complot en matière de salaires, il est abusif de tenter d’invoquer des questions liées aux salaires devant la Cour, alors que de telles questions auraient facilement pu être soulevées dans le cadre de ces autres instances : *Catalyst Capital Group Inc. v. VimpelCom Ltd.*, 2019 ONCA 354, 145 O.R. (3d) 759, au paragraphe 67; *Winter v. Sherman Estate*, 2018 ONCA 703, 42 E.T.R. (4th) 181, au paragraphe 7; *Erschbamer v. Wallster*, 2013 BCCA 76, 356 D.L.R. (4th) 634, aux paragraphes 29–30. Il en va de même pour l’utilisation de l’image des joueurs. Par conséquent, les diverses modifications proposées concernant les complots présumés liés aux salaires et à l’utilisation de l’image des joueurs constituent un abus de procédure.

[113] En fait, je suis d’avis qu’il aurait été beaucoup plus approprié d’inclure les diverses allégations qui ont été formulées en l’espèce dans les procédures de l’Ontario, de l’Alberta et du Québec plutôt que d’intenter une action distincte devant la Cour. La Cour offre les avantages liés au fait de plaider devant une seule instance nationale et possède une expertise spécialisée en matière de droit de la concurrence, mais il est difficile de voir en quoi il est dans l’intérêt de la justice de formuler

claims in this Court that could readily have been included in proceedings that had already been launched elsewhere.

[114] My concerns regarding the filing of proceedings in this Court are heightened by the timing of the filing of the plaintiff's Statement of Claim. That occurred on September 14, 2020, the day before a joint hearing of a settlement approval motion in the proceedings before the courts in Ontario, Alberta and Quebec. Less than an hour prior to the start of that hearing the following day, the plaintiff objected to the scope of the release that was part of the settlement, on the grounds that it would permit the defendants to avoid liability in three other proceedings, including the one that he had just filed in this Court: *Berg 2020*, above, at paragraphs 6–7 and 30–35; *Walter v. Western Hockey League*, 2020 ABQB 631, at paragraph 9; *Walter – Québec II*, above, at paragraphs 27–28. He did so despite the deadline having passed for objecting to the proposed settlement agreement. Based on the plaintiff's objection, the proposed settlement was not approved. According to the Responding Defendants, the proceedings before those other courts continue to move forward.

[115] Given that the Responding Defendants have not alleged that the filing of the Statement of Claim in this Court constituted an abuse of process, I will refrain from further commenting on this issue.

[116] In summary, I agree with the Responding Defendants that the various proposed amendments pertaining to the alleged conspiracies, as they relate to wages, constitute an abuse of process. The same is true with respect to the allegations that have been made regarding the use of players' images.

(c) *Is the Amended Statement of Claim scandalous, frivolous or vexatious?*

[117] The Responding Defendants submit that the proposed amendments are scandalous, frivolous or vexatious because they would transform the single alleged conspiracy under section 48 of the Act into "a multi-tiered action going well beyond the scope of either

devant la Cour des allégations qui auraient facilement pu l'être dans le cadre d'instances déjà introduites ailleurs.

[114] Mes préoccupations concernant l'introduction de l'instance devant la Cour sont exacerbées par le moment auquel le demandeur a procédé au dépôt de sa déclaration, soit le 14 septembre 2020, c'est-à-dire la veille de l'audience conjointe relative à une requête en approbation d'un règlement dans le cadre des procédures devant les tribunaux de l'Ontario, de l'Alberta et du Québec. Moins d'une heure avant le début de l'audience en question le lendemain, le demandeur s'est opposé à la portée de la renonciation prévue dans le règlement, au motif qu'elle permettrait aux défendeurs de se soustraire à leur responsabilité dans trois autres instances, y compris celle qu'il venait de déposer devant la Cour : *Berg 2020*, précité, aux paragraphes 6–7 et 30–35; *Walter v. Western Hockey League*, 2020 ABQB 631, au paragraphe 9; *Walter – Québec II*, précité, aux paragraphes 27–28. Il a agi de la sorte malgré le fait que le délai pour s'opposer au règlement proposé était écoulé. En raison de l'objection du demandeur, le règlement proposé n'a pas été approuvé. Selon les défendeurs intimés, les procédures devant ces autres tribunaux se poursuivent.

[115] Étant donné que les défendeurs intimés n'ont pas allégué que le dépôt de la déclaration devant la Cour constituait un abus de procédure, je m'abstiendrai de formuler d'autres commentaires à cet égard.

[116] En résumé, je conviens avec les défendeurs intimés que les diverses modifications proposées touchant les complots présumés liés aux salaires constituent un abus de procédure. Il en va de même pour les allégations qui ont été formulées au sujet de l'utilisation de l'image des joueurs.

c) *La déclaration modifiée est-elle scandaleuse, frivole ou vexatoire?*

[117] Les défendeurs intimés soutiennent que les modifications proposées sont scandaleuses, frivoles ou vexatoires parce qu'elles transformeraient le seul complot allégué au titre de l'article 48 de la Loi en [TRADUCTION] « une action à plusieurs niveaux qui dépasse de

Section 48 or 45 of the Act.” In this regard, they note that the Amended Statement of Claim alleges multiple distinct conspiracies among the existing defendants as well as 148 proposed new defendants. They maintain that this would lead to an “unmanageable” proceeding, with no single cause of action tying all of the proposed defendants together. They add that this would “make common issues an insurmountable obstacle if the action ever reached certification.”

[118] I am sympathetic with the Responding Defendants’ submissions on this issue. However, I prefer to deal with them as part of my assessment below of whether the proposed amendments would assist the Court to determine the real questions in controversy between the parties.

(d) *Conclusion: It is plain and obvious that the Amended Statement of Claim discloses no reasonable cause of action*

[119] For the reasons provided in part V.B.(1)(a) of these reasons above, it is plain and obvious that the proposed Amended Statement of Claim does not disclose a reasonable cause of action. This is so for multiple reasons. In brief, insufficient material facts and particulars have been provided with respect to the various alleged agreements and their links to the Act. In addition, reasonable causes of action have not been pleaded under either section 45 or 48 of the Act. Moreover, the other claims are not within the scope of section 36 of the Act. Finally, the proposed amendments relating to hockey players’ wages and the use of their images constitute an abuse of process, because those matters are already the subject of claims that have been made in ongoing actions before the superior courts in Ontario, Alberta and Quebec. Although the wage-related claims that have been made in this proceeding go beyond the focus of the claims that have been made in those other actions (namely, failure to pay minimum wages and other benefits in accordance with provincial legislation), the claims made in this proceeding could readily have been made in those actions.

loin la portée des articles 48 ou 45 de la Loi ». À cet égard, ils soulignent que la déclaration modifiée contient des allégations de multiples complots distincts parmi les défendeurs actuels ainsi que 148 nouveaux défendeurs proposés. Ils soutiennent que cela mènerait à une procédure [TRADUCTION] « impossible à gérer », vu l’absence d’une seule cause d’action liant tous les défendeurs proposés. Ils ajoutent que le fait de procéder ainsi [TRADUCTION] « ferait des questions communes un obstacle insurmontable en cas de certification de l’action ».

[118] Je comprends les observations des défendeurs intimés à cet égard. Cependant, je préfère les aborder dans le cadre de mon évaluation ci-dessous quant à savoir si les modifications proposées aideraient la Cour à trancher les véritables questions litigieuses entre les parties.

d) *Conclusion : Il est évident et manifeste que la déclaration modifiée ne révèle aucune cause d’action valable*

[119] Pour les motifs énoncés ci-dessus à la partie V.B.1)a) de la présente décision, il est évident et manifeste que la déclaration modifiée proposée ne révèle aucune cause d’action valable, et ce, pour de multiples raisons. En bref, trop peu de précisions et de faits importants concernant les divers accords présumés et leurs liens avec la Loi ont été fournis. En outre, aucune cause d’action valable n’a été révélée au titre des articles 45 ou 48 de la Loi. De plus, les autres allégations ne sont pas visées à l’article 36 de la Loi. Enfin, les modifications proposées qui concernent le salaire des joueurs de hockey et l’utilisation de leur image constituent un abus de procédure, puisque ces questions font déjà l’objet d’allégations formulées dans le cadre de poursuites devant les cours supérieures de l’Ontario, de l’Alberta et du Québec. Les allégations relatives au salaire formulées dans la présente instance dépassent la portée des allégations formulées dans le cadre des autres actions en question (à savoir le défaut de payer le salaire minimum et d’autres avantages sociaux conformément aux lois provinciales), mais les allégations formulées dans la présente affaire auraient facilement pu l’être dans le cadre de ces autres procédures.

[120] These conclusions provide a sufficient basis to refuse the plaintiff's request to make the amendments set forth in the Amended Statement of Claim: *Teva*, above, at paragraphs 28 and 31. Nevertheless, in the interests of completeness, I will briefly address the other factors to be considered in a Motion to Amend.

- (2) Would the proposed amendments assist the Court to determine the real questions in controversy between the parties?

[121] Mr. Mohr submits that the proposed amendments provide "much more precis[ion] on the nature of the conspiracies by the Defendants." In this regard, he maintains that his Amended Statement of Claim elucidates with "more precision and clarity" his allegations that the Defendants are parties to conspiracies contemplated by section 45 and 48 of the Act. He adds that his modifications would assist the Court to better ascertain the roles and obligations that each defendant had in alleged conspiracies. I disagree.

[122] In addition to adding 148 defendants, the Amended Statement of Claim alleges several additional conspiracies, advances additional causes of action, and requests new forms of relief. In response to the Responding Defendants' Motion to Strike, the plaintiff described those conspiracies as being "a labyrinth of pre-conceived arrangements". He elaborated as follows:

13. ... [T]he Statement of Claim, certainly as amended, attacks both intra-league conspiracies under section 48 and inter-league conspiracies under section 45. They are conspiracies among sports clubs, among different leagues, among clubs and leagues operating at different levels and different geographies of the professional hockey world in Canada, and they involved Defendants who are neither clubs nor leagues.

14. The evidence may show that these conspiracies arose at a team level within a single league or individual leagues at the same time, and that they were put into effect by leagues in concert with each other, and with Hockey Canada, or that the conspiracies arose at a league level

[120] Ces conclusions constituent un fondement suffisant pour rejeter la demande du demandeur d'apporter les modifications énoncées dans la déclaration modifiée : *Teva*, précité, aux paragraphes 28 et 31. Néanmoins, par souci d'exhaustivité, j'aborderai brièvement les autres facteurs à prendre en considération dans le cadre d'une requête en modification.

- 2) Les modifications proposées aideraient-elles la Cour à trancher les véritables questions litigieuses entre les parties?

[121] M. Mohr soutient que les modifications proposées fournissent [TRADUCTION] « beaucoup plus de précisions sur la nature des complots des défendeurs ». À cet égard, il soutient que sa déclaration modifiée élucide avec [TRADUCTION] « plus de précision et de clarté » ses allégations selon lesquelles les défendeurs sont parties à des complots visés aux articles 45 et 48 de la Loi. Il ajoute que ses modifications aideraient la Cour à mieux cerner les rôles et les obligations de chaque défendeur dans les complots allégués. Je ne suis pas d'accord.

[122] En plus d'ajouter 148 défendeurs, la déclaration modifiée allègue plusieurs complots supplémentaires, présente d'autres causes d'action et demande de nouvelles formes de redressement. En réponse à la requête en radiation des défendeurs intimés, le demandeur a décrit ces complots comme [TRADUCTION] « un labyrinthe d'arrangements préconçus » et a précisé ce qui suit :

[TRADUCTION]

13. [...] [L]a déclaration, certainement dans sa version modifiée, conteste à la fois les complots conclus au sein d'une même ligue en vertu de l'article 48 et les complots faisant intervenir plus d'une ligue en vertu de l'article 45. Il s'agit de complots entre clubs sportifs, entre différentes ligues et entre des clubs et des ligues de différents niveaux et dans différentes régions du milieu du hockey professionnel au Canada. En outre, ils font intervenir des défendeurs qui ne sont ni des clubs ni des ligues.

14. La preuve peut montrer que ces complots sont survenus parallèlement au niveau d'une équipe au sein d'une ligue ou dans différentes ligues et qu'ils ont été conclus de concert par des ligues et Hockey Canada ou encore que les complots sont survenus au niveau des ligues et ont été

and were imposed downwards onto the teams. It may be that section 45 will apply to some or all, or section 48 to some or all. The decision in that regard should not be made at the pre-evidentiary stage of a Motion to Strike.

[123] I agree with the Responding Defendants that the amended allegations fall far short of providing them sufficient information to know the case to be met.

[124] As a result of all of the proposed amendments, the Amended Statement of Claim is approximately double the length of the Statement of Claim. Yet, rather than assisting the Court to determine the real issues in controversy between the parties, it would introduce new complexities and several additional issues. Instead of providing more precision and clarity, it would give rise to multiple new questions that would need to be resolved. This is in part due to the absence of sufficient facts and particulars regarding the various alleged conspiracies and their links to sections 45 and 48 of the Act.

[125] In brief, the amendments proposed in the Amended Statement of Claim would not assist the Court to determine the real questions in controversy between the parties. This weighs against granting the plaintiff's request to make the modifications reflected in that document.

- (3) Would the proposed amendments serve the interests of justice?

[126] Mr. Mohr submits that the proposed amendments are in the interests of justice because they would benefit the parties to this proceeding and assist the Court in the pursuit of truth.

[127] I disagree. For the reasons set forth immediately above, the proposed amendments would not assist the Court in the pursuit of truth. For essentially the same reasons, they would not be in the interests of justice. For the additional reasons provided at part V.B.(1)(b)(iv) above, the amendments pertaining to players' wages and the use of their images would constitute an abuse of process, and therefore not be in the interests of justice. Once

imposés de façon descendante aux équipes. Il se peut que l'article 45 s'applique en partie ou en totalité, ou que l'article 48 s'applique en partie ou en totalité. La décision à cet égard ne devrait pas être rendue à l'étape préalable à la présentation de la preuve relativement à une requête en radiation.

[123] Je souscris à l'affirmation des défendeurs intimés selon laquelle les allégations modifiées ne leur fournissent pas suffisamment de renseignements pour établir la preuve à réfuter.

[124] À la suite des modifications proposées, la déclaration modifiée est environ deux fois plus longue que la déclaration initiale. Pourtant, plutôt que d'aider la Cour à cerner les véritables questions litigieuses entre les parties, la déclaration modifiée introduirait de nouvelles complexités et plusieurs nouvelles questions. Au lieu de fournir plus de précisions et de clarté, elle donnerait lieu à de nombreuses nouvelles questions à trancher, et ce, en partie en raison de l'absence de précisions et de faits suffisants sur les divers complots allégués et leurs liens avec les articles 45 et 48 de la Loi.

[125] En bref, les modifications proposées dans la déclaration modifiée n'aideraient pas la Cour à trancher les véritables questions litigieuses entre les parties, ce qui incite à ne pas faire droit à la demande du demandeur en vue d'apporter les modifications mentionnées dans la déclaration modifiée.

- 3) Les modifications proposées serviraient-elles l'intérêt de la justice?

[126] M. Mohr soutient que les modifications proposées sont dans l'intérêt de la justice parce qu'elles profiteraient aux parties de l'espèce et aideraient la Cour dans sa recherche de la vérité.

[127] Je ne suis pas du même avis. Pour les motifs énoncés ci-dessus, les modifications proposées n'aideraient pas la Cour dans sa recherche de la vérité. Pour essentiellement les mêmes raisons, elles ne seraient pas dans l'intérêt de la justice. Pour les motifs supplémentaires exposés dans la section V.B.1)(b)(iv) ci-dessus, les modifications touchant le salaire des joueurs et l'utilisation de leur image constitueraient un abus de procédure

again, these considerations weigh against granting the plaintiff's request to make the modifications reflected in the Amended Statement of Claim.

- (4) Would the proposed amendments result in an injustice to the other party that is not capable of being compensated by an award of costs?

[128] Mr. Mohr submits that the proposed amendments would not result in any injustice to the Defendants. Indeed, he maintains that “[f]ar from causing prejudice, the expansion and detail in the Amended Statement of Claim give far better communication to all Defendants, and facilitate the Court’s consideration of the constraints the Defendants are alleged to have organized, in common, against reasonable compensation for class members’ services.” I disagree.

[129] For the reasons I have given, the “expansion and detail” in the Amended Statement of Claim would not assist the defendants to know the case they have to meet. Quite the contrary, it would make it more difficult for them in this regard. As I have observed, the plaintiff’s proposed modifications would introduce new complexities and issues, and give rise to a range of new questions. Collectively, these would likely significantly prolong the proceedings.

[130] Given that awards of costs in this Court typically do not fully compensate parties for the costs incurred in successfully defending a proceeding, I consider that the new complexities, issues and questions presented by the Amended Statement of Claim weigh against granting the plaintiff’s request to make the modifications reflected therein.

[131] I will simply add in passing for the record that Class counsel recently brought a Motion to Withdraw as solicitor of record. The Court ruled granting that motion, “but on the condition that they fulfill their obligations pursuant to the scheduling order of February 5,

et ne seraient donc pas dans l’intérêt de la justice. Encore une fois, ces considérations incitent à ne pas faire droit à la demande du demandeur en vue d’apporter les modifications mentionnées dans la déclaration modifiée.

- 4) Les modifications proposées entraîneraient-elles une injustice à l’égard de l’autre partie que des dépens ne pourraient réparer?

[128] M. Mohr soutient que les modifications proposées ne causeraient aucune injustice aux défendeurs. En effet, il soutient que, [TRADUCTION] « [p]lutôt que de causer un préjudice, l’ étoffement de la déclaration modifiée et les nouveaux détails qu’elle contient permettent de bien mieux communiquer l’information à tous les défendeurs et facilitent l’examen par la Cour des contraintes touchant la rémunération raisonnable des services rendus par les membres du groupe que les défendeurs sont censés avoir imposées d’un commun accord ». Je ne sous-cris pas à cette prétention.

[129] Pour les motifs que j’ai exposés, [TRADUCTION] « l’ étoffement [...] et les [...] détails » de la déclaration modifiée n’aideraient pas les défendeurs à connaître la preuve qu’ils doivent réfuter. Au contraire, il serait alors plus difficile pour eux de le faire. Comme je l’ai fait remarquer, les modifications proposées par le demandeur introduiraient de nouvelles complexités et de nouveaux enjeux et poseraient un ensemble de nouvelles questions. Prises ensemble, ces complexités et questions prolongeraient probablement considérablement les procédures.

[130] Étant donné que les dépens adjugés par la Cour ne compensent habituellement pas entièrement les parties pour les frais engagés afin d’obtenir gain de cause dans le cadre d’une instance, je juge que les nouvelles complexités et questions et les nouveaux enjeux présentés dans la déclaration modifiée incitent à ne pas faire droit à la demande du demandeur en vue d’apporter les modifications contenues dans la déclaration modifiée.

[131] J’ajouterai simplement, aux fins du dossier, que les avocats du groupe ont récemment présenté une requête en vue que leurs noms soient retirés en tant qu’avocats inscrits au dossier. La Cour a accueilli cette requête, [TRADUCTION] « à la condition qu’ils remplissent leurs

2021.” Those obligations included deadlines to serve and file submissions on this Motion. The Responding Defendants maintain that it would cause them non-compensable prejudice to permit this proceeding to move forward on the basis reflected in the Amended Statement of Claim, “with no one in the driver’s seat.” Given the various conclusions that I have reached in respect of the other matters at issue on this Motion, it is not necessary to further address this issue.

### C. Conclusion

[132] For the reasons set forth above, this Motion will be dismissed. In summary, for the reasons provided at paragraph 119 above, it is plain and obvious that the proposed Amended Statement of Claim does not disclose a reasonable cause of action. This provides a sufficient basis upon which to reject the plaintiff’s request to make the modifications reflected in that document.

[133] In any event, the other factors to be considered on a Motion to Amend weigh against the exercise of this Court’s discretion to permit the plaintiff to make the requested modifications. In brief, as explained at paragraphs 123–125, the proposed amendments would not assist the Court to determine the real issues in dispute between the parties. Moreover, as explained at paragraph 127, the proposed amendments also would not serve the interests of justice. Finally, for the reasons provided at paragraphs 129–130, the proposed amendments would result in an injustice to the defendants that would not likely be fully compensated through a cost award in their favour.

[134] Given that the Responding Defendants did not request their costs on this Motion, no order will be made as to costs: *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2006 FCA 418, 56 Admin. L.R. (4th) 74 [*Pelletier FCA*], at paragraph 9.

obligations conformément à l’ordonnance fixant l’échéancier du 5 février 2021 ». Ces obligations comprenaient les délais de signification et de dépôt des observations relativement à la présente requête. Les défendeurs intimés soutiennent que le fait de permettre que la présente instance aille de l’avant sur le fondement de la déclaration modifiée [TRADUCTION] « sans personne au volant » leur causerait un préjudice que des dépens ne pourraient réparer. Compte tenu des diverses conclusions que j’ai tirées relativement aux autres questions en litige dans la présente requête, il n’est pas nécessaire d’aborder davantage cette question.

### C. Conclusion

[132] Pour les motifs exposés ci-dessus, la présente requête sera rejetée. En résumé, pour les motifs énoncés au paragraphe 119 ci-dessus, il est évident et manifeste que la déclaration modifiée proposée ne révèle aucune cause d’action valable, ce qui constitue un fondement suffisant pour rejeter la demande du demandeur d’apporter les modifications énoncées dans ce document.

[133] Par ailleurs, les autres facteurs à prendre en considération dans le cadre d’une requête en modification militent aussi contre l’exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire de permettre au demandeur d’apporter les modifications demandées. En bref, comme il est expliqué aux paragraphes 123 à 125, les modifications proposées n’aideraient pas la Cour à trancher les véritables questions litigieuses entre les parties. De plus, comme il est expliqué au paragraphe 127, les modifications proposées ne serviraient pas l’intérêt de la justice. Enfin, pour les motifs énoncés aux paragraphes 129 à 130, les modifications proposées entraîneraient une injustice à l’égard des défendeurs que des dépens en leur faveur ne pourraient probablement pas entièrement réparer.

[134] Étant donné que les défendeurs intimés n’ont pas demandé de dépens dans le cadre de la présente requête, aucune ordonnance ne sera rendue à cet égard : *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2006 CAF 418 [*Pelletier CAF*], au paragraphe 9.



## VI. Analysis — Motion to Strike

[135] In their separate Motion, the Moving Defendants seek an order striking out the plaintiff’s Statement of Claim in its entirety under paragraph 221(1)(a) [of the Rules], on the basis that it is plain and obvious that it discloses no reasonable cause of action. For the reasons set forth below, I agree.

[136] It is common ground between the parties that the Motion to Strike can succeed only if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the Statement of Claim discloses no reasonable cause of action: *Pelletier FC*, above, at paragraph 44.

[137] The Statement of Claim was brought under section 36 of the Act. As previously noted, it alleges that the defendants are parties to a single conspiracy contrary to section 48 of the Act. This allegation is explicitly made in paragraph 13 and implicitly in paragraphs 17, 19 and 50, which paraphrase the language in section 48 and refer to “professional hockey” or “professional sport”. No mention is made of section 45 or any other provision of the Act, anywhere in the document.

[138] For the reasons summarized at paragraph 85 of these reasons above, and discussed in greater detail at paragraphs 68–84, I am satisfied that it is plain and obvious that the Statement of Claim does not plead a reasonable cause of action in respect of section 48 of the Act. Although that assessment was in the context of the proposed Amended Statement of Claim, the rationale applies equally to the Statement of Claim.

[139] In brief, it has not been alleged, nor is it apparent, that the single conspiracy alleged in the Statement of Claim relates “exclusively to the matters described in subsection (1),” as set forth in subsection 48(3). Moreover, the broad interpretation of subsections 48(1) and (3) asserted by the plaintiff is not supported by the ordinary meaning of the words in subsection 48(3), the scheme of section 48 as a whole or the legislative history of that provision. Instead, those words, that scheme

## VI. Analyse — Requête en radiation

[135] Dans leur requête distincte, les défendeurs requérants demandent une ordonnance visant à radier la déclaration du demandeur dans son intégralité en vertu de l’alinéa 221(1)a) des Règles, au motif qu’il est évident et manifeste qu’elle ne révèle aucune cause d’action valable. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d’accord.

[136] Les parties conviennent que la requête en radiation ne peut être accueillie que s’il est évident et manifeste, dans l’hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d’action valable (*Pelletier CF*, précité, au paragraphe 44).

[137] La déclaration a été présentée en vertu de l’article 36 de la Loi. Comme il a été mentionné précédemment, il y est allégué que les défendeurs sont parties à un seul complot, en contravention de l’article 48 de la Loi. Cette allégation est énoncée explicitement au paragraphe 13 et implicitement aux paragraphes 17, 19 et 50, qui paraphrasent le libellé de l’article 48 et parlent de [TRADUCTION] « hockey professionnel » ou de [TRADUCTION] « sport professionnel ». Le document ne mentionne nulle part l’article 45 ou toute autre disposition de la Loi.

[138] Pour les motifs résumés ci-dessus au paragraphe 85 de la présente décision et discutés plus en détail aux paragraphes 68 à 84, je suis convaincu qu’il est évident et manifeste que la déclaration ne révèle aucune cause d’action valable au titre de l’article 48 de la Loi. Cette évaluation a été faite dans le contexte de la déclaration modifiée proposée, mais la justification s’applique également à la déclaration.

[139] En bref, il n’a pas été allégué — et il n’est pas non plus évident — que le seul complot allégué dans la déclaration se rapporte « exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) », comme le prévoit le paragraphe 48(3). De plus, l’interprétation large des paragraphes 48(1) et 48(3) invoquée par le demandeur n’est pas étayée par le sens ordinaire des termes du paragraphe 48(3), l’économie de l’article 48 dans son ensemble ou l’historique législatif de cette disposition. Au

and the legislative history are all more consistent with the narrower interpretation advanced by the Responding Defendants, who maintain that the purview of subsection 48(1) is limited to the intra-league agreements described in subsection 48(3). To the extent that there is any ambiguity in section 48, which is a penal provision, the Responding Defendants are entitled to the benefit of their narrower interpretation: see paragraph 47 above.

[140] Pursuant to that narrower interpretation, the offence proscribed by subsection 48(1) is limited to certain agreements and arrangements “between or among teams and clubs engaged in professional sport as members of the same league and between or among directors, officers or employees of those teams and clubs”. The specific agreements and arrangements in question are those that relate exclusively to matters described in subsection 48(1) or to the granting and operation of franchises in a league. Since none of the defendants named in the Statement of Claim is a team or a club, or a director, officer or employee of a team or club, it is plain and obvious that the Statement of Claim does not plead a reasonable cause of action in respect of section 48 of the Act.

[141] For the reasons provided in parts V.B.1.(a)(ii) and (iii) above, this fatal flaw in the Statement of Claim could not be potentially cured by granting leave to the plaintiff to amend his pleading to include teams or clubs in the same league, the additional conspiracies he has alleged, or a violation of section 45 of the Act.

[142] The Statement of Claim also alleges a violation of paragraph 1(e) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III] [Bill of Rights]. That provision recognizes and declares “freedom of assembly and association” as a human right and fundamental freedom.

[143] More broadly, the Bill of Rights “is a federal statute that renders inoperative federal legislation inconsistent with its protections” and is “applicable only to federal law”: *Authorson v. Canada (Attorney General)*,

contraire, ces termes et cette économie et l’historique législatif concordent tous davantage avec l’interprétation plus étroite préconisée par les défendeurs intimés, qui soutiennent que la portée du paragraphe 48(1) se limite aux accords conclus au sein d’une même ligue décrits au paragraphe 48(3). Dans la mesure où il y a une ambiguïté dans l’article 48 — une disposition pénale — l’interprétation plus étroite des défendeurs intimés doit l’emporter (voir le paragraphe 47 ci-dessus).

[140] Selon cette interprétation plus étroite, l’infraction proscriée par le paragraphe 48(1) se limite à certains accords et arrangements « conclus entre des équipes et clubs qui pratiquent le sport professionnel à titre de membres de la même ligue et entre les administrateurs, les dirigeants ou les employés de ces équipes et clubs ». Les accords et arrangements particuliers en question sont ceux qui se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe 48(1) ou à l’octroi et au fonctionnement de franchises dans une ligue. Comme aucun des défendeurs nommés dans la déclaration n’est une équipe ou un club, ni un administrateur, un dirigeant ou un employé d’une équipe ou d’un club, il est évident et manifeste que la déclaration ne révèle aucune cause d’action valable au titre de l’article 48 de la Loi.

[141] Pour les motifs énoncés aux sections V.B.1.a)(ii) et V.B.1.a)(iii) ci-dessus, cette faille décisive de la déclaration ne pouvait pas être potentiellement corrigée en accordant au demandeur l’autorisation de modifier son acte de procédure pour y inclure des équipes ou des clubs de la même ligue, les complots supplémentaires allégués ou une violation de l’article 45 de la Loi.

[142] La déclaration mentionne également une violation de l’alinéa 1e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III]. Cette disposition reconnaît et déclare que la « liberté de réunion et d’association » est un droit de la personne et une liberté fondamentale.

[143] De façon plus générale, la *Déclaration canadienne des droits* « est une loi fédérale qui rend inopérante toute loi fédérale incompatible avec les garanties qu’elle prévoit » et « qui ne s’applique qu’aux lois

2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at paragraphs 10 and 31.

[144] The plaintiff's allegation in respect of paragraph 1(e) is a bald, single sentence, assertion without any supporting material facts or particulars. Moreover, he has not identified any link whatsoever between paragraph 1(e) [Bill of Rights] and section 36 of the *Competition Act*, and he has not explained how paragraph 1(e) can apply to the defendants as private parties. It is difficult to understand how such links to section 36 and the defendants could exist.

[145] In addition, no federal law is alleged to "abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgement or infringement of" the plaintiff's right under paragraph 1(e), as contemplated by section 2 of the Bill of Rights.

[146] Based on the foregoing, I consider it to be plain and obvious that the Statement of Claim does not plead a reasonable cause of action in respect of paragraph 1(e) of the Bill of Rights.

[147] In summary, for the reasons set forth above, it is plain and obvious, even considering facts pleaded to be true, that the Statement of Claim discloses no reasonable cause of action under section 36 or 48 of the Act, or paragraph 1(e) of the Bill of Rights. I am also satisfied that the existing deficiencies in the Statement of Claim could not be potentially cured by granting leave to the plaintiff to amend his pleading, for example, to include teams or clubs in the same league, the additional conspiracies he has alleged, or a violation of section 45 of the Act.

[148] Given that the Moving Defendants have been entirely successful on this Motion, their request for costs will be granted. Considering the nature of the issues raised and the complexity of the submissions that were required to be made by the Moving Defendants,

fédérales » : *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, aux paragraphes 10 et 31.

[144] L'allégation du demandeur à l'égard de l'alinéa 1e) est une simple affirmation consistant en une phrase et renfermant aucun fait ni précision à l'appui. De plus, le demandeur n'a pas établi l'existence de quelconque lien que ce soit entre l'alinéa 1e) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'article 36 de la *Loi sur la concurrence*, tout comme il n'a pas expliqué comment l'alinéa 1e) peut s'appliquer aux défendeurs en tant que parties privées. Il est difficile de comprendre la façon dont de tels liens avec l'article 36 et les défendeurs pourraient exister.

[145] De plus, il n'est pas allégué qu'une loi fédérale est appliquée de façon à « supprimer, restreindre ou enfreindre » les droits du demandeur prévus à l'alinéa 1e) « ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression », comme le prévoit l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits*.

[146] Compte tenu de ce qui précède, j'estime qu'il est évident et manifeste que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable à l'égard de l'alinéa 1e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

[147] En résumé, pour les motifs exposés ci-dessus, il est évident et manifeste, même dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action valable au titre des articles 36 ou 48 de la Loi ou de l'alinéa 1e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Je suis également convaincu que les lacunes actuelles de la déclaration ne pourraient pas être éliminées en accordant au demandeur l'autorisation de modifier sa plaidoirie, par exemple pour y inclure des équipes ou des clubs de la même ligue, les complots supplémentaires allégués ou une violation de l'article 45 de la Loi.

[148] Étant donné que les défendeurs requérants ont entièrement gain de cause dans la présente requête, leur demande de dépens sera accueillie. Vu la nature des questions soulevées et de la complexité des observations que les défendeurs requérants devaient présenter,

I consider it appropriate to fix costs in a lump sum amount of \$5,000.

j'estime qu'il est approprié de fixer les dépens à un montant forfaitaire de 5 000 \$.

ORDER in T-1080-20

ORDONNANCE dans le dossier T-1080-20

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE que :

1. The plaintiff's Motion to Amend the Statement of Claim in this proceeding is dismissed.
2. The Moving Defendants' Motion to Strike the Statement of Claim is granted.
3. Costs payable by the plaintiff to the Moving Defendants in the Motion to Strike are fixed at the lump sum amount of \$5,000.
4. Given that Responding Defendants on the Motion to Amend the Statement of Claim did not request any costs, none shall be ordered.

1. La requête en modification de la déclaration présentée par le demandeur dans le cadre de la présente instance est rejetée.
2. La requête en radiation de la déclaration présentée par les défendeurs requérants est accueillie.
3. Les dépens que le demandeur doit payer aux défendeurs requérants relativement à la requête en radiation sont établis au montant forfaitaire de 5 000 \$.
4. Les défendeurs intimés dans le cadre de la requête en modification de la déclaration n'ayant pas demandé de dépens, aucuns ne seront accordés.

Appendix 1

Annexe 1

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as it appeared on March 9, 2010)

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (version en vigueur le 9 mars 2010)

**Conspiracy**

**Complot**

**45 (1)** Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

**45 (1)** Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emmagasiner ou de négoce d'un produit quelconque;

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entrepôt, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

**(d)** to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c C-34

Agreements or Arrangements that Prevent or Lessen Competition Substantially

**Order**

**90.1 (1)** If, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that an agreement or arrangement — whether existing or proposed — between persons two or more of whom are competitors prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a market, the Tribunal may make an order

**(a)** prohibiting any person — whether or not a party to the agreement or arrangement — from doing anything under the agreement or arrangement; or

**(b)** requiring any person — whether or not a party to the agreement or arrangement — with the consent of that person and the Commissioner, to take any other action.

**d)** soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34

Accords ou arrangements empêchant ou diminuant sensiblement la concurrence

**Ordonnance**

**90.1 (1)** Dans le cas où, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut qu'un accord ou un arrangement — conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents empêche ou diminue sensiblement la concurrence dans un marché, ou aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut rendre une ordonnance :

**a)** interdisant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — d'accomplir tout acte au titre de l'accord ou de l'arrangement;

**b)** enjoignant à toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement — de prendre toute autre mesure, si le commissaire et elle y consentent.

A-182-21  
2022 FCA 145

A-182-21  
2022 CAF 145

**Kobe Mohr** (*Appellant*)

**Kobe Mohr** (*appellant*)

v.

c.

**National Hockey League, American Hockey League Inc., ECHL Inc., Canadian Hockey League, Quebec Major Junior Hockey League Inc., Ontario Hockey League, Western Canada Hockey League and Hockey Canada** (*Respondents*)

**Ligue nationale de hockey, American Hockey League Inc, ECHL Inc., Ligue canadienne de hockey, Ligue de hockey junior majeur du Québec Inc., Ligue de hockey de l'Ontario, Ligue de hockey de l'Ouest canadien et Hockey Canada** (*intimées*)

**INDEXED AS: MOHR v. NATIONAL HOCKEY LEAGUE**

**RÉPERTORIÉ : MOHR C. LIGUE NATIONALE DE HOCKEY**

Federal Court of Appeal, Stratas, Rennie and Mactavish J.J.A.—By videoconference January 12; Ottawa, August 17, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Rennie et Mactavish, J.C.A.—Par vidéoconférence, 12 janvier; Ottawa, 17 août 2022.

*Competition — Appeal from Federal Court decision finding plain, obvious that appellant's claim not disclosing cause of action under Competition Act (Act), s. 48 — Federal Court also dismissing appellant's motion for leave to amend to advance claim under s. 45 on ground that amendments not pleading conspiracy within scope of s. 45 — Appeal dealing with two questions of statutory interpretation involving Act, ss. 45, 48 — Appellant commenced class proceeding alleging that respondents conspired, contrary to Act, ss. 48(1)(a),(b) to limit opportunities of hockey players to play in Canadian major junior; professional hockey leagues — Appellant sought damages under Act, s. 36(1)(a) for economic losses suffered as result of alleged conspiracy — Respondents moved to strike appellant's statement of claim on basis not disclosing reasonable cause of action — Appellant then moved to amend statement of claim — Notice of motion seeking leave to amend referring to both intra-, interleague conspiracies — Two key differences between conspiracies under ss. 45, 48 — If established, conspiracy under s. 45 deemed anti-competitive while under s. 48, Court must take certain matters into account before determining that conspiracy has been established — This includes desirability of maintaining balance among teams competing in same league — Whether Federal Court erred in allowing motion to strike, dismissing motion for leave to amend — Federal Court made errors in its decision, such as erring in understanding of component of Act, s. 48(3) — Nevertheless, errors were of no consequence, result reached by Federal Court correct — Appellant's statement of claim, alleging conspiracy between leagues, between leagues, other organizations, having no reasonable prospect of success — Prohibition on anti-competitive arrangements in s. 48 limited to arrangements or agreements between clubs or teams in same league — Proposed amended*

*Concurrence — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale selon laquelle il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'art. 48 de la Loi sur la concurrence (Loi) — La Cour fédérale a également rejeté la requête de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'art. 45, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'art. 45 — L'appel portait sur deux questions d'interprétation législative mettant en cause les art. 45 et 48 de la Loi — L'appelant a intenté un recours collectif alléguant que les intimées ont comploté, en contravention aux art. 48(1)a) et b) de la Loi, pour limiter les possibilités des joueurs de hockey de jouer dans les ligues majeures de hockey junior et professionnel au Canada — L'appelant a demandé des dommages-intérêts en vertu de l'art. 36(1)a) de la Loi pour les pertes économiques subies en raison du complot allégué — Les intimées ont demandé la radiation de la déclaration de l'appelant au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable — L'appelant a ensuite proposé de modifier la déclaration — L'avis de requête visant à obtenir l'autorisation de modifier mentionnait des complots au sein d'une même ligue et d'autres faisant intervenir plus d'une ligue — Il existe deux différences essentielles entre les complots prévus aux art. 45 et 48 — S'il est établi, un complot au titre de l'art. 45 est considéré comme anticoncurrentiel, alors qu'en vertu de l'art. 48, une cour de justice doit prendre en compte certains éléments avant de déterminer qu'un complot a été établi — Il s'agit notamment de l'opportunité de maintenir un équilibre entre les équipes appartenant à la même ligue — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en accueillant la requête en radiation et en rejetant la requête visant à obtenir l'autorisation d'apporter des modifications — La*

*statement of claim, asserting conspiracy with respect to purchase or acquisition of players' services, also having no reasonable prospect of success — Prohibition in Act, s. 45 restricted to agreements or arrangements with respect to supply or sale of products — Act, s. 48 cannot be read to mean that prohibitions against anti-competitive arrangements in s. 48(1) apply to interleague conspiracies as pleaded in statement of claim — Conspiracy provisions of Act, s. 48 confined to intraleague agreements — Regarding s. 45, that provision applying where anti-competitive agreement is between teams of different leagues or between umbrella organizations, teams or leagues — However, s. 45 limited to agreements between competitors to fix prices or allocate markets relating to production or supply of product or service — Thus, s. 45 limited to conspiracies relating to provision, sale, distribution of products or services — Since proposed amended statement of claim described conspiracy relating to terms, conditions under which leagues, teams purchased or acquired services of players, allegation under s. 45 having no hope of success — Act, ss. 45, 48 dual provisions — Giving rise to both civil remedies, criminal prosecutions — No presumption or rule of interpretation existing that benefit of doubt on question of statutory interpretation going to defendant — Principle of strict construction of penal statutes existing as subsidiary interpretive device applicable only where there is finding of genuine ambiguity as to meaning of provision — In absence of finding of true ambiguity, principle of strict construction should not have been invoked — No ambiguity existing in Act, s. 45 — Appeal dismissed.*

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — Federal Court finding plain, obvious that appellant's claim not disclosing cause of action under Competition Act (Act), s. 48 — Federal Court also dismissing appellant's motion for leave to amend to advance claim under s. 45 on ground that amendments not pleading conspiracy within scope of s. 45 — While result reached by Federal Court correct, Court misunderstood its role on motion to strike, reaching its own conclusion on contested point of statutory interpretation rather than answering question of whether plaintiff's proposed interpretation had*

*Cour fédérale a commis des erreurs dans sa décision, notamment en interprétant erronément un élément de l'art. 48(3) de la Loi — Toutefois, ces erreurs étaient sans conséquence et le résultat obtenu par la Cour fédérale était correct — La demande de l'appelant, qui alléguait un complot entre les ligues et entre les ligues et d'autres organisations, n'avait aucune chance raisonnable d'être accueillie — L'interdiction de conclure des arrangements anticoncurrentiels prévue à l'art. 48 est limitée aux arrangements ou accords entre clubs ou équipes d'une même ligue — La proposition de déclaration modifiée, qui invoquait un complot concernant l'achat ou l'acquisition de services de joueurs, n'avait pas non plus de chance raisonnable de succès — L'interdiction prévue à l'art. 45 se limite aux accords ou arrangements relatifs à la fourniture ou à la vente de produits — L'art. 48 ne peut être interprété comme signifiant que les interdictions d'arrangements anticoncurrentiels prévues à l'art. 48(1) s'appliquent aux complots entre ligues tels qu'ils étaient plaidés dans la déclaration — Les dispositions de l'art. 48 relatives au complot sont limitées aux accords conclus au sein d'une même ligue — En ce qui concerne l'art. 45, cette disposition s'applique lorsque l'accord anticoncurrentiel est conclu entre des équipes de différentes ligues ou entre des organismes cadres et des équipes ou des ligues — Toutefois, l'art. 45 est limité aux accords entre concurrents visant à fixer les prix ou à attribuer les marchés pour la production ou la fourniture d'un produit ou d'un service — Par conséquent, l'art. 45 se limite aux complots relatifs à la fourniture, à la vente et à la distribution de produits ou de services — Étant donné que la proposition de déclaration modifiée présentait un complot relatif aux conditions dans lesquelles les ligues et les équipes ont acheté ou acquis les services des joueurs, l'allégation fondée sur l'art. 45 n'avait aucune chance d'aboutir — Les art. 45 et 48 sont des dispositions doubles — Ils donnent ouverture à la fois à des recours civils et à des poursuites pénales — Il n'existe pas de présomption ou de règle d'interprétation selon laquelle le bénéfice du doute sur une question d'interprétation législative est accordé au défendeur — Le principe de l'interprétation stricte des lois pénales n'existe qu'à titre de mécanisme d'interprétation subsidiaire applicable uniquement lorsqu'il y a une véritable ambiguïté quant au sens d'une disposition — À défaut de constatation d'une véritable ambiguïté, le principe d'interprétation stricte n'aurait pas dû être invoqué — L'art. 45 de la Loi ne comporte aucune ambiguïté — Appel rejeté.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — La Cour fédérale a conclu qu'il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'art. 48 de la Loi sur la concurrence (Loi) — La Cour fédérale a également rejeté la requête de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'art. 45, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'art. 45 — Bien que le résultat obtenu par la Cour fédérale ait été correct, la Cour a mal compris son rôle lors de*

*reasonable chance of success — Although Federal Court using incorrect terminology, not erring in conducting legal analysis to determine whether claim had any reasonable prospect of success — As to evidence on motions to strike, Federal Courts Rules, r. 221(2) providing that no evidence shall be heard on motion to strike for order under r. 221(1)(a) — Federal Court wrong to treat extrinsic evidence as relevant to statutory interpretation issue herein.*

*Construction of Statutes — Federal Court finding plain, obvious that appellant's claim not disclosing cause of action under Competition Act (Act), s. 48 — Federal Court also dismissing appellant's motion for leave to amend to advance claim under s. 45 on ground that amendments not pleading conspiracy within scope of s. 45 — Federal Court erred in method of statutory interpretation; more precisely, in use of extrinsic evidence on motion to strike, role of ambiguity in statutory interpretation — Nevertheless, error of no consequence, result reached by Federal Court correct — Federal Courts Rules, r. 221(2) providing that no evidence shall be heard on motion to strike for order under r. 221(1)(a) — Federal Court's error being to treat extrinsic evidence as relevant to statutory interpretation issue — In statutory interpretation, focus must be statute itself — Act, ss. 45, 48 dual provisions — Giving rise to both civil remedies, criminal prosecutions — No presumption or rule of interpretation existing that benefit of doubt on question of statutory interpretation going to defendant — Principle of strict construction of penal statutes existing as subsidiary interpretive device applicable only where there is finding of genuine ambiguity as to meaning of provision — In absence of finding of true ambiguity, principle of strict construction should not have been invoked — No ambiguity existing in Act, s. 45.*

This was an appeal from a Federal Court decision finding that it was plain and obvious that the appellant's claim did not disclose a cause of action under section 48 of the *Competition Act* (Act). The Federal Court also dismissed the appellant's motion for leave to amend to advance a claim under

*la présentation d'une requête en radiation et a tiré sa propre conclusion sur un point contesté de l'interprétation de la loi plutôt que de répondre à la question de savoir si l'interprétation proposée par le demandeur avait une chance raisonnable de succès — Bien que la Cour fédérale ait utilisé une terminologie incorrecte, elle n'a pas commis d'erreur en effectuant une analyse juridique pour déterminer si la demande avait une chance raisonnable d'être accueillie — En ce qui concerne la preuve dans le cadre d'une requête en radiation, le paragraphe 221(2) des Règles des Cours fédérales dispose qu'aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête en radiation invoquant le motif visé à l'alinéa 221(1)a) — L'erreur de la Cour fédérale a été de considérer les éléments de preuve extrinsèques comme pertinents pour la question de l'interprétation de la loi qui se posait dans la présente affaire.*

*Interprétation des lois — La Cour fédérale a conclu qu'il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'art. 48 de la Loi sur la concurrence (Loi) — La Cour fédérale a également rejeté la requête de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'art. 45, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'art. 45 — La Cour fédérale a commis des erreurs dans la méthode d'interprétation des lois, plus précisément dans l'utilisation des éléments de preuve extrinsèques lors de la présentation d'une requête en radiation et dans le rôle de l'ambiguïté dans l'interprétation des lois — Toutefois, ces erreurs étaient sans conséquence et le résultat obtenu par la Cour fédérale était correct — Le paragraphe 221(2) des Règles des Cours fédérales dispose qu'aucune preuve n'est admissible dans le cadre d'une requête en radiation invoquant le motif visé à l'alinéa 221(1)a) — L'erreur de la Cour fédérale a été de considérer les éléments de preuve extrinsèques comme pertinents pour la question de l'interprétation de la loi qui se posait — Dans l'interprétation législative, il faut se concentrer sur la loi — Les art. 45 et 48 sont des dispositions doubles — Ils donnent ouverture à la fois à des recours civils et à des poursuites pénales — Il n'existe pas de présomption ou de règle d'interprétation selon laquelle le bénéfice du doute sur une question d'interprétation législative est accordé au défendeur — Le principe de l'interprétation stricte des lois pénales n'existe qu'à titre de mécanisme d'interprétation subsidiaire applicable uniquement lorsqu'il y a une véritable ambiguïté quant au sens d'une disposition — À défaut de constatation d'une véritable ambiguïté, le principe d'interprétation stricte n'aurait pas dû être invoqué — L'art. 45 de la Loi ne comporte aucune ambiguïté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale selon laquelle il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'article 48 de la *Loi sur la concurrence* (Loi). La Cour fédérale a également rejeté la requête de l'appelant en



section 45 on the ground that the amendments did not plead a conspiracy within the scope of section 45. This appeal dealt with two questions of statutory interpretation involving sections 45 and 48 of the Act. The scope of these two provisions and their interrelationship lied at the heart of the interpretive questions before the Court.

The appellant commenced a class proceeding alleging that the respondents conspired, contrary to paragraphs 48(1)(a) and (b) of the Act, to limit the opportunities of hockey players to play in Canadian major junior and professional hockey leagues. The appellant sought damages under paragraph 36(1)(a) of the Act for economic losses suffered as a result of the alleged conspiracy. The respondents moved to strike the appellant's statement of claim on the basis that it disclosed no reasonable cause of action. They argued that section 48 of the Act did not, and could not, apply to the facts as framed in the statement of claim. In response to the motion to strike, the appellant moved to amend the statement of claim, adding an allegation of a conspiracy under section 45 of the Act. The notice of motion seeking leave to amend referred to both intra – and interleague conspiracies that could perhaps be governed by one or the other of sections 45 and 48.

Section 45 of the Act prohibits conspiracies, agreements or arrangements between competitors to fix or maintain prices, allocate markets or customers, or restrict markets for the production or supply of a product. If established, the anti-competitive effect of the agreement is presumed, giving rise to both criminal sanctions and civil remedies. Section 48 addresses conspiracies or arrangements in the context of professional sport. Broadly speaking, it prohibits agreements or arrangements which unreasonably limit the opportunities of a player to participate in professional sport, impose unreasonable terms on players, or unreasonably limit the ability of players to negotiate with and play with a team of their choice. The purpose of section 48 is to protect freedom of employment for players. Like section 45, a breach of section 48 gives rise to criminal sanctions and civil remedies. There are two key differences between conspiracies under sections 45 and 48. If established, a conspiracy under section 45 is deemed anti-competitive. In contrast, under section 48, a court must take certain matters into account before determining that a conspiracy has been established. This includes the desirability of maintaining a balance among teams competing in the same league.

vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'article 45, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'article 45. Le présent appel portait sur deux questions d'interprétation législative mettant en cause les articles 45 et 48 de la Loi. La portée de ces deux dispositions et leur interrelation étaient au cœur des questions d'interprétation qui occupaient la Cour.

L'appelant a intenté un recours collectif alléguant que les intimées ont comploté, en contravention aux alinéas 48(1)a) et b) de la Loi, pour limiter les possibilités des joueurs de hockey de jouer dans les ligues majeures de hockey junior et professionnel au Canada. L'appelant a demandé des dommages-intérêts en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la Loi pour les pertes économiques subies en raison du complot allégué. Les intimées ont demandé la radiation de la déclaration de l'appelant au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable. Elles ont affirmé que l'article 48 de la Loi ne s'appliquait pas et ne pouvait pas s'appliquer aux faits tels qu'ils étaient exposés dans la déclaration. En réponse à la requête en radiation, l'appelant a proposé de modifier la déclaration, en ajoutant une allégation de complot en vertu de l'article 45 de la Loi. L'avis de requête visant à obtenir l'autorisation de modifier mentionnait des complots au sein d'une même ligue et d'autres faisant intervenir plus d'une ligue qui pourraient être visés par l'un ou l'autre des articles 45 et 48.

L'article 45 de la Loi interdit les complots, les accords ou les arrangements entre concurrents visant à fixer ou à maintenir les prix, à attribuer des marchés ou des clients, ou à restreindre des marchés pour la production ou la fourniture d'un produit. S'il est établi, l'effet anticoncurrentiel de l'accord est présumé, donnant lieu à des sanctions pénales et à des recours civils. L'article 48 traite des complots ou des arrangements dans le contexte du sport professionnel. De façon générale, il interdit les accords ou arrangements qui limitent de manière déraisonnable les possibilités d'un joueur de participer à un sport professionnel, qui imposent des conditions déraisonnables aux joueurs ou qui limitent de manière déraisonnable la capacité des joueurs à négocier et à jouer avec l'équipe de leur choix. L'objectif de l'article 48 est de protéger la liberté d'emploi des joueurs. Comme l'article 45, une violation de l'article 48 donne lieu à des sanctions pénales et à des recours civils. Il existe deux différences essentielles entre les complots prévus aux articles 45 et 48. S'il est établi, un complot au titre de l'article 45 est considéré comme anticoncurrentiel. En revanche, en vertu de l'article 48, une cour de justice doit prendre en compte certains éléments avant de déterminer qu'un complot a été établi. Il s'agit notamment de l'opportunité de maintenir un équilibre entre les équipes appartenant à la même ligue.

At issue was whether the Federal Court erred in allowing the motion to strike and in dismissing the motion for leave to amend.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court made errors in its decision. It misunderstood its role on a motion to strike. There were also errors in the method of statutory interpretation; more precisely, in the use of extrinsic evidence on a motion to strike and the role of ambiguity in statutory interpretation. The Federal Court also erred in its understanding of a component of subsection 48(3) of the Act. Nevertheless, these errors were of no consequence and the result reached by the Federal Court was correct.

The statement of claim, alleging as it did a conspiracy between leagues and between leagues and other organizations, had no reasonable prospect of success. The prohibition on anti-competitive arrangements in section 48 is limited to arrangements or agreements between clubs or teams in the same league. The proposed amended statement of claim, asserting as it did a conspiracy with respect to the *purchase or acquisition* of players' services, also had no reasonable prospect of success. The prohibition in section 45 is restricted to agreements or arrangements with respect to the *supply or sale* of products.

Section 48 cannot be read to mean that the prohibitions against anti-competitive arrangements in subsection 48(1) apply to interleague conspiracies as pleaded in the statement of claim. To properly understand the scope of subsection 48(1), the plain text of subsection 48(3) had to be examined. The phrase "as members of the same league" in that subsection must be given its plain, ordinary and otherwise clear meaning. The subsection also refers to "the granting and operation of franchises in the league". Coherence within the subsection is reinforced by understanding the phrase in its plain and ordinary sense. Subsection 48(3) allocates agreements and provisions "between or among teams and clubs... of the same league" that "relate exclusively to matters described in subsection(1)" to "appl[y]" under section 48 only. Conversely, it allocates "all other agreements, arrangements and provisions thereof between or among those teams, clubs and persons" to section 45 only. Thus, subsection 48(3) evidences a clear parliamentary intention to avoid overlapping or conflicting applications of section 45 and 48. Every agreement or provisions must "appl[y]" under either section 45 or 48. Interleague agreements are not "between or among teams and clubs engaged in professional sport as members of the same league". Parliament clearly did not intend to apply two contradicting penal standards to interleague conspiracies. It did not intend

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en accueillant la requête en radiation et en rejetant la requête visant à obtenir l'autorisation d'apporter des modifications.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale a commis des erreurs dans sa décision. Elle a mal compris son rôle lors de la présentation d'une requête en radiation. Des erreurs ont également été commises dans la méthode d'interprétation des lois, plus précisément dans l'utilisation des éléments de preuve extrinsèques lors de la présentation d'une requête en radiation et dans le rôle de l'ambiguïté dans l'interprétation des lois. La Cour fédérale a également commis une erreur en interprétant un élément du paragraphe 48(3) de la Loi. Toutefois, ces erreurs étaient sans conséquence et le résultat obtenu par la Cour fédérale était correct.

La demande, qui alléguait un complot entre les ligues et entre les ligues et d'autres organisations, n'avait aucune chance raisonnable d'être accueillie. L'interdiction de conclure des arrangements anticoncurrentiels prévue à l'article 48 est limitée aux arrangements ou accords entre clubs ou équipes d'une même ligue. La proposition de déclaration modifiée, qui invoquait un complot concernant *l'achat ou l'acquisition* de services de joueurs, n'avait pas non plus de chance raisonnable de succès. L'interdiction prévue à l'article 45 se limite aux accords ou arrangements relatifs à la *fourniture ou à la vente* de produits.

L'article 48 ne peut être interprété comme signifiant que les interdictions d'arrangements anticoncurrentiels prévues au paragraphe 48(1) s'appliquent aux complots entre ligues tels qu'ils étaient plaidés dans la déclaration. Pour bien comprendre la portée du paragraphe 48(1), il a fallu examiner le libellé du paragraphe 48(3), selon le sens ordinaire des mots qui le composent. L'expression « à titre de membres de la même ligue » dans cette disposition doit recevoir une interprétation claire et ordinaire. Le paragraphe mentionne également « l'octroi et l'exploitation de franchises dans la ligue ». La cohérence du paragraphe est renforcée par l'interprétation de l'expression suivant son sens ordinaire. Le paragraphe 48(3) prévoit que les accords et les dispositions « conclus entre des équipes et clubs [...] de la même ligue » qui « se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) » « s'applique[ent] » uniquement en vertu de l'article 48. Inversement, il attribue « tous les autres accords, arrangements et dispositions d'accords ou d'arrangements conclus entre ces équipes, clubs et personnes » à l'article 45 uniquement. Ainsi, le paragraphe 48(3) témoigne d'une intention claire du législateur d'éviter les chevauchements ou les conflits d'application des articles 45 et 48. Chaque accord ou disposition doit « s'applique[r] » en vertu de l'article 45 ou 48. Les accords entre les ligues ne sont pas « conclus entre des équipes et clubs

to apply section 48 to interleague agreements. The principle of implied exclusion or *expressio unius est exclusio alterius* was engaged: the legislature's failure to mention something can be a ground for inferring it was deliberately excluded. To conclude, where the words are precise and unequivocal, as they were here, the ordinary meaning plays a dominant role in the interpretation. The arguments advanced by the appellant did not shake the conclusion that the conspiracy provisions of section 48, when given their ordinary meaning, are confined to intraleague agreements. The Federal Court erred in its understanding of the requirement in subsection 48(3) that the agreement, arrangement or provision relate exclusively to matters described in subsection (1) (Act, subsection 48(3)). It erred in striking the claim on the basis that allegations did not relate exclusively to the matters in subsection 48(1). The general prohibition against conspiracies in subsection 48(1) is subject to a caveat in subsection 48(3), which requires that intraleague agreements, arrangements and provisions relate exclusively to matters described in subsection 48(1). The aim of section 48 is to protect the economic freedom of hockey players. To this end, section 48 identifies three behaviours that are anti-competitive: unreasonable limits on opportunities to participate (paragraph 48(1)(a)); unreasonable terms and conditions imposed on participants (paragraph 48(1)(a)); and unreasonable limits on the opportunity to negotiate with and play for the team of choice (paragraph 48(1)(b)). These are the anti-competitive practices to which the agreements or arrangements must relate exclusively. The Federal Court referenced allegations in the statement of claim which, in its view, were beyond the remit of paragraphs 48(1)(a) and (b) and, in so doing, also erred. A description of how the conspiracy works does not offend the requirement that the allegations "relate exclusively". The means are not to be confused with the effect. What must "relate exclusively" pertains to the asserted anti-competitive allegations.

With respect to the interpretation of section 45, section 45 applies where the anti-competitive agreement is between teams of different leagues or between umbrella organizations and teams or leagues. There is, however, an important caveat to the sweep of this provision. Section 45 is limited to agreements between competitors to fix prices or allocate markets relating to "the production or supply" of a product or a service—otherwise known as "sell-side" conspiracies. The plain meaning of *production or supply* leads to the conclusion that section 45 is limited to conspiracies relating to the provision, sale and distribution of products or services. It stands in contrast to *purchase*

qui pratiquent le sport professionnel à titre de membres de la même ligue ». Le législateur n'avait clairement pas l'intention d'appliquer deux normes pénales contradictoires aux complots entre ligues. Il n'avait pas l'intention d'appliquer l'article 48 aux accords conclus entre ligues. Le principe de l'exclusion implicite ou de la règle *expressio unius est exclusio alterius* était en cause : l'absence de mention d'un élément par le législateur peut permettre de déduire qu'il a été délibérément exclu. En conclusion, lorsque les termes sont précis et sans équivoque, comme c'était le cas en l'espèce, le sens ordinaire joue un rôle dominant dans l'interprétation. Les arguments avancés par l'appellant n'ont pas ébranlé la conclusion selon laquelle les dispositions de l'article 48 relatives au complot, lorsqu'on leur donne leur sens ordinaire, sont limitées aux accords conclus au sein d'une même ligue. La Cour fédérale a mal compris l'exigence du paragraphe 48(3) selon laquelle l'accord, l'arrangement ou la disposition se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) (paragraphe 48(3) de la Loi). Elle a commis une erreur en radiant la demande au motif que les allégations ne se rapportaient pas exclusivement aux sujets visés au paragraphe 48(1). L'interdiction générale des complots prévue au paragraphe 48(1) fait l'objet d'une mise en garde au paragraphe 48(3), qui exige que les accords, arrangements et dispositions conclus au sein d'une même ligue se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe 48(1). L'objectif de l'article 48 est de protéger la liberté économique des joueurs de hockey. À cette fin, l'article 48 recense trois comportements qui sont anticoncurrentiels : les limites déraisonnables aux possibilités de participation (alinéa 48(1)a)); les conditions déraisonnables imposées aux participants (alinéa 48(1)a)); et les limites déraisonnables à la possibilité de négocier avec l'équipe de son choix et de jouer pour elle (alinéa 48(1)b)). Il s'agit des pratiques anticoncurrentielles sur lesquelles les accords ou arrangements doivent porter exclusivement. La Cour fédérale a renvoyé à des allégations formulées dans la déclaration qui, à son avis, dépassaient la portée des alinéas 48(1)a) et b) et, ce faisant, a commis une erreur. Une description du fonctionnement du complot ne contrevient pas à l'exigence selon laquelle les allégations doivent « se rapporte[r] exclusivement ». Il ne faut pas confondre les moyens avec l'effet. Ce qui doit « se rapporte[r] exclusivement » concerne les allégations anticoncurrentielles invoquées.

En ce qui concerne l'interprétation de l'article 45, l'article 45 s'applique lorsque l'accord anticoncurrentiel est conclu entre des équipes de différentes ligues ou entre des organismes-cadres et des équipes ou des ligues. Il existe toutefois une réserve importante quant à la portée de cette disposition. L'article 45 est limité aux accords entre concurrents visant à fixer les prix ou à attribuer les marchés pour « la production ou la fourniture » d'un produit ou d'un service — également connus sous le nom de complots « côté vente ». Le sens ordinaire des termes *production ou fourniture* permet de conclure que l'article 45 se limite aux complots relatifs à la fourniture,

*and acquire*. As the proposed amended statement of claim described a conspiracy relating to the terms and conditions under which the leagues and teams purchased or acquired services of the players, the allegation under section 45 had no hope of success. In March 2010, paragraph 45(1)(c) of the *Competition Act* was amended. Gone from the current version is the requirement that the agreement “unduly” affect competition. It is no longer necessary to establish that these agreements have anti-competitive effects. Agreement alone is now sufficient—the anti-competitive effect is presumed. Gone too is the word “purchase” from paragraph 45(1)(c), confining the scope of section 45 to supply or sell-side conspiracies. The words “for the supply of the product” were added to the new paragraph 45(1)(a) (price-fixing) and the words “production or supply of the product” to paragraphs 45(1)(b) and (c) (offences (market and supply restrictions)).

The Federal Court conflated its role on a motion to strike with its role on the merits. It reached its own conclusion on a contested point of statutory interpretation rather than answering the question of whether the plaintiff’s proposed interpretation had a reasonable chance of success. This was an incorrect analytical approach to a motion to strike. Once a judge finds that legislation is capable of being interpreted in at least two different ways, it is not open to the judge to conclude that it is plain and obvious that the action has no reasonable chance of success. Courts must be careful not to inhibit the development of the law by applying too strict an approach to motions to strike. The law must be allowed to evolve to respond to new issues and factual matrices. Therefore, statements of claim are to be read generously with a view to accommodating any inadequacies in the allegations. The fact that the law has not yet recognized a particular claim, interpretation, or cause of action is not determinative of the outcome of the motion. There is, however, a countervailing principle. Motions to strike serve an important screening or gatekeeping function. They are essential to effective and fair litigation and prevent unnecessary effort and expense being devoted to cases that have no reasonable prospect of success. This is particularly true in the context of class actions. The appellant contended that as the interpretive questions before the Federal Court had not been previously considered, they could not be conclusively considered to be bereft of success. In this case, there has been no judicial consideration of section 48 and limited tangential consideration of section 45. As a general proposition, definitive legal pronouncements on the meaning of legislation should not be made on a motion to strike where there are competing, credible interpretations. The only task for the motions judge is to determine whether there is a conflicting interpretation worth considering or that has a reasonable prospect of success. That said, a cause of action is not presumptively “reasonable” simply because it has no antecedence in case law. Some legal

à la vente et à la distribution de produits ou de services. Il s’oppose aux termes *achat et acquisition*. Étant donné que la proposition de déclaration modifiée présentait un complot relatif aux conditions dans lesquelles les ligues et les équipes ont acheté ou acquis les services des joueurs, l’allégation fondée sur l’article 45 n’avait aucune chance d’aboutir. En mars 2010, l’alinéa 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence* a été modifié. L’exigence selon laquelle l’accord doit viser « indûment » la concurrence a disparu de la version actuelle. Il n’est plus nécessaire d’établir que ces accords ont des effets anti-concurrentiels. L’accord seul est désormais suffisant — l’effet anticoncurrentiel est présumé. Le mot « achat » a également disparu de l’alinéa 45(1)c), ce qui limite la portée de l’article 45 aux complots « côté offre » ou « côté vente ». Les mots « de la fourniture du produit » ont été ajoutés au nouvel alinéa 45(1)a) (fixation des prix) et les mots « la production ou la fourniture du produit », aux infractions des alinéas 45(1)b) et c) (restrictions du marché et de la fourniture).

La Cour fédérale a confondu son rôle lors de la présentation d’une requête en radiation avec son rôle sur le fond. Elle a tiré sa propre conclusion sur un point contesté de l’interprétation de la loi plutôt que de répondre à la question de savoir si l’interprétation proposée par le demandeur avait une chance raisonnable de succès. Il s’agissait d’une approche analytique incorrecte à l’égard d’une requête en radiation. Dès lors qu’un juge constate qu’une disposition législative est susceptible d’être interprétée d’au moins deux manières différentes, il n’a pas la possibilité de conclure qu’il est clair et évident que l’action n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie. Les tribunaux doivent prendre bien soin de ne pas nuire au développement de la common law en appliquant un critère trop strict aux requêtes en radiation. Le droit doit être autorisé à évoluer pour répondre aux nouvelles questions et matrices factuelles. Par conséquent, les déclarations doivent être interprétées de manière libérale afin de tenir compte de toute insuffisance dans les allégations. Le fait que le droit n’ait pas encore reconnu un moyen, une interprétation ou une cause d’action particulière n’est pas déterminant pour l’issue de la requête. Il existe toutefois un principe faisant contrepoids. Les requêtes en radiation remplissent une importante fonction de filtrage ou de contrôle. Elles sont essentielles à l’efficacité et à l’équité des contentieux et empêchent que des efforts et des dépenses inutiles soient consacrés à des affaires qui n’ont aucune perspective raisonnable de succès. Cela est particulièrement vrai dans le contexte des recours collectifs. L’appelant a allégué que les questions d’interprétation soumises à la Cour fédérale n’ayant pas été examinées précédemment, elles ne pouvaient pas être considérées de manière concluante comme étant dépourvues de succès. En l’espèce, il n’y a pas eu d’analyse judiciaire de l’article 48 et l’article 45 a seulement fait l’objet d’une prise en compte accessoire limitée. En règle générale, les déclarations juridiques définitives sur le sens d’une loi ne devraient pas être faites lors de la présentation d’une requête en radiation, lorsqu’il existe

analysis may be needed to determine if a claim has any reasonable prospect of success. Although the Federal Court used incorrect terminology, it did not err in conducting some legal analysis to determine whether the claim had any reasonable prospect of success, and that analysis supported its conclusion that the claim had no reasonable prospect of success.

The Federal Court concluded that section 45 only prohibited supply-side conspiracies. It reached this conclusion after a review of the text of section 45, its legislative history, Parliamentary committee reports, etc. Subsection 221(2) of the *Federal Courts Rules* (Rules) provides that no evidence shall be heard on a motion to strike for an order under paragraph 221(1)(a). This legislative prohibition against the use of evidence on a motion to strike is underlined by solid policy considerations. The Court has neither the assurance that it has the complete picture nor that the “evidence” that it does have is credible. Relying on extrinsic evidence on a motion to strike makes it unclear as to whether the result was reached as a matter of law or whether it was reached based on the extrinsic evidence. The line between case law and evidence blurs. That was the case in the present matter. The error of the Federal Court was to treat the extrinsic evidence as relevant to the statutory interpretation issue that was before the Court. Policy statements of the regulator do not state what a statute means. The focus must be the statute, not how people have been using it. The Federal Court used the debates and proceedings not as context to inform the statutory interpretation analysis but instead as corroboration of its interpretation. While the legislative history may be used on a motion to strike as it may inform the purpose of the legislation, care must be taken not to confuse the evolution of the legislation, which is law, with what individual politicians or regulators think or hope the legislation says. Paragraph 221(1)(a) of the Rules is the beginning point on a continuum of procedural options available to parties to resolve questions of interpretation. Under other rules, such as rules 213 and 220, evidence is admissible to determine a question of statutory interpretation. It is for the judge to determine whether there is a sufficient evidentiary foundation to answer the question.

des interprétations concurrentes et crédibles. La seule tâche du juge des requêtes consiste à déterminer s’il existe une interprétation conflictuelle qui mérite d’être prise en considération ou qui a une chance raisonnable d’être accueillie. Cela dit, une cause d’action n’est pas présumée « raisonnable » simplement parce qu’elle n’a pas d’antécédents dans la jurisprudence. Une analyse juridique peut être nécessaire pour déterminer si une demande a une chance raisonnable d’aboutir. Bien que le juge ait utilisé une terminologie incorrecte, elle n’a pas commis d’erreur en effectuant une analyse juridique pour déterminer si la demande avait une chance raisonnable d’être accueillie, et cette analyse a étayé sa conclusion selon laquelle la demande n’avait pas de chance raisonnable d’être accueillie.

La Cour fédérale a conclu que l’article 45 n’interdisait que les complots « côté offre ». Elle est arrivée à cette conclusion après avoir examiné le texte de l’article 45, son historique législatif, les rapports des comités parlementaires, etc. Le paragraphe 221(2) des *Règles des Cours fédérales* (Règles) dispose qu’aucune preuve n’est admissible dans le cadre d’une requête en radiation invoquant le motif visé à l’alinéa 221(1)a). De solides considérations politiques font ressortir cette interdiction législative d’utiliser des éléments de preuve dans le cadre d’une requête en radiation. La Cour n’a ni l’assurance de disposer d’un tableau complet, ni celle que la « preuve » dont elle dispose est crédible. Le fait de s’appuyer sur des éléments de preuve extrinsèques lors de la présentation d’une requête en radiation ne permet pas de savoir clairement si le résultat a été obtenu du point de vue du droit ou s’il a été obtenu sur le fondement des éléments de preuve extrinsèques. La frontière entre la jurisprudence et les éléments de preuve est floue. C’était le cas en l’espèce. L’erreur de la Cour fédérale a été de considérer les éléments de preuve extrinsèques comme pertinents pour la question de l’interprétation de la loi qui occupait la Cour. Les énoncés de politique de l’autorité de réglementation ne précisent pas ce que signifie une loi. Il faut se concentrer sur la loi, pas sur la façon dont les gens l’utilisent. La Cour fédérale a utilisé les débats et les instances non pas comme contexte pour éclairer l’analyse de l’interprétation de la loi, mais plutôt pour corroborer son interprétation. Bien que le contexte législatif puisse être utilisé lors de la présentation d’une requête en radiation, car il peut constituer une source d’information sur l’objet de la loi, il faut veiller à ne pas confondre l’évolution de la loi, qui exprime une règle juridique, avec ce que les politiciens ou les autorités de réglementation pensent ou espèrent que la loi dit. L’alinéa 221(1)a) des Règles est le point de départ d’un continuum d’options procédurales dont disposent les parties pour résoudre les questions d’interprétation. En vertu d’autres règles, comme les règles 213 et 220, les éléments de preuve sont admissibles pour déterminer une question d’interprétation de la loi. Il appartient au juge de déterminer s’il existe un fondement probatoire suffisant pour répondre à la question.

Sections 45 and 48 are dual provisions—they give rise to both civil remedies and criminal prosecutions. The fact that they may be enforced criminally was a factor in the Federal Court’s interpretation. There is no presumption or rule of interpretation that the benefit of the doubt on a question of statutory interpretation goes to the defendant. The principle of strict construction of penal statutes exists as a subsidiary interpretive device applicable only where there is a finding of a genuine ambiguity as to the meaning of a provision. A genuine ambiguity arises only where there are two equally plausible interpretations to choose between following the interpretation exercise. A difficulty of interpretation is not necessarily an ambiguity. In the absence of a finding of a true ambiguity, the principle of strict construction ought not to have been invoked. There is no ambiguity in section 45.

Les articles 45 et 48 sont des dispositions doubles — ils donnent ouverture à la fois à des recours civils et à des poursuites pénales. Le fait qu’ils puissent être mis en application sur le plan pénal a eu un effet sur l’interprétation de la Cour fédérale. Il n’existe pas de présomption ou de règle d’interprétation selon laquelle le bénéfice du doute sur une question d’interprétation législative est accordé au défendeur. Le principe de l’interprétation stricte des lois pénales n’existe qu’à titre de mécanisme d’interprétation subsidiaire applicable uniquement lorsqu’il y a une véritable ambiguïté quant au sens d’une disposition. Une véritable ambiguïté ne se pose que lorsqu’il faut choisir entre deux interprétations également plausibles à la suite de l’exercice d’interprétation. Une difficulté d’interprétation n’est pas nécessairement une ambiguïté. À défaut de constatation d’une véritable ambiguïté, le principe d’interprétation stricte n’aurait pas dû être invoqué. L’article 45 ne comporte aucune ambiguïté.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 6, 36, 45, 45.1, 48, 90.1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 213, 220, 221(1)(a),(2), 334.39.  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, r. 19(27).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 9-5(2).

## CASES CITED

## CONSIDERED:

*Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482, 17 Alta. L.R. (7th) 83; *Latifi v. The TDL Group Corp.*, 2021 BCSC 2183, 2021 CarswellBC 3523; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Coote v. Lawyers’ Professional Indemnity Company*, 2013 FCA 143, 229 A.C.W.S. (3d) 935; *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 45, [2013] 4 F.C.R. 234.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2012 FC 454, 408 F.T.R. 139; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FCA 171, [2016] 2 F.C.R. 202, 387 D.L.R. (4th) 552; *Arsenault v. Canada*, 2008 FC 299, 330 F.T.R. 8, aff’d. 2009 FCA 242, 395 N.R. 377; *Apotex Inc. v. Laboratoires Servier*, 2007 FCA 350,

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 6, 36, 45, 45.1, 48, 90.1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 213, 220, 221(1)a),(2), 334.39.  
*Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90, règle 19(27).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, règle 9-5(2).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482, 17 Alta. L.R. (7th) 83; *Latifi v. The TDL Group Corp.*, 2021 BCSC 2183, 2021 CarswellBC 3523; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Coote c. Lawyers’ Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143; *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 45, [2013] 4 R.C.F. 234.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2012 CF 454; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2015 CAF 171, [2016] 2 R.C.F. 202; *Arsenault c. Canada*, 2008 CF 299, conf. par 2009 CAF 242; *Apotex Inc. c. Laboratoires Servier*, 2007 CAF 350; *McCain Foods Limited c. J.R. Simplot*

286 D.L.R. (4th) 1; *McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4, [2021] F.C.J. No. 37 (QL); *Das v. George Weston Limited*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173; *Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.*, 2014 FC 883, 128 C.P.R. (4th) 410; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General)*, 2021 FCA 84, [2021] 2 F.C.R. 426, 41 C.E.L.R. (4th) 157; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Big River First Nation*, 2019 SKCA 117, 28 C.E.L.R. (4th) 218.

## AUTHORS CITED

Barnes, John. *The Law of Hockey*, LexisNexis, 2010.  
 Canada. Consumer and Corporate Affairs. *Proposals for a New Competition Policy for Canada*, The Hon. Herb Gray, Ottawa: Consumer and Corporate Affairs, November 1973.  
 Canada. Parliament. Senate. Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, Issue No. 61 (19 November 1975).  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from Federal Court decision (2021 FC 488, [2021] 4 F.C.R. 408) finding that it was plain and obvious that the appellant's statement of claim did not disclose a cause of action under section 48 of the *Competition Act* and dismissing the appellant's motion for leave to amend to advance a claim under section 45 of the Act on the ground that the amendments did not plead a conspiracy within the scope of section 45. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Edward J. Babin* and *Brendan Monahan* for appellant.  
*Stephen J. Shamie*, *John C. Field*, *Sean M. Sells*, *Gabrielle A. Lemoine* and *Linda M. Plumpton* for respondent National Hockey League.  
*Jean-Michel Boudreau* for respondent American Hockey League Inc.  
*Karine Chênevert* and *Alexander L. De Zordo* for respondent ECHL Inc.

*Company*, 2021 CAF 4, [2021] A.C.F. n° 37 (QL); *Das v. George Weston Limited*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173; *Merck & Co. Inc. c. Apotex inc.*, 2014 CF 883; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2021 CAF 84, [2021] 2 R.C.F. 426; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. v. Big River First Nation*, 2019 SKCA 117, 28 C.E.L.R. (4th) 218.

## DOCTRINE CITÉE

Barnes, John. *The Law of Hockey*, LexisNexis, 2010.  
 Canada. Consommation et Corporations. *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada*, l'hon. Herb Gray, Ottawa : Consommation et Corporations, novembre 1973.  
 Canada. Parlement. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, fascicule n° 61 (19 novembre 1975).  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2021 CF 488, [2021] 4 R.C.F. 408), qui a conclu qu'il était clair et évident que la demande de l'appelant ne révélait pas une cause d'action au titre de l'article 48 de la *Loi sur la concurrence* et a rejeté la requête de l'appelant en vue d'obtenir l'autorisation d'apporter des modifications pour présenter une demande aux termes de l'article 45 de la Loi, au motif que les modifications n'invoquaient pas un complot au sens de l'article 45. Appel rejeté.

## ONT COMPARU :

*Edward J. Babin* et *Brendan Monahan* pour l'appelant.  
*Stephen J. Shamie*, *John C. Field*, *Sean M. Sells*, *Gabrielle A. Lemoine* et *Linda M. Plumpton* pour l'intimée Ligue nationale de hockey.  
*Jean-Michel Boudreau* pour l'intimée American Hockey League Inc.  
*Karine Chênevert* et *Alexander L. De Zordo* pour l'intimée ECHL Inc.

*Eric C. Lefebvre, Christopher A. Guerreiro and Erika Woolgar* for respondents Canadian Hockey League, Quebec Major Junior Hockey League Inc., Ontario Hockey League and Western Canada Hockey League.  
*Casey Halladay and Akiva Stern* for respondent Hockey Canada.

*Eric C. Lefebvre, Christopher A. Guerreiro et Erika Woolgar* pour les intimées, Ligue canadienne de hockey, Ligue de hockey junior majeur du Québec inc., Ligue de hockey de l'Ontario et Ligue de hockey de l'Ouest canadien.  
*Casey Halladay et Akiva Stern* pour l'intimée Hockey Canada.

## SOLICITORS OF RECORD

*Babin Bessner Spry LLP*, Toronto, for appellant.  
*Hicks Morley Hamilton Stewart Storie LLP* and *Torys LLP*, Toronto, for respondent National Hockey League.  
*IMK s.e.n.c.r.l./LLP*, Montréal, for respondent American Hockey League Inc.  
*Borden Ladner Gervais LLP*, Montréal, for respondent ECHL Inc.  
*Norton Rose Fullbright Canada LLP*, Montréal, for respondents Canadian Hockey League, Quebec Major Junior Hockey League Inc., Ontario Hockey League and Western Canada Hockey League.  
*McCarthy Tetrault s.e.n.c.r.l., s.r.l.*, Toronto, for respondent Hockey Canada.

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

RENNIE J.A.:

Background

[1] The Court is seized with two questions of statutory interpretation. The provisions in question are sections 45 and 48 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, the full text of which is found in Annex A to these reasons.

[2] In broad terms, section 45 of the *Competition Act* prohibits conspiracies, agreements or arrangements between competitors to fix or maintain prices, allocate markets or customers, or restrict markets for the production or supply of a product. If established, the anti-competitive effect of the agreement is presumed, giving rise to both criminal sanctions and civil remedies.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Babin Bessner Spry LLP*, Toronto, pour l'appellant.  
*Hicks Morley Hamilton Stewart Storie LLP* et *Torys LLP*, Toronto, pour l'intimée, Ligue nationale de hockey.  
*IMK S.E.N.C.R.L./LLP*, Montréal, pour l'intimée, American Hockey League Inc.  
*Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour l'intimée, ECHL Inc.  
*Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour les intimées, Ligue canadienne de hockey, Ligue de hockey junior majeur du Québec inc., Ligue de hockey de l'Ontario et Ligue de hockey de l'Ouest canadien.  
*McCarthy Tetrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour l'intimée Hockey Canada.

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

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

Contexte

[1] La Cour est saisie de deux questions d'interprétation législative. Les dispositions en cause sont les articles 45 et 48 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, dont le texte intégral se trouve à l'annexe A des présents motifs.

[2] De façon générale, l'article 45 de la *Loi sur la concurrence* interdit les complots, les accords ou les arrangements entre concurrents visant à fixer ou à maintenir les prix, à attribuer des marchés ou des clients, ou à restreindre des marchés pour la production ou la fourniture d'un produit. S'il est établi, l'effet anticoncurrentiel de l'accord est présumé, donnant lieu à des sanctions pénales et à des recours civils.



[3] Section 48 addresses conspiracies or arrangements in the context of professional sport. Again, in broad terms, section 48 prohibits agreements or arrangements which unreasonably limit the opportunities of a player to participate in professional sport, impose unreasonable terms on players, or unreasonably limit the ability of players to negotiate with and play with a team of their choice. The purpose of section 48 is to protect freedom of employment for players (John Barnes, *The Law of Hockey* (LexisNexis, 2010) (Barnes), at page 322). Like section 45, a breach of section 48 gives rise to criminal sanctions and civil remedies.

[4] There are two key differences between conspiracies under sections 45 and 48. If established, a conspiracy under section 45 is deemed anti-competitive. In contrast, under section 48, a court must take certain matters into account before determining that a conspiracy has been established. This includes the desirability of maintaining a balance among teams competing in the same league. In effect, section 48 exempts certain agreements or arrangements made in the context of professional sport from the general prohibition against anti-competitive agreements in section 45 of the *Competition Act*.

[5] The scope of these two provisions and their interrelationship lies at the heart of the interpretive questions before us.

[6] The appellant commenced a class proceeding alleging that the respondents conspired, contrary to paragraphs 48(1)(a) and (b), to limit the opportunities of hockey players to play in Canadian major junior and professional hockey leagues. The appellant sought damages under paragraph 36(1)(a) of the *Competition Act* for economic losses suffered as a result of the alleged conspiracy.

[7] The respondents moved to strike the appellant's statement of claim on the basis that it disclosed no reasonable cause of action. They argued that section 48 of the Act did not, and could not, apply to the facts as framed in the statement of claim.

[3] L'article 48 traite des complots ou des arrangements dans le contexte du sport professionnel. Là encore, de façon générale, l'article 48 interdit les accords ou arrangements qui limitent de manière déraisonnable les possibilités d'un joueur de participer à un sport professionnel, qui imposent des conditions déraisonnables aux joueurs ou qui limitent de manière déraisonnable la capacité des joueurs à négocier et à jouer avec l'équipe de leur choix. L'objectif de l'article 48 est de protéger la liberté d'emploi des joueurs (John Barnes, *The Law of Hockey* (LexisNexis, 2010), page 322 (ouvrage de John Barnes)). Comme l'article 45, une violation de l'article 48 donne lieu à des sanctions pénales et à des recours civils.

[4] Il existe deux différences essentielles entre les complots prévus aux articles 45 et 48. S'il est établi, un complot au titre de l'article 45 est considéré comme anti-concurrentiel. En revanche, en vertu de l'article 48, une cour de justice doit prendre en compte certains éléments avant de déterminer qu'un complot a été établi. Il s'agit notamment de l'opportunité de maintenir un équilibre entre les équipes appartenant à la même ligue. De fait, l'article 48 exempte certains accords ou arrangements conclus dans le cadre du sport professionnel de l'interdiction générale des accords anticoncurrentiels prévue à l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*.

[5] La portée de ces deux dispositions et leur interrelation sont au cœur des questions d'interprétation qui nous occupent.

[6] L'appelant a intenté un recours collectif alléguant que les intimées ont comploté, en contravention aux alinéas 48(1)a) et b), pour limiter les possibilités des joueurs de hockey de jouer dans les ligues majeures de hockey junior et professionnel au Canada. L'appelant a demandé des dommages-intérêts en vertu de l'alinéa 36(1)a) de la *Loi sur la concurrence* pour les pertes économiques subies en raison du complot allégué.

[7] Les intimées ont demandé la radiation de la déclaration de l'appelant au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable. Elles affirment que l'article 48 de la Loi ne s'appliquait pas et ne pouvait pas s'appliquer aux faits tels qu'ils étaient exposés dans la déclaration.

[8] In response to the motion to strike, the appellant moved to amend the statement of claim, adding an allegation of a conspiracy under section 45 of the Act. The notice of motion seeking leave to amend referred to “both intra – and inter-league ... [conspiracies that] ... may perhaps be governed by one or the other of sections 45 and 48”.

[9] The Federal Court (*per* Crampton C.J., 2021 FC 488, [2021] 4 F.C.R. 408) [hereinafter referred to as “Reasons”] found that it was plain and obvious that the appellant’s claim did not disclose a cause of action under section 48. The Court also dismissed the motion for leave to amend to advance the claim under section 45 on the ground that the amendments did not plead a conspiracy within the scope of section 45.

[10] In this context, questions of statutory interpretation are subject to a correctness standard of review, and I agree with the appellant that the Federal Court made errors (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, at paragraph 72). The Court misunderstood its role on a motion to strike. There were also errors in the method of statutory interpretation; to be precise, in the use of extrinsic evidence on a motion to strike and the role of ambiguity in statutory interpretation. The Court also erred in its understanding of a component of subsection 48(3).

[11] I will discuss these errors later. However, it is sufficient to note at this point that they are of no consequence. The result reached by the Federal Court was nevertheless correct and so I would dismiss the appeal.

[12] The statement of claim, alleging as it does a conspiracy between leagues and between leagues and other organizations, has no reasonable prospect of success. The prohibition on anti-competitive arrangements in section 48 is limited to arrangements or agreements between clubs or teams in the same league. The proposed

[8] En réponse à la requête en radiation, l’appelant a proposé de modifier la déclaration, en ajoutant une allégation de complot en vertu de l’article 45 de la Loi. L’avis de requête visant à obtenir l’autorisation de modifier mentionnait [TRADUCTION] « [des complots] au sein d’une même ligue et d’autres faisant intervenir plus d’une ligue [...] susceptibles d’être visés par l’un ou l’autre des articles 45 et 48 ».

[9] La Cour fédérale (le juge en chef Crampton, 2021 CF 488, [2021] 4 R.C.F. 408) [ci-après appelé “motifs”] a conclu qu’il était clair et évident que la demande de l’appelant ne révélait pas une cause d’action au titre de l’article 48. La Cour a également rejeté la requête en vue d’obtenir l’autorisation d’apporter des modifications pour présenter la demande aux termes de l’article 45, au motif que les modifications n’invoquaient pas un complot au sens de l’article 45.

[10] Dans ce contexte, les questions d’interprétation des lois sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte et je suis d’accord avec l’appelant pour dire que la Cour fédérale a commis des erreurs (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, au paragraphe 72). La Cour a mal compris son rôle lors de la présentation d’une requête en radiation. Des erreurs ont également été commises dans la méthode d’interprétation des lois, plus précisément dans l’utilisation des éléments de preuve extrinsèques lors de la présentation d’une requête en radiation et dans le rôle de l’ambiguïté dans l’interprétation des lois. La Cour a également commis une erreur en interprétant un élément du paragraphe 48(3).

[11] J’aborderai ces erreurs plus tard. Toutefois, il suffit de noter à ce stade qu’elles sont sans conséquence. Le résultat obtenu par la Cour fédérale était néanmoins correct et je rejetterais donc l’appel.

[12] La demande, qui allègue un complot entre les ligues et entre les ligues et d’autres organisations, n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie. L’interdiction de conclure des arrangements anticoncurrentiels prévue à l’article 48 est limitée aux arrangements ou accords entre clubs ou équipes d’une même ligue. La proposition de

amended statement of claim, asserting as it does a conspiracy with respect to the *purchase or acquisition* of players' services, also has no reasonable prospect of success. The prohibition in section 45 is restricted to agreements or arrangements with respect to the *supply or sale* of products.

*The interpretation of section 48*

[13] A statute is to be read in its entire context, in its grammatical and ordinary sense, harmonious with the scheme and object of the statute. Sometimes legislative history can shed light on the matter. When the words of a statute are unequivocal, the ordinary meaning plays a dominant role in the interpretative process (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at paragraph 88).

[14] The Court's task is to discern the meaning of the words used by Parliament when it chose to enact its policy preferences. There is no room for the Court to inject its own policy preferences into the analysis. In this case, it is not for this Court to say whether section 48 is or is not a good thing. Our task is just to discern what Parliament chose to enact (*TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144).

[15] Section 48 cannot be read, consistent with these principles, to mean that the prohibitions against anti-competitive arrangements in subsection 48(1) apply to interleague conspiracies as pleaded in the statement of claim. To properly understand the scope of subsection 48(1) we must look to plain text of subsection 48(3) which reads as follows:

48 ...

**Application**

(3) This section applies, and section 45 does not apply, to agreements and arrangements and to provisions of agreements and arrangements between or among teams

déclaration modifiée, qui invoque un complot concernant *l'achat ou l'acquisition* de services de joueurs, n'a pas non plus de chance raisonnable de succès. L'interdiction prévue à l'article 45 se limite aux accords ou arrangements relatifs à *la fourniture ou à la vente* de produits.

*Interprétation de l'article 48*

[13] Une loi doit être lue dans son contexte global, en prenant en considération le sens ordinaire et grammatical des mots, ainsi que l'esprit et l'objet de la loi. Parfois, l'historique législatif peut apporter un éclairage sur la question. Lorsque les termes d'une loi sont sans équivoque, le sens ordinaire joue un rôle dominant dans le processus d'interprétation (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, au paragraphe 88).

[14] La tâche de la Cour consiste à discerner le sens des mots utilisés par le législateur lorsqu'il a choisi d'adopter ses préférences en matière de politique. Il n'y a pas lieu pour la Cour d'introduire dans l'analyse ses propres préférences en matière de politique. En l'espèce, il n'appartient pas à la Cour de dire si l'article 48 est ou non une bonne chose. Notre tâche consiste simplement à discerner ce que le législateur a choisi d'édicter (*TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144).

[15] L'article 48 ne peut être interprété, conformément à ces principes, comme signifiant que les interdictions d'arrangements anticoncurrentiels prévues au paragraphe 48(1) s'appliquent aux complots entre ligues tels qu'ils sont plaidés dans la déclaration. Pour bien comprendre la portée du paragraphe 48(1), nous devons examiner le libellé du paragraphe 48(3), selon le sens ordinaire des mots qui le composent, qui est rédigé comme suit :

48 [...]

**Application**

(3) Le présent article s'applique et l'article 45 ne s'applique pas aux accords et arrangements et aux dispositions des accords et arrangements conclus entre des équipes

and clubs engaged in professional sport as members of the same league and between or among directors, officers or employees of those teams and clubs where the agreements, arrangements and provisions relate exclusively to matters described in subsection (1) or to the granting and operation of franchises in the league, and section 45 applies and this section does not apply to all other agreements, arrangements and provisions thereof between or among those teams, clubs and persons.

[16] The phrase “as members of the same league” must be given its plain, ordinary and otherwise clear meaning. The subsection also refers to “the granting and operation of franchises in the league”. Coherence within the subsection is reinforced by understanding the phrase in its plain and ordinary sense. While there could be some discussion around the boundaries of what constitutes a “league”, this point was not argued before us (Barnes, at page 322).

[17] Subsection 48(3) allocates agreements and provisions “between or among teams and clubs... of the same league” that “relate exclusively to matters described in subsection [48](1)” to “appl[y]” under section 48 only. Conversely, it allocates “all other agreements, arrangements and provisions thereof between or among those teams, clubs and persons” to section 45 only. Thus, subsection 48(3) evidences a clear parliamentary intention to avoid overlapping or conflicting applications of section 45 and 48. Every agreement or provisions must “appl[y]” under either section 45 or 48.

[18] Interleague agreements are not “between or among teams and clubs engaged in professional sport as members of the same league”. Parliament clearly did not intend to apply two contradicting penal standards to interleague conspiracies. But if interleague agreements were caught by section 48, this is exactly what could happen. This demonstrates that Parliament did not intend to apply section 48 to interleague agreements.

et clubs qui pratiquent le sport professionnel à titre de membres de la même ligue et entre les administrateurs, les dirigeants ou les employés de ces équipes et clubs, lorsque ces accords, arrangements et dispositions se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) ou à l’octroi et l’exploitation de franchises dans la ligue; toutefois, c’est l’article 45 et non le présent article qui s’applique à tous les autres accords, arrangements et dispositions d’accords ou d’arrangements conclus entre ces équipes, clubs et personnes.

[16] L’expression « à titre de membres de la même ligue » doit recevoir une interprétation claire et ordinaire. Le paragraphe mentionne également « l’octroi et l’exploitation de franchises dans la ligue ». La cohérence du paragraphe est renforcée par l’interprétation de l’expression suivant son sens ordinaire. Bien que l’on puisse discuter des limites de ce qui constitue une « ligue », ce point n’a pas été plaidé devant nous (ouvrage de John Barnes, à la page 322).

[17] Le paragraphe 48(3) prévoit que les accords et les dispositions « conclus entre des équipes et clubs [...] de la même ligue » qui « se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe [48](1) » « s’applique[ent] » uniquement en vertu de l’article 48. Inversement, il attribue « tous les autres accords, arrangements et dispositions d’accords ou d’arrangements conclus entre ces équipes, clubs et personnes » à l’article 45 uniquement. Ainsi, le paragraphe 48(3) témoigne d’une intention claire du législateur d’éviter les chevauchements ou les conflits d’application des articles 45 et 48. Chaque accord ou disposition doit « s’applique[r] » en vertu de l’article 45 ou 48.

[18] Les accords entre les ligues ne sont pas « conclus entre des équipes et clubs qui pratiquent le sport professionnel à titre de membres de la même ligue ». Le législateur n’avait clairement pas l’intention d’appliquer deux normes pénales contradictoires aux complots entre ligues. Toutefois, si les accords entre ligues étaient visés par l’article 48, c’est exactement ce qui pourrait se produire. Cela démontre que le législateur n’avait pas l’intention d’appliquer l’article 48 aux accords conclus entre ligues.

[19] Parliament was also consistent in the language and design of section 48. Paragraphs 48(2)(a) and (b) describe criteria to be considered in determining whether the prohibition against anti-competitive arrangements in subsection 48(1) has been violated. This includes, in paragraph 48(2)(b) “the desirability of maintaining a reasonable balance among the teams or clubs participating in the same league” (emphasis added).

[20] Two points may be said about this. First, consistent with subsection 48(3), the focus of paragraph 48(2)(b) is on teams “in the same league”. The second is that paragraph 48(2)(b) would be redundant, if not nonsensical, if the scope of subsection 48(3) were widened to include other leagues and umbrella organizations such as the respondent Hockey Canada, as argued by the appellant. The rule against tautological interpretations would be breached (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014) (Sullivan), at § 8.23).

[21] Other provisions in the Act support the conclusion that subsection 48(3) means what it says. Section 6 of the *Competition Act* addresses amateur sport. Subsection 6(1) states: “This Act does not apply in respect of agreements or arrangements between or among teams, clubs and leagues pertaining to participation in amateur sport.”

[22] By its terms, subsection 6(1) applies to both intraleague and interleague agreements, whereas subsection 48(3) references only intra-league agreements. By the choice of words “between or among” teams, clubs and leagues in subsection 6(1), Parliament demonstrated an understanding of the distinction between intraleague and interleague agreements. It chose in subsection 6(1) to reference both, and in subsection 48(3) to reference only intraleague agreements. The principle of implied exclusion or *expressio unius est exclusio alterius* is engaged: the legislature’s failure to mention something can be a ground for inferring it was deliberately excluded (Sullivan, at § 8.89–8.91).

[19] Le législateur a également été cohérent dans le libellé et la conception de l’article 48. Les alinéas 48(2)a) et b) exposent les critères à prendre en compte pour déterminer si l’interdiction de conclure des accords anti-concurrentiels prévue au paragraphe 48(1) a été violée. Cela inclut, à l’alinéa 48(2)b), « [l’]opportun[ité] de maintenir un équilibre raisonnable entre les équipes ou clubs appartenant à la même ligue » (mon soulignement).

[20] Deux remarques peuvent être faites à ce sujet. Premièrement, conformément au paragraphe 48(3), l’alinéa 48(2)b) vise les équipes appartenant « à la même ligue ». La deuxième remarque concerne le fait que l’alinéa 48(2)b) serait redondant, voire insensé, si la portée du paragraphe 48(3) était élargie pour inclure d’autres ligues et organismes-cadres comme l’intimée Hockey Canada, comme le soutient l’appelant. La règle interdisant les interprétations tautologiques serait violée (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2014), (ouvrage de Ruth Sullivan), paragraphe 8.23).

[21] D’autres dispositions de la Loi permettent de conclure que l’interprétation du paragraphe 48(3) doit être fondée sur le sens ordinaire des mots qui le composent. L’article 6 de la *Loi sur la concurrence* traite du sport amateur. Le paragraphe 6(1) prévoit ce qui suit : « La présente loi ne s’applique pas aux accords ou arrangements conclus entre équipes, clubs et ligues dans le domaine de la participation au sport amateur ».

[22] Selon ses termes, le paragraphe 6(1) s’applique à la fois aux accords conclus au sein d’une même ligue et entre ligues, alors que le paragraphe 48(3) ne renvoie qu’aux accords conclus au sein d’une même ligue. Par le choix des mots en anglais « *between or among* » (« conclus entre équipes, clubs et ligues ») au paragraphe 6(1), le législateur a démontré qu’il comprenait la distinction entre les accords conclus au sein d’une même ligue et ceux conclus entre différentes ligues. Il a choisi, au paragraphe 6(1), de faire référence aux deux types d’accords, et au paragraphe 48(3), de ne faire référence qu’aux accords conclus au sein d’une même ligue. C’est le principe de l’exclusion implicite ou de la règle *expressio unius est exclusio alterius* qui est en cause : l’absence de mention d’un élément par le législateur peut

[23] To conclude, where the words are precise and unambiguous, as they are here, the ordinary meaning plays a dominant role in the interpretation. As I will explain, the arguments advanced by the appellant do not shake the conclusion that the conspiracy provisions of section 48, when given their ordinary meaning, are confined to intraleague agreements.

*The appellant's arguments on the interpretation of section 48*

[24] The appellant contends that subsection 48(3) does not limit subsection 48(1) to intraleague conspiracies; rather, subsection 48(3) simply removes those types of conspiracies from the general conspiracy prohibition in section 45 and makes them subject to the mitigating considerations outlined in subsection 48(2). Consequently, “what has not been removed from section 45, namely conspiracies that are not confined to teams within a single league, remains within the purview of subsection 48(1)” (Reasons, at paragraph 71).

[25] This argument fails. I agree with the Federal Court when it concluded that to interpret subsection 48(1) in this manner would defeat the ordinary meaning of the language of subsection 48(3) which explicitly limits the application of section 48 to teams that are members of the same league. I also agree with the Federal Court that this interpretation would lead to an absurd bifurcation of the conspiracy provisions in the context of professional sport (Reasons, at paragraph 74).

[26] Next, the appellant argues that the Federal Court erred in its understanding of the requirement in subsection 48(3) that the agreement, arrangement or provision “relate exclusively to matters described in subsection (1)” (*Competition Act*, subsection 48(3)). Here, I agree with the appellant that the Federal Court erred in striking the claim on the basis that allegations did not relate exclusively to the matters in subsection 48(1).

permettre de déduire qu’il a été délibérément exclu (ouvrage de Ruth Sullivan, paragraphes 8.89 à 8.91).

[23] En conclusion, lorsque les termes sont précis et sans équivoque, comme c’est le cas en l’espèce, le sens ordinaire joue un rôle dominant dans l’interprétation. Comme je l’expliquerai, les arguments avancés par l’appelant n’ébranlent pas la conclusion selon laquelle les dispositions de l’article 48 relatives au complot, lorsqu’on leur donne leur sens ordinaire, sont limitées aux accords conclus au sein d’une même ligue.

*Observations de l’appelant sur l’interprétation de l’article 48*

[24] L’appelant affirme que le paragraphe 48(3) ne limite pas le paragraphe 48(1) aux complots conclus au sein d’une même ligue; au contraire, le paragraphe 48(3) soustrait simplement ces types de complots à l’interdiction générale des complots prévue à l’article 45 et les soumet aux facteurs atténuants énoncés au paragraphe 48(2). Par conséquent, « les éléments qui n’ont pas été supprimés de l’article 45, à savoir les complots qui ne se limitent pas aux équipes d’une seule ligue, demeurent visés au paragraphe 48(1) » (motifs, au paragraphe 71).

[25] Cet argument ne peut pas être retenu. Je suis d’accord avec la Cour fédérale lorsqu’elle conclut qu’interpréter le paragraphe 48(1) de cette façon irait à l’encontre du sens ordinaire du libellé du paragraphe 48(3) qui limite explicitement l’application de l’article 48 aux équipes qui sont membres de la même ligue. Je suis également d’accord avec la Cour fédérale pour dire que cette interprétation entraînerait une bifurcation absurde des dispositions relatives au complot dans le contexte du sport professionnel (motifs, au paragraphe 74).

[26] Ensuite, l’appelant affirme que la Cour fédérale a mal compris l’exigence du paragraphe 48(3) selon laquelle l’accord, l’arrangement ou la disposition « se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) » (*Loi sur la concurrence*, paragraphe 48(3)). En l’espèce, je conviens avec l’appelant que la Cour fédérale a commis une erreur en radiant la demande au motif que les allégations ne se rapportaient pas exclusivement aux sujets visés au paragraphe 48(1).

[27] The general prohibition against conspiracies in subsection 48(1) is subject to a caveat in subsection 48(3), which requires that intraleague agreements, arrangements and provisions “relate exclusively to matters described in subsection (1).”

[28] The aim of section 48 is to protect the economic freedom of hockey players (Barnes, at pages 322–324). To this end, section 48 identifies three behaviours that are anti-competitive: unreasonable limits on opportunities to participate (paragraph 48(1)(a)), unreasonable terms and conditions imposed on participants (paragraph 48(1)(a)), and unreasonable limits on the opportunity to negotiate with and play for the team of choice (paragraph 48(1)(b)). These are the anti-competitive practices to which the agreements or arrangements must relate exclusively.

[29] The Federal Court referenced allegations in the statement of claim which, in its view, were beyond the remit of paragraphs 48(1)(a) and (b) and in so doing erred (Reasons, at paragraphs 68, 70–75 and 85).

[30] A description of how the conspiracy works does not offend the requirement that the allegations “relate exclusively”. The means are not to be confused with the effect. A description of the corporate, partnership and other organizations and the arrangements put in place by which the anti-competitive terms and conditions are imposed on the players does not fall within the scope of what must “relate exclusively”. What must “relate exclusively” pertains to the asserted anti-competitive allegations. Concerns relating to the terms and conditions of the standard player agreement, including provisions for equipment, scholarships, travel (proposed amended statement of claim at paragraph 28.4), for training and development (at paragraph 47.5), provisions relating to trading of players, and consequences of non-performance all fall within the ambit of paragraphs 48(1)(a) or (b).

[31] There remains a final argument raised by the appellant. He contends that the introductory words of subsection 48(1), which make it an offence for “[e]very

[27] L’interdiction générale des complots prévue au paragraphe 48(1) fait l’objet d’une mise en garde au paragraphe 48(3), qui exige que les accords, arrangements et dispositions conclus au sein d’une même ligue « se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) ».

[28] L’objectif de l’article 48 est de protéger la liberté économique des joueurs de hockey (ouvrage de John Barnes, aux pages 322 à 324). À cette fin, l’article 48 recense trois comportements qui sont anticoncurrentiels : les limites déraisonnables aux possibilités de participation (alinéa 48(1)a), les conditions déraisonnables imposées aux participants (alinéa 48(1)a), et les limites déraisonnables à la possibilité de négocier avec l’équipe de son choix et de jouer pour elle (alinéa 48(1)b)). Il s’agit des pratiques anticoncurrentielles sur lesquelles les accords ou arrangements doivent porter exclusivement.

[29] La Cour fédérale a renvoyé à des allégations formulées dans la déclaration qui, à son avis, dépassaient la portée des alinéas 48(1)a) et b) et, ce faisant, a commis une erreur (motifs, aux paragraphes 68, 70 à 75 et 85).

[30] Une description du fonctionnement du complot ne contrevient pas à l’exigence selon laquelle les allégations doivent « se rapporte[r] exclusivement ». Il ne faut pas confondre les moyens avec l’effet. Une présentation des personnes morales, des sociétés de personnes et des autres organisations ainsi que des arrangements mis en place par lesquels les conditions anticoncurrentielles sont imposées aux joueurs n’entre pas dans le cadre de ce qui doit « se rapporte[r] exclusivement ». Ce qui doit « se rapporte[r] exclusivement » concerne les allégations anticoncurrentielles invoquées. Les préoccupations relatives aux modalités du contrat standard de joueur, y compris les dispositions relatives à l’équipement, aux bourses d’études, aux voyages (proposition de déclaration modifiée, paragraphe 28.4), à la formation et au développement (paragraphe 47.5), aux dispositions relatives à l’échange de joueurs et aux conséquences de la non-exécution relèvent toutes des alinéas 48(1)a) ou b).

[31] Il reste un dernier argument soulevé par l’appelant. Il soutient que l’énoncé liminaire du paragraphe 48(1), qui érige en infraction le fait pour « quiconque » de

one” to unlawfully conspire to limit the opportunities of players, demonstrate that Parliament intended to cast a wide net, including persons and corporations not part of the same league, but who or which have agreements with a league.

[32] I do not agree. In the specific context of the *Competition Act*, “[e]very one” reflects Parliament’s intention to make corporations, partnerships, individuals, leagues, clubs, teams, governing bodies, and umbrella organizations subject to the civil and criminal sanctions of the sports conspiracy provision. But the breadth of that word does not override subsection 48(3), where, by its plain terms, Parliament deliberately limited the sports conspiracy provision to intraleague agreements.

#### *The interpretation of section 45*

[33] Section 45 applies where the anti-competitive agreement is between teams of different leagues or between umbrella organizations and teams or leagues. There is, however, an important caveat to the sweep of this provision. Section 45 is limited to agreements between competitors to fix prices or allocate markets relating to “the production or supply” of a product or a service—otherwise known as “sell-side” conspiracies.

[34] The plain meaning of *production or supply* leads to the conclusion that section 45 is limited to conspiracies relating to the provision, sale and distribution of products or services. It stands in contrast to *purchase and acquire*. While, as noted by the Federal Court, there may be circumstances in which section 45 could capture purchasers, that is not in issue before us (Reasons, at paragraph 43). As the proposed amended statement of claim describes a conspiracy relating to the terms and conditions under which the leagues and teams purchased or acquired services of the players, the allegation under section 45 has no hope of success (see, e.g., proposed amended statement of claim, at paragraph 2.7).

comploter illégalement pour limiter les possibilités des joueurs, démontre que le législateur avait l’intention de ratisser large en incluant les personnes et les sociétés qui ne font pas partie de la même ligue, mais qui ont conclu des accords avec une ligue.

[32] Je ne suis pas de cet avis. Dans le contexte particulier de la *Loi sur la concurrence*, l’expression « quiconque » reflète l’intention du législateur d’assujettir les sociétés par actions, les sociétés de personnes, les particuliers, les ligues, les clubs, les équipes, les organismes directeurs et les organismes-cadres aux sanctions civiles et pénales prévues par la disposition sur les complots sportifs. Mais la portée de ce terme ne l’emporte pas sur le paragraphe 48(3), où, par ses termes simples, le législateur a délibérément limité la disposition sur les complots sportifs aux accords conclus au sein d’une même ligue.

#### *Interprétation de l’article 45*

[33] L’article 45 s’applique lorsque l’accord anti-concurrentiel est conclu entre des équipes de différentes ligues ou entre des organismes-cadres et des équipes ou des ligues. Il existe toutefois une réserve importante quant à la portée de cette disposition. L’article 45 est limité aux accords entre concurrents visant à fixer les prix ou à attribuer les marchés pour « la production ou la fourniture » d’un produit ou d’un service — également connus sous le nom de complots « côté vente ».

[34] Le sens ordinaire des termes *production ou fourniture* permet de conclure que l’article 45 se limite aux complots relatifs à la fourniture, à la vente et à la distribution de produits ou de services. Il s’oppose aux termes *achat et acquisition*. Bien que, comme l’a noté la Cour fédérale, il puisse y avoir des circonstances dans lesquelles l’article 45 pourrait s’appliquer aux acheteurs, cela n’est pas en litige dans le présent appel (motifs, au paragraphe 43). Étant donné que la proposition de déclaration modifiée présente un complot relatif aux conditions dans lesquelles les ligues et les équipes ont acheté ou acquis les services des joueurs, l’allégation fondée sur l’article 45 n’a aucune chance d’aboutir (voir, par exemple, la proposition de déclaration modifiée, au paragraphe 2.7).



[35] This understanding of section 45 is confirmed by its legislative history. (Later in these reasons I will explain how legislative history informs the statutory interpretation exercise.)

[36] In March 2010, paragraph 45(1)(c) of the *Competition Act* was amended [S.C. 2009, c. 2, s. 410] The provision, prior to amendment, read:

**Conspiracy**

**45(1)** Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unduly the facilities for transporting, producing, manufacturing, supplying, storing or dealing in any product,

(b) to prevent, limit or lessen, unduly, the manufacture or production of a product or to enhance unreasonably the price thereof,

(c) to prevent or lessen, unduly, competition in the production, manufacture, purchase, barter, sale, storage, rental, transportation or supply of a product, or in the price of insurance on persons or property, or

(d) to otherwise restrain or injure competition unduly,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine not exceeding ten million dollars or to both.

[37] Section 45, post amendment, reads:

**Conspiracies, agreements or arrangements between competitors**

**45 (1)** Every person commits an offence who, with a competitor of that person with respect to a product, conspires, agrees or arranges

(a) to fix, maintain, increase or control the price for the supply of the product;

(b) to allocate sales, territories, customers or markets for the production or supply of the product; or

[35] Cette interprétation de l'article 45 est confirmée par son historique législatif. (Plus loin dans les présents motifs, j'expliquerai comment le contexte législatif éclaire l'exercice que constitue l'interprétation de la loi.)

[36] En mars 2010, l'alinéa 45(1)c) de la *Loi sur la concurrence* a été modifié [L.C. 2009, ch. 2, art. 410]. Voici le libellé de la disposition avant sa modification :

**Complot**

**45(1)** Commet un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de cinq ans et une amende maximale de dix millions de dollars, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

a) soit pour limiter, indûment, les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emménagement ou de négoce d'un produit quelconque;

b) soit pour empêcher, limiter ou réduire, indûment, la fabrication ou production d'un produit ou pour en élever déraisonnablement le prix;

c) soit pour empêcher ou réduire, indûment, la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou la fourniture d'un produit, ou dans le prix d'assurances sur les personnes ou les biens;

d) soit, de toute autre façon, pour restreindre, indûment, la concurrence ou lui causer un préjudice indu.

[37] L'article 45, après la modification, est rédigé ainsi :

**Complot, accord ou arrangement entre concurrents**

**45 (1)** Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, complot ou conclut un accord ou un arrangement :

a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;

b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;

(c) to fix, maintain, control, prevent, lessen or eliminate the production or supply of the product.

c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

...

[...]

#### Definitions

(8) The following definitions apply in this section.

*competitor* includes a person who it is reasonable to believe would be likely to compete with respect to a product in the absence of a conspiracy, agreement or arrangement to do anything referred to in paragraphs (1)(a) to (c). (*concurrent*)

*price* includes any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage in relation to the supply of a product. (*prix*)

[38] Gone from the current version is the requirement that the agreement “unduly” affect competition. It is no longer necessary to establish that these agreements have anti-competitive effects. Agreement alone is now sufficient—the anti-competitive effect is presumed. Gone too is the word “purchase” from paragraph 45(1)(c), confining the scope of section 45 to supply or sell-side conspiracies. Lest there be any doubt, the words “for the supply of the product” were added to the new paragraph 45(1)(a) (price-fixing) and the words “production or supply of the product” to paragraphs 45(1)(b) and (c) offences (market and supply restrictions).

[39] Contemporaneous with the amendments to section 45, section 90.1 was added [S.C. 2009, c. 2, s. 429] to provide civil recourse, at the instance of the Competition Bureau, for any arrangements or agreements which have anti-competitive effects. While section 90.1 is generic in scope, it could encompass buy-side conspiracies, such as those that are founded on the purchase and acquisition of goods and services.

[40] Section 45 has been considered by two courts: *Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482, 17 Alta. L.R. (7th) 83 (*Dow Chemical*) and *Latifi v. The TDL Group Corp.*, 2021 BCSC 2183, 2021 CarswellBC 3523 (*Latifi*), at paragraphs 72 and 73.

#### Définitions

(8) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

*concurrent* S’entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l’égard d’un produit en l’absence d’un complot, d’un accord ou d’un arrangement visant à faire l’une des choses prévues aux alinéas (1)a à c). (*competitor*)

*prix* S’entend notamment de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage relatif à la fourniture du produit. (*price*)

[38] L’exigence selon laquelle l’accord doit viser « indûment » la concurrence a disparu de la version actuelle. Il n’est plus nécessaire d’établir que ces accords ont des effets anticoncurrentiels. L’accord seul est désormais suffisant — l’effet anticoncurrentiel est présumé. Le mot « achat » a également disparu de l’alinéa 45(1)c), ce qui limite la portée de l’article 45 aux complots « côté offre » ou « côté vente ». Pour éviter tout doute, les mots « de la fourniture du produit » ont été ajoutés au nouvel alinéa 45(1)a) (fixation des prix) et les mots « la production ou la fourniture du produit », aux infractions des alinéas 45(1)b) et c) (restrictions du marché et de la fourniture).

[39] Parallèlement aux modifications apportées à l’article 45, l’article 90.1 a été ajouté [L.C. 2009, ch. 2, art. 429] afin de prévoir un recours civil, à la demande du Bureau de la concurrence, pour tout arrangement ou accord ayant des effets anticoncurrentiels. Bien que l’article 90.1 ait une portée générique, il pourrait englober les complots « côté achat », comme ceux qui sont fondés sur l’achat et l’acquisition de biens et de services.

[40] L’article 45 a été examiné par deux tribunaux : *Dow Chemical Canada ULC v. NOVA Chemicals Corporation*, 2018 ABQB 482, 17 Alta. L.R. (7th) 83 (décision *Dow Chemical*) et *Latifi v. The TDL Group Corp.*, 2021 BCSC 2183, 2021 CarswellBC 3523 (décision *Latifi*),

In both cases the courts also reached the conclusion that section 45 only prohibits arrangements between suppliers and not buy-side or purchaser agreements.

*The appellant's arguments with respect to section 45*

[41] The appellant does not mount a credible argument in response to either the language of the section or its legislative history. In his memorandum of fact and law, the appellant argues that the legislative history is inconclusive on the point (paragraph 24), the language itself is not conclusive (paragraphs 25 and 134) and “it is not plain and obvious that Parliament intended that section 90.1, but not section 45, would apply to Buy-Side Conspiracies” (paragraph 133).

[42] These arguments are not persuasive. When given its plain meaning, section 45 does not apply to the agreements which form the foundation of the conspiracy pleaded in the proposed amended statement of claim. In light of this conclusion, it is unnecessary to deal with the subsidiary arguments concerning whether the Federal Court erred in its findings concerning the particularity of the pleading. It is also unnecessary to deal with the Federal Court’s finding that the duplication in the statement of claim of two allegations also advanced in class actions in other courts constituted an abuse of process.

[43] During oral argument, the Court asked questions about whether the appellant, also a class member in those other class proceedings, could bring his own class proceeding—effectively opting out of those proceedings or affecting its potential finality—after the opt-out period in those proceedings had expired. This concern, effectively another variant of abuse of process, was not considered by the Federal Court and the parties were not prepared to argue it and so the Court will not discuss it further. In the future, on similar facts, the parties may well wish to address it. In making this observation I note that the claim in this case was for statutory damage under section 36 of the *Competition Act*, a claim not advanced in the other courts.

aux paragraphes 72 et 73. Dans ces deux décisions, les tribunaux sont également parvenus à la conclusion que l’article 45 n’interdit que les arrangements entre fournisseurs et non les accords « côté achat » ou entre acheteurs.

*Observations de l’appelant concernant l’article 45*

[41] L’appelant ne présente pas d’argument crédible en réponse au libellé de l’article ou à son historique législatif. Dans son mémoire des faits et du droit, l’appelant affirme que l’historique législatif n’est pas concluant sur ce point (paragraph 24), que le libellé lui-même n’est pas concluant (paragraphes 25 et 134) et qu’[TRADUCTION] « il n’est pas clair et évident que le législateur voulait que l’article 90.1, mais non l’article 45, s’applique aux complots — côté achat » (paragraph 133).

[42] Ces arguments ne sont pas convaincants. Lorsqu’on lui attribue son sens ordinaire, l’article 45 ne s’applique pas aux accords qui constituent le fondement du complot plaidé dans la proposition de déclaration modifiée. Compte tenu de cette conclusion, il n’est pas nécessaire de traiter les observations subsidiaires concernant la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur dans ses conclusions sur la particularité de l’acte de procédure. Il n’est pas non plus nécessaire de traiter de la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la duplication dans la déclaration de deux allégations également formulées dans des recours collectifs devant d’autres tribunaux constituait un abus de procédure.

[43] Au cours des plaidoiries, la Cour a posé des questions sur la possibilité pour l’appelant, également membre du groupe dans ces autres recours collectifs, d’introduire son propre recours collectif, ce qui aurait pour effet de l’exclure de ces recours ou d’avoir une incidence sur son caractère définitif potentiel, après l’expiration du délai d’exclusion dans ces recours. Cette préoccupation, qui constitue en fait une autre variante de l’abus de procédure, n’a pas été examinée par la Cour fédérale et les parties n’étaient pas prêtes à la faire valoir; la Cour ne s’y attardera donc pas davantage. À l’avenir, à l’égard de faits similaires, les parties pourraient bien vouloir en tenir compte. En faisant cette observation, je note que la demande en l’espèce concernait des dommages-intérêts en vertu de l’article 36 de la *Loi sur*

[44] I now turn to the errors in the reasons of the Federal Court.

*The role of a judge on a motion to strike*

[45] The appellant contends that the Judge conflated the role of the court on a motion to strike with the role of the court on the merits. He argues that the Judge reached his own conclusion on a contested point of statutory interpretation rather than answering the question of whether the plaintiff's proposed interpretation had a reasonable chance of success. The point is reflected in paragraph 72 of the Reasons:

I acknowledge that the language in subsection 48(3) is capable of being interpreted in the manner advanced by the responding defendants as well as in the manner asserted by the plaintiff. However, for the following reasons, I agree with the interpretation advanced by the responding defendants.

[46] I agree with the appellant. This is an incorrect analytical approach to a motion to strike. The error in paragraph 72 is continued in paragraph 73 where the Federal Court concludes that "the interpretation advanced by the responding defendants fits more comfortably with the overall scheme of section 48".

[47] Once a judge finds that legislation is capable of being interpreted in at least two different ways, it is not open to the judge to conclude that it is plain and obvious that the action has no reasonable chance of success.

[48] Courts must be careful not to inhibit the development of the law by applying too strict an approach to motions to strike. The law must be allowed to evolve to respond to new issues and factual matrices. Therefore, statements of claim are to be read generously with a view to accommodating any inadequacies in the allegations. The fact that the law has not yet recognized a particular claim, interpretation, or cause of action is not

*la concurrence, une demande qui n'a pas été présentée aux autres tribunaux.*

[44] J'examinerai maintenant les erreurs dans les motifs de la Cour fédérale.

*Rôle d'un juge lors de la présentation d'une requête en radiation*

[45] L'appellant soutient que le juge a confondu le rôle de la cour lors de la présentation d'une requête en radiation avec le rôle de la cour sur le fond. Il fait valoir que le juge a tiré sa propre conclusion sur un point contesté de l'interprétation de la loi plutôt que de répondre à la question de savoir si l'interprétation proposée par le demandeur avait une chance raisonnable de succès. Ce point figure au paragraphe 72 des motifs :

J'admets que le libellé du paragraphe 48(3) peut être interprété de la manière proposée par les défende[resses] et de celle proposée par le demandeur. Cependant, pour les motifs qui suivent, je souscris à l'interprétation proposée par les défende[resses] intimé[e]s.

[46] Je suis d'accord avec l'appellant. Il s'agit d'une approche analytique incorrecte à l'égard d'une requête en radiation. L'erreur figurant au paragraphe 72 se poursuit au paragraphe 73, où la Cour fédérale conclut que « l'interprétation préconisée par les défende[resses] intimé[e]s cadre mieux avec l'économie générale de l'article 48 [...] ».

[47] Dès lors qu'un juge constate qu'une disposition législative est susceptible d'être interprétée d'au moins deux manières différentes, il n'a pas la possibilité de conclure qu'il est clair et évident que l'action n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

[48] Les tribunaux doivent prendre bien soin de ne pas nuire au développement de la common law en appliquant un critère trop strict aux requêtes en radiation. Le droit doit être autorisé à évoluer pour répondre aux nouvelles questions et matrices factuelles. Par conséquent, les déclarations doivent être interprétées de manière libérale afin de tenir compte de toute insuffisance dans les allégations. Le fait que le droit n'ait pas encore reconnu un moyen, une

determinative of the outcome of the motion. Novel but arguable claims must be allowed to proceed to trial as new developments in the law often find their provenance in surviving motions to strike (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 (*Imperial Tobacco*), at paragraph 21). As an example of how restraint in the application of motions to strike contributes to the evolution of the law, see the treatment of the plea of non-infringing alternative in patent litigation: *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2012 FC 454, 408 F.T.R. 139; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FCA 171, [2016] 2 F.C.R. 202, 387 D.L.R. (4th) 552.

[49] There is, however, a countervailing principle. Motions to strike serve an important screening or gate-keeping function. They are essential to effective and fair litigation and prevent unnecessary effort and expense being devoted to cases that have no reasonable prospect of success. This is particularly true in the context of class actions, where plaintiffs may have fundraised to cover their expenses and where they are relieved from paying costs when they are unsuccessful on interlocutory matters along the way.

[50] There is also a broad cost to access to justice. The diversion of scarce judicial resources to cases which have no substance diverts time away from cases that require attention. The point was well made by Stratas J.A. in *Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 FCA 143, 229 A.C.W.S. (3d) 935, at paragraph 13 when he wrote that “[d]evoting resources to one case for no good reason deprives the others for no good reason.”

[51] The appellant contends that as the interpretive questions before the Federal Court had not been previously considered, they could not be conclusively considered to be bereft of success. The appellant presses the proposition further and, relying on the decision of this Court in *Arsenault v. Canada*, 2008 FC 299, 330 F.T.R. 8, at paragraph 27, *affd.* 2009 FCA 242, 395 N.R. 377 ), says that to succeed on a motion to strike, there

interprétation ou une cause d'action particulière n'est pas déterminant pour l'issue de la requête. Les déclarations présentant des thèses inédites mais défendables doivent pouvoir être instruites, car l'évolution du droit trouve souvent son origine dans la survie des requêtes en radiation (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 (arrêt *Imperial Tobacco*), au paragraphe 21). Pour illustrer comment la retenue dans l'application des requêtes en radiation contribue à l'évolution du droit, il y a lieu d'examiner le traitement de l'argument de la solution de substitution non contrefaisante dans les contentieux relatifs aux brevets : *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2012 CF 454; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2015 CAF 171, [2016] 2 R.C.F. 202.

[49] Il existe toutefois un principe faisant contrepoids. Les requêtes en radiation remplissent une importante fonction de filtrage ou de contrôle. Elles sont essentielles à l'efficacité et à l'équité des contentieux et empêchent que des efforts et des dépenses inutiles soient consacrés à des affaires qui n'ont aucune perspective raisonnable de succès. Cela est particulièrement vrai dans le contexte des recours collectifs, où les plaignants peuvent avoir collecté des fonds pour couvrir leurs dépenses et où ils sont dispensés de payer les dépens lorsqu'ils sont déboutés sur des questions interlocutoires en cours de route.

[50] L'accès à la justice a également un coût important. Le détournement de ressources judiciaires limitées vers des affaires dépourvues de fondement empêche de consacrer du temps à des affaires qui nécessitent une attention particulière. Le juge Stratas a bien fait valoir ce point dans l'arrêt *Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143, au paragraphe 13, lorsqu'il a écrit que « [c]onsacrer des ressources à une affaire sans bonne raison en prive les autres affaires sans bonne raison ».

[51] L'appellant allègue que les questions d'interprétation soumises à la Cour fédérale n'ayant pas été examinées précédemment, elles ne pouvaient pas être considérées de manière concluante comme étant dépourvues de succès. L'appellant pousse l'argument plus loin et, s'appuyant sur l'arrêt rendu par notre Cour à la suite de la décision *Arsenault c. Canada*, 2008 CF 299, 330 F.T.R. 8, au paragraphe 27, *conf.* par 2009 CAF 242,

must be a binding decision which has definitively determined the point in question. In this case there has been no judicial consideration of section 48 and limited tangential consideration of section 45. This, he contends, required that the motion to strike be dismissed.

[52] As a general proposition, definitive legal pronouncements on the meaning of legislation should not be made on a motion to strike where there are competing, credible interpretations. A motions judge should not reach a conclusion on an honestly disputed point of statutory interpretation—there is no “correct” or preferred interpretation on a motion to strike. The only task is to determine whether there is a conflicting interpretation worth considering or that has a reasonable prospect of success. The low bar for determining whether a claim has a reasonable prospect of success applies equally where a question of statutory interpretation is at the heart of the motion to strike (*Apotex Inc. v. Laboratoires Servier*, 2007 FCA 350, 286 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 34).

[53] That said, a cause of action is not presumptively “reasonable” simply because it has no antecedence in jurisprudence. Some legal analysis may be needed to determine if a claim has any reasonable prospect of success (*McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4, [2021] F.C.J. No. 37 (QL), at paragraph 21; *Das v. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173, at paragraph 75; *Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.*, 2014 FC 883, 128 C.P.R. (4th) 410, at paragraph 38). There is a duty to assess the reasonableness or viability of a plea and separate the wheat from the chaff. This aligns with the obligation of courts to improve the affordable, timely and just adjudication of civil claims (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at paragraphs 2, 28–29 and 31–33).

[54] Therefore to insist, as does the appellant, that the absence of a definitive precedent on the meaning of sections 45 and 48 would significantly reduce the utility of

affirme que, pour avoir gain de cause lors de la présentation d’une requête en radiation, il faut qu’une décision exécutoire ait définitivement tranché le point en question. En l’espèce, il n’y a pas eu d’analyse judiciaire de l’article 48 et l’article 45 a seulement fait l’objet d’une prise en compte accessoire limitée. Cela exigeait, selon l’appellant, que la requête en radiation soit rejetée.

[52] En règle générale, les déclarations juridiques définitives sur le sens d’une loi ne devraient pas être faites lors de la présentation d’une requête en radiation, lorsqu’il existe des interprétations concurrentes et crédibles. Le juge des requêtes ne doit pas tirer de conclusion sur un point d’interprétation législative honnêtement contesté — il n’y a pas d’interprétation « correcte » ou privilégiée dans une requête en radiation. La seule tâche consiste à déterminer s’il existe une interprétation conflictuelle qui mérite d’être prise en considération ou qui a une chance raisonnable d’être accueillie. Le critère peu exigeant pour déterminer si une demande a une chance raisonnable de succès s’applique également lorsqu’une question d’interprétation de la loi est au cœur de la requête en radiation (*Apotex Inc. c. Laboratoires Servier*, 2007 CAF 350, au paragraphe 34).

[53] Cela dit, une cause d’action n’est pas présumée « raisonnable » simplement parce qu’elle n’a pas d’antécédents dans la jurisprudence. Une analyse juridique peut être nécessaire pour déterminer si une demande a une chance raisonnable d’aboutir (*McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, 2021 CAF 4, [2021] A.C.F. n° 37 (QL), au paragraphe 21; *Das v. George Weston Ltd.*, 2018 ONCA 1053, 43 E.T.R. (4th) 173, au paragraphe 75; *Merck & Co. Inc. c. Apotex inc.*, 2014 CF 883, au paragraphe 38). Les tribunaux sont tenus d’apprécier avec soin le caractère raisonnable ou la viabilité d’un plaidoyer et de séparer le bon grain de l’ivraie. Cette approche est conforme à l’obligation des tribunaux d’améliorer le règlement abordable, rapide et juste des demandes civiles (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, aux paragraphes 2, 28 à 29 et 31 à 33).

[54] Par conséquent, insister, comme le fait l’appellant, sur le fait que l’absence de précédent définitif quant au sens des articles 45 et 48 réduirait considérablement

motions to strike in cases of statutory interpretation. It would mean that every case which raised a point of interpretation for the first time, no matter how futile the argument, would survive a motion to strike, as there would never be a precedent, let alone a binding precedent. Although the Judge used incorrect terminology, he did not err in conducting some legal analysis to determine whether the claim had any reasonable prospect of success, and that analysis supported his conclusion that the claim had no reasonable prospect of success.

#### *Evidence on motions to strike*

[55] The Federal Court concluded that section 45 only prohibited supply-side conspiracies. It reached this conclusion after a review of the text of section 45, its legislative history, Parliamentary committee reports and policy statements by the Competition Bureau (Department of Consumer and Corporate Affairs, *Proposals for a New Competition Policy for Canada* (November 1973) and Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, Issue No. 61 (19 November 1975), at pages 18–19).

[56] Subsection 221(2) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [Rules], provides that no evidence shall be heard on a motion to strike for an order under paragraph 221(1)(a).

[57] This legislative prohibition against the use of evidence on a motion to strike is underlined by solid policy considerations. There are no affidavits or cross-examinations. The Court has neither the assurance that it has the complete picture nor that the “evidence” that it does have is credible. Relying on extrinsic evidence on a motion to strike makes it unclear as to whether the result was reached as a matter of law following the application of the principles of statutory interpretation, or whether it was reached based on the extrinsic evidence. The line between jurisprudence and evidence blurs. The waters become muddy. That is the case before us.

l’utilité des requêtes en radiation dans les cas d’interprétation de lois signifierait que chaque affaire qui soulève un point d’interprétation pour la première fois, si futile soit l’argument, survivrait à une requête en radiation, car il n’y aurait jamais de précédent, et encore moins de précédent contraignant. Bien que le juge ait utilisé une terminologie incorrecte, il n’a pas commis d’erreur en effectuant une analyse juridique pour déterminer si la demande avait une chance raisonnable d’être accueillie, et cette analyse a étayé sa conclusion selon laquelle la demande n’avait pas de chance raisonnable d’être accueillie.

#### *Éléments de preuve relatifs à une requête en radiation*

[55] La Cour fédérale a conclu que l’article 45 n’interdisait que les complots « côté offre ». Elle est arrivée à cette conclusion après avoir examiné le texte de l’article 45, son historique législatif, les rapports des comités parlementaires et les énoncés de politique du Bureau de la concurrence (Ministère de la Consommation et des Corporations, *Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada* (novembre 1973) et Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, fascicule n° 61 (19 novembre 1975), aux pages 18 et 19).

[56] Le paragraphe 221(2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles], dispose qu’aucune preuve n’est admissible dans le cadre d’une requête en radiation invoquant le motif visé à l’alinéa 221(1)a).

[57] De solides considérations politiques font ressortir cette interdiction législative d’utiliser des éléments de preuve dans le cadre d’une requête en radiation. Il n’y a pas d’affidavits ou de contre-interrogatoires. La Cour n’a ni l’assurance de disposer d’un tableau complet, ni celle que la « preuve » dont elle dispose est crédible. Le fait de s’appuyer sur des éléments de preuve extrinsèques lors de la présentation d’une requête en radiation ne permet pas de savoir clairement si le résultat a été obtenu du point de vue du droit après l’application des principes d’interprétation des lois ou s’il a été obtenu sur le fondement des éléments de preuve extrinsèques. La frontière entre la jurisprudence et les éléments de preuve est floue. Les eaux se troublent. C’est le cas en l’espèce.

[58] A motion to strike pleadings is different from other creatures under the Rules: a ruling on a question of law or a summary judgment motion. Each of these motions has its proper place and for good reasons they should not be smudged together.

[59] To allow evidence in a pleadings motion would quickly make it just an early summary judgment motion, but stripped of the requirements for summary judgment motions (i.e. leading the best case, filing the motion only after defence). The parties would be filing evidence before all of the issues are on the table (no defence has been filed). The evidence could be wrong or incomplete.

[60] The error of the Federal Court was to treat the extrinsic evidence as relevant to the statutory interpretation issue before us. Policy statements of the regulator do not tell us what a statute means. Our focus is the statute, not how people have been using it. The Federal Court used the debates and proceedings not as context to inform the statutory interpretation analysis but instead as corroboration of its interpretation.

[61] As noted, section 45 has been previously considered (*Dow Chemical* and *Latifi*). In both cases the court reached the conclusion that section 45 only applied to prohibit arrangements between suppliers, and in both cases the court reached that conclusion without regard to the extrinsic evidence. In fact, in *Latifi*, the Court questioned the appropriateness of the Federal Court's reliance on extrinsic evidence to understand the meaning of section 45, and concluded that "even if ... admissible" it was of little weight (*Latifi*, at paragraphs 73–74).

[62] In other words, the Federal Court could have reached the same result without relying on the extrinsic evidence.

[58] La requête en radiation des actes de procédure diffère des autres créations des Règles : une décision sur une question de droit ou une requête en jugement sommaire. Chacune de ces requêtes a sa place et, pour de bonnes raisons, elles ne doivent pas être mélangées.

[59] Autoriser la présentation d'éléments de preuve dans une requête en radiation des actes de procédure en ferait rapidement une requête en jugement sommaire précoce, mais dépourvue des exigences relatives aux requêtes en jugement sommaire (c'est-à-dire, étayer le mieux possible sa demande, déposer la requête seulement après la défense). Les parties déposeraient des éléments de preuve avant que toutes les questions soient sur la table (alors qu'aucune défense n'a encore été déposée). Les éléments de preuve pourraient être faux ou incomplets.

[60] L'erreur de la Cour fédérale a été de considérer les éléments de preuve extrinsèques comme pertinents pour la question de l'interprétation de la loi qui nous occupe. Les énoncés de politique de l'autorité de réglementation ne nous disent pas ce que signifie une loi. Nous nous concentrons sur la loi, pas sur la façon dont les gens l'utilisent. La Cour fédérale a utilisé les débats et les instances non pas comme contexte pour éclairer l'analyse de l'interprétation de la loi, mais plutôt pour corroborer son interprétation.

[61] Comme nous l'avons indiqué, l'article 45 a déjà été examiné (décisions *Dow Chemical* et *Latifi*). Dans les deux décisions, la cour est arrivée à la conclusion que l'article 45 ne s'appliquait qu'à l'interdiction des arrangements entre fournisseurs et elle est arrivée à cette conclusion sans tenir compte des éléments de preuve extrinsèques. En fait, dans la décision *Latifi*, la Cour a mis en doute l'à-propos du recours par la Cour fédérale aux éléments de preuve extrinsèques pour comprendre le sens de l'article 45 et a conclu que [TRADUCTION] « même s'ils étaient [...] admissibles », ces éléments de preuve avaient peu de poids (décision *Latifi*, aux paragraphes 73 et 74).

[62] En d'autres termes, la Cour fédérale aurait pu parvenir au même résultat sans s'appuyer sur les éléments de preuve extrinsèques.



[63] I accept that legislative history may be used on a motion to strike as it may inform the purpose of the legislation (*Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General)*, 2021 FCA 84, [2021] 2 F.C.R. 426, 41 C.E.L.R. (4th) 157, at paragraph 127). But even here, care must be taken not to confuse the evolution of the legislation, which is law, with what individual politicians or regulators think or hope the legislation says. There is a substantive difference between committee proceedings that shed light on the evolution and legislative history of a law on the one hand and on the other hand the testimony of academics and public servants which may be aspirational, disputable or of arguable relevance. While perhaps self-evident, if it is necessary to resort to Hansard to discern the meaning of a statute, it is difficult to conclude that it is plain and obvious that a plaintiff's case has no reasonable prospect of success.

[64] In *Imperial Tobacco*, the Supreme Court considered the admissibility of evidence in the context of statutory interpretation on a motion to strike, holding that it was proper to rely on Hansard on a motion to strike a pleading. The appeal was from the British Columbia Court of Appeal, and the motion to strike was governed by the British Columbia *Supreme Court Rules*, B.C. Reg. 221/90 (BCSC Rules), as they then were. Like the *Federal Courts Rules*, subrule 19(27) of the BCSC Rules (now subrule 9-5(2) of the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009) provided that no evidence was admissible on a motion to strike a statement of claim for failure to disclose a reasonable cause of action. Nonetheless, the Court opined that courts “may” consider all evidence relevant to statutory interpretation in order to discern legislative intent (*Imperial Tobacco*, at paragraph 128).

[65] Two points can be said about *Imperial Tobacco*.

[63] Je reconnais que le contexte législatif peut être utilisé lors de la présentation d'une requête en radiation, car il peut constituer une source d'information sur l'objet de la loi (*Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2021 CAF 84, [2021] 2 R.C.F. 426, au paragraphe 127). Mais, même dans ce cas, il faut veiller à ne pas confondre l'évolution de la loi, qui exprime une règle juridique, avec ce que les politiciens ou les autorités de réglementation pensent ou espèrent que la loi dit. Il existe une différence de fond entre, d'une part, les travaux des commissions qui font la lumière sur l'évolution et l'historique législatif d'une loi et, d'autre part, les témoignages d'universitaires et de fonctionnaires qui peuvent être ambitieux, contestables ou d'une pertinence discutable. Bien qu'il s'agisse peut-être d'une évidence, s'il est nécessaire de recourir aux Débats de la Chambre des communes pour discerner le sens d'une loi, il est difficile de conclure qu'il est clair et évident que la cause d'un plaignant n'a aucune chance raisonnable d'être accueillie.

[64] Dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, la Cour suprême s'est penchée sur l'admissibilité des éléments de preuve dans le contexte de l'interprétation des lois lors d'une requête en radiation, et a jugé qu'il était approprié de s'appuyer sur les Débats de la Chambre des communes lors de la présentation d'une requête en radiation d'un acte de procédure. L'appel avait été interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et la requête en radiation était régie par les *Supreme Court Rules* de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90 (Règles de la CSCB), alors en vigueur. À l'instar des *Règles des Cours fédérales*, le paragraphe 19(27) des Règles de la CSCB (maintenant le paragraphe 9-5(2) des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009) prévoyait qu'aucune preuve n'était admissible dans le cadre d'une requête en radiation d'une déclaration pour défaut de divulgation d'une cause d'action valable. Néanmoins, la Cour a indiqué que les tribunaux « peuvent » considérer tous les éléments de preuve pertinents à l'interprétation des lois afin de discerner l'intention du législateur (arrêt *Imperial Tobacco*, au paragraphe 128).

[65] Deux remarques peuvent être faites au sujet de l'arrêt *Imperial Tobacco*.

[66] First, and at risk of repetition, if a court must resort to material beyond the statute and its legislative history to answer the question as to its scope and application, it is difficult to conclude that the interpretation which forms the foundation of the claim has no reasonable prospect of success. In this context, yellow lights should be flashing before any judge who needs extrinsic evidence to answer a question of statutory interpretation on a motion to strike.

[67] Second, in *Imperial Tobacco*, the Supreme Court was not asked to consider the range of procedural options available to parties in the Federal Court to resolve preliminary legal issues, several of which provide for the admission of the type of extrinsic evidence in issue here. Put otherwise, the prohibition on the use of evidence in subsection 221(2) is best understood when situated in the broader architecture of the *Federal Courts Rules*.

[68] Paragraph 221(1)(a) [of the Rules] is the beginning point on a continuum of procedural options available to parties to resolve questions of interpretation. Rule 213 provides for summary judgment, rule 220 allows for the determination of preliminary questions of law, and should a matter reach trial, a trial judge has the discretion to direct the parties to address a questions of law. Unlike rule 221, evidence is admissible under each of these rules to determine a question of statutory interpretation, with all of the guarantees of completeness and credibility associated with the adversarial process. It is for the judge to determine whether there is a sufficient evidentiary foundation to answer the question.

#### *Ambiguity and statutory interpretation*

[69] Sections 45 and 48 are dual provisions—they give rise to both civil remedies and criminal prosecutions. The fact that they may be enforced criminally was a factor in the Federal Court’s interpretation:

[66] Premièrement, et au risque de se répéter, si un tribunal doit recourir à des éléments autres que la loi et son historique législatif pour répondre à la question de sa portée et de son application, il est difficile de conclure que l’interprétation qui constitue le fondement de la demande n’a aucune chance raisonnable d’être accueillie. Dans ce contexte, il faudrait que le juge soit saisi d’éléments de preuve extrinsèques clairs, si cela s’avère nécessaire, pour répondre à une question d’interprétation législative lors de la présentation d’une requête en radiation.

[67] Deuxièmement, dans l’arrêt *Imperial Tobacco*, la Cour suprême n’a pas été invitée à examiner l’éventail des options procédurales dont disposent les parties devant la Cour fédérale pour résoudre les questions juridiques préliminaires, dont plusieurs prévoient l’admission du type d’éléments de preuve extrinsèques en cause en l’espèce. En d’autres termes, l’interdiction d’utiliser des éléments de preuve du paragraphe 221(2) des Règles est mieux comprise lorsqu’elle est examinée dans l’architecture plus large des *Règles des Cours fédérales*.

[68] L’alinéa 221(1)a des Règles est le point de départ d’un continuum d’options procédurales dont disposent les parties pour résoudre les questions d’interprétation. La règle 213 prévoit un jugement sommaire, la règle 220 permet de déterminer les questions préliminaires de droit et, si une affaire se rend au procès, un juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire d’ordonner aux parties de traiter les questions de droit. Contrairement à ce qu’il en est en vertu de la règle 221, les éléments de preuve sont admissibles en vertu de chacune de ces règles pour déterminer une question d’interprétation de la loi, avec toutes les garanties d’exhaustivité et de crédibilité associées au processus contradictoire. Il appartient au juge de déterminer s’il existe un fondement probatoire suffisant pour répondre à la question.

#### *Ambiguïté et interprétation des lois*

[69] Les articles 45 et 48 sont des dispositions doubles — ils donnent ouverture à la fois à des recours civils et à des poursuites pénales. Le fait qu’ils puissent être mis en application sur le plan pénal a eu un effet sur l’interprétation de la Cour fédérale :

To the extent that the words in subsection 45(1) might somehow be said to permit a broader interpretation that would bring within its scope the sorts of agreements alleged in the amended statement of claim, the penal nature of that provision would entitle the defendants to the benefit of any ambiguity: *R. v. McLaughlin*, [1980] 2 S.C.R. 331, at page 335; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at pages 702 and 705.

(Reasons, at paragraph 47.)

.... To the extent that there is any ambiguity in section 48, which is a penal provision, the responding defendants are entitled to the benefit of their narrower interpretation: see paragraph 47 above.

(Reasons, at paragraphs 85 and 139.)

[70] There is no presumption or rule of interpretation that the benefit of the doubt on a question of statutory interpretation goes to the defendant.

[71] The principle of strict construction of penal statutes exists as a subsidiary interpretive device applicable only where there is a finding of a genuine ambiguity as to the meaning of a provision (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 (*Bell ExpressVu*), at paragraph 28).

[72] A genuine ambiguity arises only where there are two equally plausible interpretations to choose between following the interpretation exercise. A difficulty of interpretation is not necessarily an ambiguity (*Bell ExpressVu*, at paragraphs 54–55). A restrictive interpretation may be warranted where an ambiguity cannot be resolved by means of the usual principles of interpretation. But it is a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation.

[73] As Professor Sullivan explains, the strict constructionist approach to the interpretation of penal statutes developed in the eighteenth century when criminal law sanctions were severe and invariably triggered incarceration. But by the 1990s that presumption began to erode to the point where it is engaged only in the limited circumstances which I have described (*R. v. Jaw*,

Dans la mesure où le libellé du paragraphe 45(1) pourrait, d'une manière ou d'une autre, faire l'objet d'une interprétation plus large qui engloberait les types d'accords allégués dans la déclaration modifiée, la nature pénale de cette disposition ferait en sorte que toute ambiguïté jouerait en faveur des défendeurs : *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331, à la page 335; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, aux pages 702 et 705.

(Motifs, au paragraphe 47.)

[...] Dans la mesure où l'article 48, une disposition pénale, est ambigu, l'interprétation plus étroite des défendeurs intimés doit l'emporter (voir le paragraphe 47 ci-dessus).

(Motifs, aux paragraphes 85 et 139.)

[70] Il n'existe pas de présomption ou de règle d'interprétation selon laquelle le bénéfice du doute sur une question d'interprétation législative est accordé au défendeur.

[71] Le principe de l'interprétation stricte des lois pénales n'existe qu'à titre de mécanisme d'interprétation subsidiaire applicable uniquement lorsqu'il y a une véritable ambiguïté quant au sens d'une disposition (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 (arrêt *Bell ExpressVu*), au paragraphe 28).

[72] Une véritable ambiguïté ne se pose que lorsqu'il faut choisir entre deux interprétations également plausibles à la suite de l'exercice d'interprétation. Une difficulté d'interprétation n'est pas nécessairement une ambiguïté (arrêt *Bell ExpressVu*, aux paragraphes 54 et 55). Une interprétation restrictive peut être justifiée lorsqu'une ambiguïté ne peut être résolue au moyen des principes habituels d'interprétation. Mais il s'agit d'un principe de dernier recours qui ne remplace pas une approche téléologique et contextuelle de l'interprétation.

[73] Comme l'explique le professeur Sullivan, l'approche restrictive en matière d'interprétation des lois pénales s'est développée au XVIII<sup>e</sup> siècle, lorsque les sanctions pénales étaient sévères et entraînaient invariablement l'incarcération. Mais dans les années 1990, cette présomption a commencé à s'éroder au point où elle n'est en jeu que dans les circonstances limitées que j'ai

2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at paragraph 38, citing R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pages 472–474; *R. v. Big River First Nation*, 2019 SKCA 117, 28 C.E.L.R. (4th) 218).

[74] In the absence of a finding of a true ambiguity, the principle of strict construction ought not to have been invoked. For the reasons I have explained, there is no ambiguity in section 45.

*Appeal of the costs order*

[75] The appellant appeals the award of costs against him made by the Federal Court with respect to the motion to strike. He notes that class proceedings in the Federal Court are a no-costs regime (rule 334.39 of the *Federal Courts Rules*). The Court did not award costs on the motion to amend as the defendants did not request costs on that motion.

[76] As a general rule, the no-costs rule in class actions is engaged the moment that the defendants are made parties to a certification motion (*Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2012 FCA 45, [2013] 4 F.C.R. 234 (*Campbell*)). The policy objectives of the no-costs regime reflected in rule 334.39 and why they do not apply prior to certification are fully discussed by Pelletier J.A. in *Campbell*, where this Court rejects the argument that no-costs regime attaches to the proceeding itself, as contended by the appellant.

[77] Although the Federal Court did not consider the jurisprudence or rule 334.39, no error was made in awarding costs against the appellant. The certification motion had not been filed, consequently the award of costs was not prohibited by rule 334.39.

[78] Therefore, I would dismiss the appeal. Although the appellant was unsuccessful in the result, the appeal was an understandable response to the Federal Court's

décrites (*R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, au paragraphe 38, renvoyant à R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), aux pages 472 à 474; *R. v. Big River First Nation*, 2019 SKCA 117, 28 C.E.L.R. (4th) 218).

[74] À défaut de constatation d'une véritable ambiguïté, le principe d'interprétation stricte n'aurait pas dû être invoqué. Pour les motifs que j'ai exposés, l'article 45 ne présente aucune ambiguïté.

*Appel de l'ordonnance relative aux dépens*

[75] L'appelant interjette appel de l'adjudication des dépens prononcée à son encontre par la Cour fédérale en ce qui concerne la requête en radiation. Il note que les recours collectifs à la Cour fédérale sont un régime sans dépens (règle 334.39 des *Règles des Cours fédérales*). La Cour n'a pas adjugé de dépens pour la requête en modification, car les défenderesses n'ont pas sollicité de dépens pour cette requête.

[76] En règle générale, la règle de l'absence de dépens dans les recours collectifs est en jeu dès que les défendeurs sont parties à une requête en certification (*Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 45, [2013] 4 R.C.F. 234 (arrêt *Campbell*)). Les objectifs en matière de politique du régime sans dépens prévu à la règle 334.39 et les raisons pour lesquelles ils ne s'appliquent pas avant la certification ont été examinés en détail par le juge Pelletier dans l'arrêt *Campbell*, où notre Cour a rejeté l'argument selon lequel le régime sans dépens s'applique à l'instance elle-même, comme le prétend l'appelant.

[77] Bien que la Cour fédérale n'ait pas tenu compte de la jurisprudence ou de la règle 334.39, aucune erreur n'a été commise en condamnant l'appelant à des dépens. La requête en certification n'ayant pas été déposée, l'adjudication des dépens n'était pas interdite par la règle 334.39.

[78] Par conséquent, je rejeterais l'appel. Bien que l'appelant n'ait pas obtenu gain de cause, l'appel était une réponse compréhensible aux erreurs de la Cour fédérale

errors that I have identified. In light of this, I would not make an award of costs.

STRATAS J.A.: I agree

MACTAVISH J.A.: I agree

### Annex A

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34

#### **Conspiracies, agreements or arrangements between competitors**

**45 (1)** Every person commits an offence who, with a competitor of that person with respect to a product, conspires, agrees or arranges

(a) to fix, maintain, increase or control the price for the supply of the product;

(b) to allocate sales, territories, customers or markets for the production or supply of the product; or

(c) to fix, maintain, control, prevent, lessen or eliminate the production or supply of the product.

#### **Penalty**

(2) Every person who commits an offence under subsection (1) is guilty of an indictable offence and liable on conviction to imprisonment for a term not exceeding 14 years or to a fine not exceeding \$25 million, or to both.

#### **Evidence of conspiracy, agreement or arrangement**

(3) In a prosecution under subsection (1), the court may infer the existence of a conspiracy, agreement or arrangement from circumstantial evidence, with or without direct evidence of communication between or among the alleged parties to it, but, for greater certainty, the conspiracy, agreement or arrangement must be proved beyond a reasonable doubt.

#### **Defence**

(4) No person shall be convicted of an offence under subsection (1) in respect of a conspiracy, agreement or arrangement that would otherwise contravene that subsection if

que j'ai relevées. À la lumière de ce qui précède, je n'adjugerai pas de dépens.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

### Annexe A

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34

#### **Complot, accord ou arrangement entre concurrents**

**45 (1)** Commet une infraction quiconque, avec une personne qui est son concurrent à l'égard d'un produit, complotte ou conclut un accord ou un arrangement :

a) soit pour fixer, maintenir, augmenter ou contrôler le prix de la fourniture du produit;

b) soit pour attribuer des ventes, des territoires, des clients ou des marchés pour la production ou la fourniture du produit;

c) soit pour fixer, maintenir, contrôler, empêcher, réduire ou éliminer la production ou la fourniture du produit.

#### **Peine**

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable d'un acte criminel et encourt un emprisonnement maximal de quatorze ans et une amende maximale de 25 000 000 \$, ou l'une de ces peines.

#### **Preuve du complot, de l'accord ou de l'arrangement**

(3) Dans les poursuites intentées en vertu du paragraphe (1), le tribunal peut déduire l'existence du complot, de l'accord ou de l'arrangement en se basant sur une preuve circonstancielle, avec ou sans preuve directe de communication entre les présumées parties au complot, à l'accord ou à l'arrangement, mais il demeure entendu que le complot, l'accord ou l'arrangement doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

#### **Défense**

(4) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (1) à l'égard d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement qui aurait par ailleurs contrevenu à ce paragraphe si, à la fois :

(a) that person establishes, on a balance of probabilities, that

(i) it is ancillary to a broader or separate agreement or arrangement that includes the same parties, and

(ii) it is directly related to, and reasonably necessary for giving effect to, the objective of that broader or separate agreement or arrangement; and

(b) the broader or separate agreement or arrangement, considered alone, does not contravene that subsection.

#### Defence

(5) No person shall be convicted of an offence under subsection (1) in respect of a conspiracy, agreement or arrangement that relates only to the export of products from Canada, unless the conspiracy, agreement or arrangement

(a) has resulted in or is likely to result in a reduction or limitation of the real value of exports of a product;

(b) has restricted or is likely to restrict any person from entering into or expanding the business of exporting products from Canada; or

(c) is in respect only of the supply of services that facilitate the export of products from Canada.

#### Exception

(6) Subsection (1) does not apply if the conspiracy, agreement or arrangement

(a) is entered into only by parties each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate;

(b) is between federal financial institutions and is described in subsection 49(1); or

(c) is an *arrangement*, as defined in section 53.7 of the *Canada Transportation Act*, that has been authorized by the Minister of Transport under subsection 53.73(8) of that Act and for which the authorization has not been revoked, if the conspiracy,

a) il établit, selon la prépondérance des probabilités :

(i) que le complot, l'accord ou l'arrangement, selon le cas, est accessoire à un accord ou à un arrangement plus large ou distinct qui inclut les mêmes parties,

(ii) qu'il est directement lié à l'objectif de l'accord ou de l'arrangement plus large ou distinct et est raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif;

b) l'accord ou l'arrangement plus large ou distinct, considéré individuellement, ne contrevient pas au même paragraphe.

#### Défense

(5) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (1) si le complot, l'accord ou l'arrangement se rattache exclusivement à l'exportation de produits du Canada, sauf dans les cas suivants :

a) le complot, l'accord ou l'arrangement a eu pour résultat ou aura vraisemblablement pour résultat de réduire ou de limiter la valeur réelle des exportations d'un produit;

b) il a restreint ou restreindra vraisemblablement les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada ou de développer un tel commerce;

c) il ne vise que la fourniture de services favorisant l'exportation de produits du Canada.

#### Exception

(6) Le paragraphe (1) ne s'applique pas au complot, à l'accord ou à l'arrangement :

a) intervenu exclusivement entre des parties qui sont chacune des affiliées de toutes les autres;

b) conclu entre des institutions financières fédérales et visé au paragraphe 49(1);

c) constituant une *entente* au sens de l'article 53.7 de la *Loi sur les transports au Canada*, autorisée par le ministre des Transports en application du paragraphe 53.73(8) de cette loi, dans la mesure où l'autorisation n'a pas été révoquée et le complot,

agreement or arrangement is directly related to, and reasonably necessary for giving effect to, the objective of the arrangement.

#### Common law principles — regulated conduct

(7) The rules and principles of the common law that render a requirement or authorization by or under another Act of Parliament or the legislature of a province a defence to a prosecution under subsection 45(1) of this Act, as it read immediately before the coming into force of this section, continue in force and apply in respect of a prosecution under subsection (1).

#### Definitions

(8) The following definitions apply in this section.

**competitor** includes a person who it is reasonable to believe would be likely to compete with respect to a product in the absence of a conspiracy, agreement or arrangement to do anything referred to in paragraphs (1)(a) to (c). (*concurrent*)

**price** includes any discount, rebate, allowance, price concession or other advantage in relation to the supply of a product. (*prix*)

#### Where application made under section 76, 79, 90.1 or 92

45.1 No proceedings may be commenced under subsection 45(1) against a person on the basis of facts that are the same or substantially the same as the facts on the basis of which an order against that person is sought by the Commissioner under section 76, 79, 90.1 or 92.

...

#### Conspiracy relating to professional sport

48 (1) Every one who conspires, combines, agrees or arranges with another person

(a) to limit unreasonably the opportunities for any other person to participate, as a player or competitor, in professional sport or to impose unreasonable terms or conditions on those persons who so participate, or

l'accord ou l'arrangement est directement lié à l'objectif de l'entente et raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif.

#### Principes de la common law — comportement réglementé

(7) Les règles et principes de la common law qui font d'une exigence ou d'une autorisation prévue par une autre loi fédérale ou une loi provinciale, ou par l'un de ses règlements, un moyen de défense contre des poursuites intentées en vertu du paragraphe 45(1) de la présente loi, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du présent article, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites intentées en vertu du paragraphe (1).

#### Définitions

(8) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

**concurrent** S'entend notamment de toute personne qui, en toute raison, ferait vraisemblablement concurrence à une autre personne à l'égard d'un produit en l'absence d'un complot, d'un accord ou d'un arrangement visant à faire l'une des choses prévues aux alinéas (1)a) à c). (*competitor*)

**prix** S'entend notamment de tout escompte, rabais, remise, concession de prix ou autre avantage relatif à la fourniture du produit. (*price*)

#### Procédures en vertu des articles 76, 79, 90.1 ou 92

45.1 Aucune poursuite ne peut être intentée à l'endroit d'une personne en application du paragraphe 45(1) si les faits au soutien de la poursuite sont les mêmes ou essentiellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une ordonnance à l'endroit de cette personne demandée par le commissaire en vertu des articles 76, 79, 90.1 ou 92.

[...]

#### Complot relatif au sport professionnel

48 (1) Commet un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende à la discrétion du tribunal et un emprisonnement maximal de cinq ans, ou l'une de ces peines, quiconque complot, se coalise ou conclut un accord ou arrangement avec une autre personne :

a) soit pour limiter déraisonnablement les possibilités qu'a une autre personne de participer, en tant que joueur ou concurrent, à un sport professionnel ou pour imposer des conditions déraisonnables à ces participants;

(b) to limit unreasonably the opportunity for any other person to negotiate with and, if agreement is reached, to play for the team or club of his choice in a professional league

is guilty of an indictable offence and liable on conviction to a fine in the discretion of the court or to imprisonment for a term not exceeding five years or to both.

#### Matters to be considered

(2) In determining whether or not an agreement or arrangement contravenes subsection (1), the court before which the contravention is alleged shall have regard to

(a) whether the sport in relation to which the contravention is alleged is organized on an international basis and, if so, whether any limitations, terms or conditions alleged should, for that reason, be accepted in Canada; and

(b) the desirability of maintaining a reasonable balance among the teams or clubs participating in the same league.

#### Application

(3) This section applies, and section 45 does not apply, to agreements and arrangements and to provisions of agreements and arrangements between or among teams and clubs engaged in professional sport as members of the same league and between or among directors, officers or employees of those teams and clubs where the agreements, arrangements and provisions relate exclusively to matters described in subsection (1) or to the granting and operation of franchises in the league, and section 45 applies and this section does not apply to all other agreements, arrangements and provisions thereof between or among those teams, clubs and persons.

b) soit pour limiter déraisonnablement la possibilité qu'a une autre personne de négocier avec l'équipe ou le club de son choix dans une ligue de professionnels et, si l'accord est conclu, de jouer pour cette équipe ou ce club.

#### Éléments à considérer

(2) Pour déterminer si un accord ou un arrangement constitue l'une des infractions visées au paragraphe (1), le tribunal saisi doit :

a) d'une part, examiner si le sport qui aurait donné lieu à la violation est organisé sur une base internationale et, dans l'affirmative, si l'une ou plusieurs des restrictions ou conditions alléguées devraient de ce fait être acceptées au Canada;

b) d'autre part, tenir compte du fait qu'il est opportun de maintenir un équilibre raisonnable entre les équipes ou clubs appartenant à la même ligue.

#### Application

(3) Le présent article s'applique et l'article 45 ne s'applique pas aux accords et arrangements et aux dispositions des accords et arrangements conclus entre des équipes et clubs qui pratiquent le sport professionnel à titre de membres de la même ligue et entre les administrateurs, les dirigeants ou les employés de ces équipes et clubs, lorsque ces accords, arrangements et dispositions se rapportent exclusivement à des sujets visés au paragraphe (1) ou à l'octroi et l'exploitation de franchises dans la ligue; toutefois, c'est l'article 45 et non le présent article qui s'applique à tous les autres accords, arrangements et dispositions d'accords ou d'arrangements conclus entre ces équipes, clubs et personnes.





# 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.*

---

## ABORIGINAL PEOPLES

*See also: Environment*

Appeals from two Federal Court decisions (2021 FC 758, 2021 FC 759) concerning decision by appellant Minister of Environment and Climate Change (Minister) to issue designation order under *Impact Assessment Act*, S.C. 2019, c. 28, s. 1 (IAA), s. 9(1) with respect to proposed coal mining projects in Alberta — In 2021 FC 758 (corresponding to A-254-21 appeal), Federal Court allowing respondent Ermineskin Cree Nation’s (Ermineskin) application for judicial review, setting aside Minister’s designation order — In 2021 FC 759 (corresponding to A-261-21 appeal), Federal Court dismissing respondent Coalspur Mines (Operations) Ltd.’s (Coalspur) parallel application for judicial review of Minister’s decision on administrative law grounds for mootness — Coalspur, owner, operator of open pit coalmine, seeking to operate other projects, including expansion project (Phase II), located within Treaty 6 lands, Ermineskin traditional territory — Entering into Impact Benefit Agreement with Ermineskin to create mutually beneficial opportunities for community development, infrastructure, business opportunities — IAA allowing federal government to evaluate potential for physical activities to cause adverse environmental effects — Under s. 9(1), Minister can “designate” physical activity to be subject to IAA, deeming it “designated project” — Once project is designated, proponent prohibited from doing any acts or things connected with carrying out projects that may have effects on federal jurisdiction until federal assessment process completed — Upon receiving designation request, Impact Assessment Agency of Canada (Agency) considers request, issues a recommendation to the Minister — Minister designating Phase II for review (first designation order) — Ermineskin’s application sought to quash or set aside first designation order on grounds Minister did not meet its duty to consult — Coalspur’s application sought to quash or set aside first designation order on ground order unreasonable — Federal Court deciding that Crown failed to meet its duty to consult Ermineskin — Quashing first designation order — Remanding matter to Minister for reconsideration — In light of decision to quash first designation order in 2021 FC 758, Federal Court dismissing Coalspur’s application — Agency initiating new consultation process, engaging with Ermineskin, Minister issuing second designation order — Minister also appealing Federal Court’s decision (2021 FC 758) with respect to first designation order (A-254-21) — Coalspur appealing Federal Court’s decision (2021 FC 759) dismissing its application for judicial review (A-261-21) — In response to issuance of second designation order, respondents each commencing applications for judicial review seeking to set it aside (consolidated applications) — Prothonotary issuing order holding consolidated applications in abeyance until after conclusion of present appeals — In light of second designation order, Coalspur also bringing motion to have A-254-21 appeal – in relation to first designation order – dismissed for mootness — Coalspur arguing, *inter alia*, that because second designation order operating to prevent Coalspur from proceeding with its proposed projects, it does not matter whether this appeal proceeding as appeal having no practical impact — Adding that abusive for Minister to have issued second designation order, that Canada instead should have sought to stay order of Federal Court with respect to first designation order (2021 FC 758) pending disposition of A-254-21 appeal — Whether A-254-21 appeal moot — Two possible outcomes in A-254-21 are for first designation order to either remain quashed or be reinstated — Neither outcome changing whether Phase II designated under IAA because project will remain designated pursuant to second designation order — Canada subsequently consulting with Ermineskin prior to issuing second designation order — Duty to consult no longer live controversy — Consolidated applications regarding second designation order do not pertain to duty to consult but instead to sufficiency of consultation — This precisely at issue in consolidated applications held in abeyance — Therefore, A-254-21 appeal moot—

**ABORIGINAL PEOPLES—Concluded**

Considerations of expediency, cost-efficiency not favouring hearing this appeal — However, reasons herein not endorsement of Federal Court’s decision — Coalspur’s motion to strike, dismiss appeal in A-254-21 granted; appeal in A-261-21 dismissed.

CANADA (ENVIRONMENT AND CLIMATE CHANGE) V. ERMINESKIN CREE NATION (A-254-21, A-261-21, 2022 FCA 123, Boivin J.A., reasons for judgment dated July 4, 2022, 16 pp.)

**ANTI-DUMPING**

Judicial reviews of decision by Canada Border Services Agency President to terminate dumping investigations for respondent Hyundai Steel Company — *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 amended to provide for termination of dumping investigation for any individual exporter with insignificant margin of dumping — This amendment not automatically applying to past final determinations — However, Act, s. 76.1 creating exception, allowing Minister of Finance to request President to review past decisions or portion thereof having regard to rulings, recommendations of World Trade Organization Dispute Settlement Body — In 2020, acting under s. 76.1, Minister requested President to review 2014, 2015 determinations of dumping on basis of original record, not to recalculate margins of dumping determined in original investigations — Whether President’s decision to terminate investigations reasonable — President reasonably interpreted Minister’s request as authorizing review of only a portion of original determinations, as expressly authorized by s. 76.1 — Here, President’s review concerned only specific exporters identified by Minister with respect to recommendations, rulings of Dispute Resolution Body concerning termination of investigations in respect of individual exporters with *de minimis* margins of dumping — President neither required nor authorized to review final determinations with respect to other individual exporters or to examine other issues — Recalculating margins of dumping or conducting *de novo* investigation would have been unreasonable because would have gone beyond scope of s. 76.1 review — Open to President to find that s. 76.1 limited-purpose, limited-review provision — S. 76.1 “was not intended as a lever to pry open aspects of a past decision distinct from the rulings and recommendations of the [Dispute Settlement Body] that the review seeks to address” — Limited-purpose nature of S. 76.1 standing on its own, not substantively broadened by transitional provisions of Act — Reasonableness of President’s decision buttressed by appreciation of nature of original determination under Act, s. 41(1) — President’s reasons provided sufficient justification to understand central basis of decision, why main submissions to contrary were rejected — No breach of procedural fairness found in present case — Applications dismissed.

ALGOMA TUBES INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-197-20, A-196-20, A-200-20, 2022 FCA 89, Stratas J.A., reasons for judgment dated May 19, 2022, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****STATUS IN CANADA***Permanent Residents*

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division’s (IAD) decision denying applicant’s sponsorship appeal — IAD finding that *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 4.1 titled “New Relationship”, precluding applicant’s sponsorship of his wife in family class — Applicant asserting that his relationship with his wife not new, has been ongoing, uninterrupted since 1997 despite intervening marriage of convenience — Applicant, citizen of Jamaica, permanent resident of Canada since 2017 — Applicant’s mother moved to Canada in 1990 — In 1997, applicant meeting woman who later became his second wife (Mrs. Clarke) — At time, Mrs. Clarke had two children — In 1998, couple moved in together; in 1999, their son was born — In 2005, applicant entering marriage of convenience with woman in Canada (First Wife) willing to sponsor applicant to live in Canada — Applicant married First Wife, came to Canada as permanent resident in 2007 — Applicant not having children with First Wife — Later, applicant brought son to live with him in Canada — Applicant never lived with First Wife but lived with his mother until finding an apartment for himself, his son — In 2008, applicant divorced his First Wife, married Mrs. Clarke in Jamaica in 2009 — In 2010, when applicant applied to sponsor Mrs. Clarke for permanent residence, application triggered investigation by immigration officials into nature of his marriage to his First Wife — This led to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 44 inadmissibility report that was issued against applicant in 2011 for misrepresentation — As result, applicant lost his permanent resident status — Applicant’s son not losing his permanent resident status; both continued to live together in Toronto — After living in Canada without status, applicant submitted application for permanent residence on humanitarian and compassionate grounds — Application was successful, applicant regained his permanent resident status in 2017 — He then applied to sponsor Mrs. Clarke as his spouse for second

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

time — In 2018, after interviewing Mrs. Clarke, visa officer in Jamaica found their marriage not genuine; refused application under Regulations, s. 4(1) — Applicant appealed decision to IAD — IAD finding that marriage between applicant, Mrs. Clarke genuine — Concerning merits of appeal with regard to Regulations, s. 4.1, IAD concluded that applicant had onus to prove, on balance of probabilities, that he, Mrs. Clarke not dissolving their relationship so that he could acquire permanent resident status in Canada — IAD found that applicant not discharging this burden — IAD finding that Mrs. Clarke could not be considered for spousal sponsorship due to application of Regulations, s. 4.1 — Whether IAD’s decision reasonable — Facts of present matter unique — Case turning primarily on interpretation of Regulations, s. 4.1 — Relationship between applicant, Mrs. Clarke dissolved by applicant’s marriage to his First Wife — As result, marriage between applicant, Mrs. Clarke new relationship within meaning of Regulations s, 4.1 — Section 4.1 contemplating what has occurred in present matter: “informal” continuation of initial relationship after spouse has gained status in Canada — IAD found this to be purpose of Regulations, s. 4.1 — IAD had little case law to rely on since little case law involving same or similar facts — *Fang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 851 establishing that Regulations s. 4.1 preventing couple from appearing to dissolve existing relationship to permit one spouse to obtain immigration status in Canada, for example through non-genuine relationship with Canadian citizen (or permanent resident), only to subsequently resurrect initial relationship — Applicant bearing onus of establishing that Mrs. Clarke not person described in s. 4.1 — *Fang* also stating that s. 4.1 premised on three conjunctive elements to determine whether applicant caught by provision — Three prongs being: Applicant, Mrs. Clarke had previous marriage, common-law partnership or conjugal partnership; previous marriage, common-law partnership, or conjugal relationship was dissolved primarily so that applicant or Mrs. Clarke could acquire immigration status or privilege in Canada; applicant, Mrs. Clarke subsequently began new conjugal relationship — All three prongs of tests satisfied in present matter — On first prong, evidence clear that applicant, Mrs. Clarke in common-law partnership since about 1998 — IAD determining that relationship continued until 2007 when applicant came to Canada, married First Wife — On second prong applicant submitted that relationship with Mrs. Clarke not breaking down or dissolving but persisting to this day — Applicant also acknowledged that his marriage to his First Wife not genuine — Finally, with respect to third prong, “new” relating to fact or circumstance that marriage to applicant’s First Wife having effect of ending or dissolving relationship between applicant, Mrs. Clarke — Was therefore reasonable for IAD, on record before it, to determine that relationship between applicant, Mrs. Clarke became “new” within meaning of Regulations, s. 4.1 due to applicant’s marriage to his First Wife, subsequent divorce — Although IAD’s analysis brief, IAD’s interpretation of Regulations, s. 4.1 reasonable — Was consistent with objective of Act, which is to protect integrity of immigration system — Therefore, Regulations, s. 4.1 applying to circumstances of present case — In conclusion, IAD’s decision reasonable — IAD adequately considered all evidence; reached decision that fell within range of reasonable outcomes — Decision transparent, intelligible, justified — Application dismissed.

CLARKE V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2018-20, 2022 FC 12, Favel J., reasons for judgment dated January 6, 2022, 15pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS TARIFF**

Appeal from decision by Canadian International Trade Tribunal (CITT) dismissing appellant’s appeal of decision of President of the Canada Border Services Agency (CBSA) regarding tariff classification of certain goods imported by appellant — Goods in question automatic single-cup brewing systems for home use — Classified under tariff item number 8516.71.10 of Schedule to *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36 as “coffee makers” (K40 brewing systems) — In 2018, appellant applied to CBSA for refund of duties under *Customs Act*, s. 74(1)(e), arguing classification should be changed to tariff item number 8516.79.90, “other electro-thermic appliances” — Goods classified according to General Rules for the Interpretation of the Harmonized System (General Rules), Canadian Rules, both contained in Schedule to *Customs Tariff* — General Rules, Rule 1 stating that “classification shall be determined according to the terms of the headings and any relative Section or Chapter Notes” — CITT determined whether goods fall under specific subheading “**8516.71 - -Coffee or tea makers**” before turning to residual “**8516.79 - -Other**” — Applied modern approach to statutory interpretation to determine that word “or” disjunctive, meaning that “goods may be classified in subheading No. 8516.71 if they are ‘coffee makers’ or ‘tea makers’” — CITT ultimately confirmed that K40 brewing systems should be classified as “coffee makers” under tariff item 8516.71.10 — Appellant posited CITT correct in finding that word “or” in subheading “**8516.71 - -Coffee or tea makers**” disjunctive, but incorrect in concluding that it could still classify item that didn’t only make coffee under subheading 8516.71 — Main issue whether CITT erred in its interpretation of Schedule to *Customs Tariff* — Word “or” can be interpreted conjunctively or disjunctively, depending on context — Subheading 8516.71 signaling that both coffee, tea makers properly classified as tariff items under subheading — Classification

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

exercise is to identify appropriate tariff item, exercise should not stop at subheading level — Headings, subheadings in Schedule to *Customs Tariff* used to direct classifier to appropriate tariff item — Goods not classified as subheading, but classified as tariff item — In terms of tariff classification of goods, choice between two possibilities occurring at tariff item level, not at subheading level, which simply indicates types of goods covered by subheading — Word “or” in subheading 8516.71 conjunctive, not disjunctive — As result, CITT erred in finding that word “or” in subheading 8516.71 disjunctive because it was broken down into two tariff items — Whether subheading 8516.71 conjunctive or disjunctive not constraining definition of coffee maker, tea maker — “Coffee maker” appliance that primarily, though not necessarily exclusively, makes coffee — Tariff items should not be interpreted so restrictively as to lead to no goods actually falling within interpretation — Interpreting tariff items too strictly would undermine purpose of Harmonized System, which seeks to foster stable, predictable classification system — In context of subheadings, hierarchical nature of General Rules meaning that these rules only to be applied when good cannot be classified using Rule 1 alone — In this case, Rule 1 conclusively determining appropriate classification of K40 brewing system — CITT correctly interpreting tariff item 8516.71.10 — As such, no need to interfere in present case with CITT’s classification of K40 brewing systems as “coffee makers” — Appeal dismissed.

KEURIG CANADA INC. v. CANADA (BORDER SERVICES AGENCY) (A-64-21, 2022 FCA 100, Pelletier J.A., reasons for judgment dated June 2, 2022, 18 pp.)

**INCOME TAX****TAX AVOIDANCE**

Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ consolidated amended applications for judicial review relating to validity of three requests for information (RFIs) addressed by respondent Canada Revenue Agency (CRA) to Swiss Federal Tax Administration (Swiss authorities) — Appellants Canadian taxpayers — RFIs at issue sent to Swiss Authorities in context of audits conducted by CRA under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.1 (Act) in relation to foreign investments, foreign income that appellants may not have properly reported in Canada — First two RFIs (Levett-Baazov RFIs) requested from Swiss authorities banking information related to accounts presumably held with private bank by appellants — Third RFI concerned audit of appellant 9179-3786 Québec Inc. (9179 Inc.), sought corporate, financial information about Swiss entity in relation to unrepaid loan made by that entity to 9179 Inc. — RFIs made pursuant to tax treaty between Canada, Switzerland, i.e. *Canada-Switzerland Income Tax Convention*, as amended by *Convention between the Government of Canada and the Swiss Federal Council for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income and on Capital*, further amended by *Protocol Amending the Convention between Canada and Switzerland for the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Income and on Capital*, which, at Article XII, sets out “Interpretative Protocol” (Tax Convention) — Appellants contended that RFIs should have been quashed on basis that CRA (i) did not exhaust all domestic avenues to obtain information sought; (ii) based RFIs on false allegations; (iii) did not provide full, frank disclosure to Swiss authorities; (iv) illegally sought, obtained solicitor-client privileged information; (v) illegally disclosed confidential taxpayer information — Solicitor-client privilege violation issue concerning trust account ledger of lawyer for 9191 Inc.’s shareholders provided to CRA in 2017 — Appellants claimed correctness standard applied to that issue — Federal Court chose to review legality of RFIs using standard of reasonableness — Whether Federal Court chose appropriate standard of review, applied it correctly — Tax Convention’s Interpretative Protocol, s. 2(b) requiring CRA to resort to RFI only “once [it] has pursued all reasonable means available under its internal taxation procedure to obtain the information” — CRA under no obligation to pursue all available domestic means to obtain the information, only all reasonable ones — This language strongly suggesting some measure of discretion in determining that all reasonable means available under Act to obtain information sought have been pursued before sending RFI to Swiss authorities — Reasonably open to CRA to proceed with RFIs at time it did — True intentions of parties to Tax Convention, pursuant to language of Article 25 thereof, to promote exchange of information to maximum extent possible, not to limit it — Issuance of Levett-Baazov RFIs, when examined in light of primary objective of Article 25, not unreasonable — Swiss Authorities aware that actual audits contemplated by Levett-Baazov RFIs covered only taxation years of 2010 to 2013, that CRA intended to extend these audits to 2014-2015 taxation years — Reasonably open to CRA, given language, primary objective of Tax Convention, Article 25, Interpretative Protocol, to include in Levett-Baazov RFIs reference to years 2014-2015 — Issuance of 9179 Inc. RFI result of reasonable exercise of discretion on part of CRA — CRA’s lack of accurate language when it comes to its interest in 2014-2015 taxation years not amounting to “false” allegation, not affecting reasonableness of Levett-Baazov RFIs — No issue herein with fact that CRA provided Swiss authorities with more information than that minimally required by Interpretative Protocol s. 2(b) — This permitted by Act, s. 241(4)(e)(xii), resulting in no breach of prohibition set out in Act, s. 241(1) — Appellants failing to establish that their rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 8 engaged by

**INCOME TAX—Concluded**

issuance of RFIs — Issue of whether or not solicitor-client privileged information obtained in violation of right to professional secrecy irrelevant in circumstances of this case — Whether solicitor-client privileged information relevant to determination of RFIs' validity question of mixed fact, law — Federal Court, in reviewing RFIs' validity, chose correct standard of review, applied it properly — Appeal dismissed.

LEVETT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-142-21, 2022 FCA 117, LeBlanc J.A., reasons for judgment dated June 17, 2022, 25 pp.)

**PRACTICE****CLASS PROCEEDINGS**

Preliminary questions — Appeals from certification order resulting from Federal Court decision (2020 FC 1074) — Specifically, appellant objecting to Federal Court's refusal to include in certification order three preliminary questions of fact and law, one common question — Respondents former federal inmates eligible for accelerated parole review under statutory scheme in place at time they committed their offences — *Abolition of Early Parole Act*, S.C. 2011, c. 11 (Act) abolished availability of early parole — Respondents' statements of claim seeking damages pursuant to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 24(1) because retrospective application of Act infringed their Charter rights — In *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, Supreme Court ruling that retrospective application of Act violating respondents' rights — Respondents representative plaintiffs for classes of former inmates similarly affected by Act — Appellant agreeing to four common questions of law and fact to be determined at trial — Arguing that another common question (CQ), three preliminary questions of law (PQOL) be added to certification order — Federal Court finding that CQ not determinative of cases, not advancing them in any significant way — Finding PQOLs hypothetical, not assisting in determining Crown's liability — Whether Federal Court erred in failing to take proper account of commonality, preferability criteria set out in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 334.16 — Federal Court not erring in any way justifying intervention when holding that PQOLs should not be certified as such — Asking purely hypothetical questions as preliminary questions can preclude leading of evidence — Pure question of law one that can be decided without Court having to engage in fact-finding — Federal Court's characterization of PQOLs as "hypothetical" misleading — PQOLs appropriate questions but only once appropriate evidentiary foundation laid — Nothing then preventing appellant from putting these questions to Court, arguing its position — Result being that PQOLs not appropriately preliminary questions of law, but remaining legitimate question — Federal Court not erring in failing to certify appellant's CQ — Relevant question here whether proposed CQ adding anything to common question certified by Federal Court — On understanding that CQ designed to identify actors, behaviour to satisfy test of clearly wrong, bad faith or abuse of power, difficult to see how CQ adding anything to existing common questions — Overlap between commonality, preferability factors under r. 334.16(1),(2) — Connection between commonality, preferability analyses — Given powers of trial judge to amend certification order or to treat questions not certified as common questions, every possible common question need not be certified as such — Certification of PQOLs as common questions not assisting in achieving goals sought by r. 334.16 — Appeals dismissed.

CANADA V. WHALING (A-299-20, A-300-20, 2022 FCA 37, Pelletier J.A., reasons for judgment dated March 4, 2022, 21 pp.)

**RCMP**

Judicial review seeking declarations that respondent RCMP Commissioner breached her duty under *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, s. 45.76(2), that delay to respond to interim report (Interim Report) of Civilian Review and Complaints Commission for the Royal Canadian Mounted Police (CRCC) infringing *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 2(b) — Applicant submitting complaint in February 2014 to Commission for Public Complaints against the RCMP (CPC) (predecessor of CRCC) alleging that RCMP members had illegally spied on Indigenous, climate advocates opposed to Northern Gateway pipeline — CRCC completing Interim Report in June 2017, sending it to RCMP Commissioner for written response — Applicant, CRCC unsuccessfully urging Commissioner to respond to Interim Report — Memorandum of Understanding (MOU) signed between CRCC, RCMP Commissioner in 2019 creating six-month target for respondent's responses — RCMP Commissioner responding to Interim Report in November 2020, after present application commenced — Main issues whether dispute moot; whether Commissioner breached her duty to respond to Interim Report "as soon as feasible" — Issue not turning on whether matter moot but on whether discretion should be exercised to nonetheless rule on two remaining remedies sought in application — Rationing of scarce judicial resources weighing heavily in favour of disposing of remaining

**RCMP**—Continued

issues raised by present application — Without judicial intervention, situation will repeat itself — In public interest to have police oversight institution that functions properly, for Court to provide interpretation of s. 45.76(2) — Sufficient adversarial context in present case to issue declarations sought — Three-and-a-half year delay not reasonable interpretation of words “as soon as feasible” in s. 45.76(2) — Imprudent to allow Commissioner to under-resource Directorate, claim that lengthy delays due to volume of interim reports, insufficient resources — Words “as soon as feasible” requiring institution to arrange its resources such that it can discharge its obligations “quickly and efficiently” — Narrower interpretation of “as soon as feasible” that indicates sense of urgency favoured herein — Six-month deadline reasonable interpretation of requirement imposed on RCMP Commissioner — Application allowed in part.

BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION V. ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE (T-1347-20, 2021 FC 1475, Gagné A.C.J., reasons for judgment dated December 29, 2021, 20 pp.)

*See also: Administrative Law*

Judicial review of decision of Final Level Adjudicator in Royal Canadian Mounted Police (RCMP) grievance system — RCMP member submitted receipts for “medical assisted procreation male/female” as result of his male factor infertility — Adjudicator determining that applicant would be reimbursed only for portion relating to intra-cytoplasmic sperm injection (ICSI), but denied applicant reimbursement for costs associated with in-vitro fertilization (IVF) because procedures were performed on his non-member spouse decision maker. — Applicant, member of RCMP — Married, his spouse is not RCMP member — In 2012, applicant learned that he suffered from male factor infertility — Applicant, his spouse pursued medically-assisted fertility treatments — They used medically-assisted procreation method of IVF using ICSI — Applicant submitted expense claims totalling \$35,710 for costs of fertility treatment, seeking reimbursement — \$28,400 of costs associated with IVF while, \$6,770 associated with ICSI performed on applicant — RCMP notified applicant that \$6,770 was approved for reimbursement which was cost of ICSI procedures performed on him but no reimbursement was approved for cost of IVF procedures — Applicant submitted grievance at initial level — Argued that denial of his reimbursement for IVF was inconsistent with RCMP policy, which covers “medically-assisted procreation male/female” — In alternative, submitted that if policy interpreted as excluding reimbursement for IVF to male members, policy in contravention of *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 by discriminating on basis of sex, disability — Initial Level Adjudicator dismissed grievance on ground applicant had not established, on balance of probabilities, that denial of reimbursement was inconsistent with applicable legislation, policies; that he suffered prejudice as result — Applicant referred grievance for consideration at final level of grievance process where Initial Adjudicator’s decision confirmed — Preliminary issue whether to accept document attached as exhibit to applicant’s affidavit that was not in record; main issue whether decision made by Final Level Adjudicator reasonable, procedurally fair — Applicant filed own affidavit in present matter, containing decision of RCMP Initial Level Adjudicator pertaining to medical expenses of *Corporal X* dated January 2016, attached as Exhibit H of applicant’s affidavit — Applicant’s affidavit stating that in December 2020, applicant became aware of earlier decision in which RCMP had granted male members’ IVF claims; Corporal X being paid for same medical procedures critically important to applicant’s grievance — Respondent arguing that contents of affidavit not before decision maker, not meeting recognized exceptions allowing new evidence on judicial review, as set out in *Association of Universities and Colleges of Canada v. Access Copyright*, 2012 FCA 22 (*Access Copyright*), therefore should not be allowed — *Corporal X* decision directly on point with instant case — *Association of Universities* leading case to examine when determining record upon which to judicially review matter — While, as general rule, evidentiary record before Court on judicial review restricted to evidentiary record that was before board, some exceptions existing to general rule against Court receiving evidence in application for judicial review — Applying these principles to document attached to applicant’s affidavit here difficult since, although such information critical, relevant to decision-making process, was not in record — Also, information was seemingly only in respondent’s possession, not available to applicant — *Corporal X* grievance decision fitting into *Access Copyright* exception to general inadmissibility of new evidence on judicial review since was procedurally unfair decision not before decision maker — *Corporal X* grievance decision falling within exception regarding procedural unfairness; thus, necessary to consider document attached to affidavit since underlying procedural unfairness existing associated with *Corporal X* grievance not forming part of evidentiary record before decision maker — As such, necessary in such highly limited, fact-specific circumstances, to accept *Corporal X* decision on present judicial review, despite it not being before decision maker, for Court to fulfill its role of reviewing for procedural unfairness — Based on information herein, certain that decision maker not taking *Corporal X* into consideration when was within their knowledge, control, was likely not public knowledge — Although administrative decision makers not bound by their previous decision in *stare decisis* manner as *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 establishing, administrative decision makers, reviewing courts

**RCMP—Concluded**

alike must be concerned with general consistency of administrative decisions — Those affected by administrative decisions entitled to expect that like cases will generally be treated alike; that outcomes will not depend merely on identity of individual decision maker — In instant case, issue of what procedures should be reimbursed essentially identical to *Corporal X* — As such, while decision maker not bound by *Corporal X*, such deviation may bring into doubt whether this decision lives up to standard of general consistency in administrative decisions, expectation that like cases will generally be treated alike — While *Corporal X* decision clearly not precedent nor needing to be followed in manner of *stare decisis*, is information that adjudicator should canvass to consistently apply the policy of benefits paid to members — Given facts here, adjudicator required to apply policy consistently; as such, affidavit, its attachments having to be admitted to avoid procedural unfairness — *Corporal X* could fall into another exception; namely, could be used to highlight complete absence of evidence before administrative decision maker when it made particular finding, being that no evidence that female members for ICSI, IVF ever paid unless both procedures performed on member claiming it — Fact that *Corporal X* – male member – was paid for ICSI, IVF treatments, despite only ICSI being performed on him (as was case for applicant) showing that particular finding was made in absence of any evidence — Regarding Final Level Adjudicator’s decision, required under *Vavilov* principles of general consistency of administrative decisions, like cases being treated alike, is idea that administrative decision maker should be careful not to make factual determinations that contradict information within its possession, or which ought to be within its possession, as well as to appropriately explain, differentiate, or address highly factually similar decisions with contradictory outcomes — In circumstance such as this where two alike factual circumstances not being treated similarly, wherein applicant – or those in their position – would not, could not be aware of differential treatment, such treatment running afoul of procedural fairness or could be seen as unreasonable because of it being unjustifiable — Fact *Corporal X* not before decision maker creating situation where Final Level Adjudicator’s decision constituting breach of procedural fairness because no submissions could be made in regard to *Corporal X* — In this very unique case, where document which was or ought to have been within knowledge, possession of decision maker not part of deliberation, when decision flatly contradicting document, was both contrary to procedural fairness to be afforded to applicant, as well as unreasonable — Unreasonableness is by virtue of departing from internally coherent, rational chain of analysis, that is justified in relation to facts, law that constrain decision-maker — Finding determinative of matter, which was sent back for re-determination by different decision maker with further submissions by parties — Application allowed.

DHALIWAL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-114-21, 2021 FC 1480, McVeigh J., reasons for judgment dated December 29, 2021, 17 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## ANTIDUMPING

Contrôle judiciaire de la décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada de mettre fin aux enquêtes de dumping visant l'intimée Hyundai Steel Company — La *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 a été modifiée pour prévoir la fin d'une enquête de dumping à l'égard de tout exportateur individuel ayant une marge de dumping négligeable — Cette modification ne s'appliquait pas automatiquement aux décisions définitives antérieures — Toutefois, l'art. 76.1 de la Loi crée une exception et permet au ministre des Finances de demander au président de réexaminer des décisions antérieures ou une partie de celles-ci se rapportant aux décisions et aux recommandations de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce — En 2020, en vertu de l'art. 76.1, le ministre a demandé au président de réexaminer des décisions de dumping de 2014 et 2015 sur le fondement du dossier original, et non de recalculer les marges de dumping fixées dans les enquêtes initiales — Il s'agissait de savoir si la décision du président de mettre fin aux enquêtes était raisonnable — Le président a raisonnablement interprété la demande du ministre comme autorisant le réexamen d'une partie seulement des décisions initiales, comme l'autorise expressément l'art. 76.1 — En l'espèce, le réexamen du président ne concernait que certains exportateurs identifiés par le ministre en ce qui a trait aux recommandations et aux décisions de l'Organe de règlement des différends concernant la fin des enquêtes à l'égard d'exportateurs individuels ayant des marges de dumping minimales — Le président n'était pas tenu de réexaminer les décisions définitives relatives à d'autres exportateurs individuels ou de réexaminer d'autres questions ni autorisé à le faire — Il aurait été déraisonnable de recalculer les marges de dumping ou de procéder à une nouvelle enquête parce que cela aurait excédé la portée du réexamen prévu à l'art. 76.1 — Il était loisible au président de conclure que l'art. 76.1 est une disposition dont l'objet est limité et qui permet un réexamen limité — L'art. 76.1 [traduction] « ne se voulait pas un moyen d'ouvrir des aspects d'une décision antérieure distincts des décisions et des recommandations de [l'Organisme de règlement des différends] que le réexamen vise à traiter » — L'objet limité de l'art. 76.1 fonctionne de manière autonome et il n'est pas élargi de manière substantielle pas les dispositions transitoires de la Loi — Le caractère raisonnable de la décision du président est étayé par une évaluation de la nature de la décision initiale au titre de l'art. 41(1) de la Loi — Les motifs du président ont fourni une justification suffisante pour comprendre le fondement central de la décision et les raisons pour lesquelles les observations principales contraires ont été rejetées — En l'espèce, aucun manquement à l'équité procédurale n'a été constaté — Demandes rejetées.

ALGOMA TUBES INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), (A-197-20, A-196-20, A-200-20, 2022 CAF 89, juge Stratas, J.C.A., motifs du jugement en date du 19 mai 2022, 9 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### STATUT AU CANADA

#### *Résidents permanents*

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) a rejeté l'appel du demandeur en matière de parrainage — La SAI a conclu que l'art. 4.1, intitulé « Reprise de la relation », du *Règlement sur l'immigration*

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

*et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, empêchait le demandeur de parrainer son épouse au titre de la catégorie du regroupement familial — Le demandeur a soutenu que la relation avec son épouse n'était pas nouvelle parce qu'elle datait de 1997 et n'a jamais été interrompue depuis, malgré un mariage de convenance qui a eu lieu entre-temps — Le demandeur est citoyen de la Jamaïque et résident permanent du Canada depuis 2017 — La mère du demandeur a déménagé au Canada en 1990 — En 1997, le demandeur a rencontré une femme qui est devenue plus tard sa seconde épouse (M<sup>me</sup> Clarke) — À cette époque, M<sup>me</sup> Clarke avait deux enfants — En 1998, le couple a emménagé ensemble; en 1999, leur fils est né — En 2005, le demandeur a contracté un mariage de convenance avec une femme vivant au Canada (première épouse) qui souhaitait le parrainer pour qu'il vive au Canada — Le demandeur s'est marié avec sa première épouse et, en 2007, est venu au Canada à titre de résident permanent — Le demandeur n'a pas eu d'enfant avec sa première épouse — Par la suite, le demandeur a fait venir son fils au Canada pour qu'il vive avec lui — Le demandeur n'a jamais vécu avec la première épouse, mais a habité avec sa mère jusqu'à ce qu'il trouve un appartement pour son fils et lui — Il a divorcé de sa première épouse en 2008 et s'est marié avec M<sup>me</sup> Clarke en Jamaïque en 2009 — En 2010, lorsque le demandeur a présenté une demande en vue de parrainer M<sup>me</sup> Clarke pour qu'elle obtienne la résidence permanente, des agents d'immigration ont ouvert une enquête sur la nature de son mariage avec sa première épouse — En 2011, un rapport d'interdiction de territoire pour fausses déclarations a été établi contre le demandeur en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — Le demandeur a alors perdu son statut de résident permanent — Son fils n'a pas perdu le sien et les deux ont continué à vivre ensemble à Toronto — Après avoir vécu au Canada sans statut, le demandeur a présenté une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire — La demande a été accueillie et le demandeur a récupéré son statut de résident permanent en 2017 — Par la suite, il a présenté une nouvelle demande en vue de parrainer M<sup>me</sup> Clarke — En 2018, après avoir interrogé M<sup>me</sup> Clarke, un agent des visas en Jamaïque a conclu que le mariage n'était pas authentique et a rejeté la demande au titre de l'art. 4(1) du Règlement — Le demandeur a interjeté appel de la décision à la SAI — La SAI a conclu que le mariage entre le demandeur et M<sup>me</sup> Clarke était authentique — En ce qui a trait au bien-fondé de l'appel relatif à l'art. 4.1 du Règlement, la SAI a conclu qu'il incombait au demandeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que M<sup>me</sup> Clarke et lui n'avaient pas dissous leur relation pour lui permettre d'acquérir le statut de résident permanent au Canada — La SAI a conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté de ce fardeau — La SAI a jugé que M<sup>me</sup> Clarke ne pouvait pas être parrainée à titre d'épouse du fait de l'application de l'art. 4.1 du Règlement — Il s'agissait de savoir si la décision de la SAI était raisonnable — Les faits en l'espèce étaient uniques — L'affaire reposait principalement sur l'interprétation de l'art. 4.1 du Règlement — La relation entre le demandeur et M<sup>me</sup> Clarke a été dissoute du fait du mariage du demandeur avec sa première épouse — Par conséquent, le mariage entre le demandeur et M<sup>me</sup> Clarke constituait une nouvelle relation au sens de l'art. 4.1 du Règlement — L'art. 4.1 porte sur la situation qui s'est produite en l'espèce : le maintien « informel » de la relation initiale après que l'époux a obtenu un statut au Canada — La SAI a conclu que tel était l'objet de l'art. 4.1 du Règlement — La SAI disposait de peu de jurisprudence sur laquelle s'appuyer, car il n'existe pas beaucoup de décisions comportant des faits identiques ou similaires — Dans la décision *Fang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 851, on a établi que l'art. 4.1 du Règlement empêche un couple de faire semblant de dissoudre une relation préexistante afin de permettre à un conjoint d'acquérir un statut d'immigration au Canada, par exemple, au moyen d'une relation non authentique avec un citoyen canadien (ou un résident permanent), pour ensuite reprendre la première relation — Il incombait au demandeur d'établir que M<sup>me</sup> Clarke n'était pas visée par l'art. 4.1 — Dans la décision *Fang*, on a également indiqué que l'art. 4.1 reposait sur trois éléments conjonctifs dont il faut tenir compte pour établir si un demandeur est visé par la disposition — Les trois éléments sont les suivants : Le demandeur et M<sup>me</sup> Clarke ont déjà eu un mariage antérieur ou une relation de conjoints de fait ou de partenaires conjugaux antérieure; le mariage antérieur ou la relation de conjoints de fait ou de partenaires conjugaux antérieure a été dissous principalement en vue de permettre au demandeur ou à M<sup>me</sup> Clarke d'acquérir un statut ou un privilège d'immigration au Canada; le demandeur et M<sup>me</sup> Clarke ont ensuite commencé une nouvelle relation conjugale — Les trois éléments du critère ont été réunis en l'espèce — En ce qui a trait au premier élément, la preuve a démontré clairement que le demandeur et M<sup>me</sup> Clarke entretenaient une relation de conjoints de fait depuis 1998 environ — La SAI a établi que cette relation s'est poursuivie jusqu'en 2007, année au cours de laquelle le demandeur est venu au Canada et s'est marié avec sa première épouse — En ce qui concerne le deuxième élément, le demandeur a fait valoir que sa relation avec M<sup>me</sup> Clarke n'avait pas pris fin ou été dissoute, mais qu'elle persistait à ce jour — Le demandeur a admis aussi que le mariage avec sa première épouse n'était pas authentique — Enfin, pour ce qui est du troisième élément, le mot « nouvelle » se rapporte au fait que le mariage du demandeur avec sa première épouse a eu pour effet de mettre fin à la relation entre M<sup>me</sup> Clarke et lui, ou de la dissoudre — Il était donc raisonnable de la part de la SAI, à la lumière du dossier dont elle disposait, de conclure que la relation entre le demandeur et M<sup>me</sup> Clarke est devenue « nouvelle » au sens de l'art. 4.1 du Règlement en raison du mariage du demandeur avec sa première épouse et du divorce qui a suivi — Même si l'analyse de la SAI était brève, son interprétation de l'art. 4.1 du Règlement était raisonnable — Elle était conforme à l'objet de la Loi, qui est de protéger l'intégrité du système d'immigration — Pour ces motifs, l'art. 4.1 du Règlement s'appliquait en l'espèce — En conclusion, la décision de la SAI était

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

raisonnable — La SAI a adéquatement examiné l'ensemble des éléments de preuve et est parvenue à une décision qui appartenait aux issues raisonnables — Sa décision était transparente, intelligible et justifiée — Demande rejetée.

CLARKE C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2018-20, 2022 CF 12, juge Favel, motifs du jugement en date du 6 janvier 2022, 15 p.)

**DOUANES ET ACCISE****TARIF DES DOUANES**

Appel d'une décision par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a rejeté l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre d'une décision du président de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) concernant le classement tarifaire de certaines marchandises importées par l'appelante — Les marchandises en cause étaient des systèmes d'infusion automatiques à une tasse pour usage à domicile — Elles ont été classées dans le numéro tarifaire 8516.71.10 de l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36 à titre d'« appareils pour la préparation du café » (systèmes d'infusion K40) — En 2018, l'appelante a demandé à l'ASFC le remboursement de droits en vertu de l'art. 74(1)e) de la *Loi sur les douanes*, faisant valoir que les marchandises devaient être classées dans le numéro tarifaire 8516.79.90 à titre d'« autres appareils électrothermiques » — Les marchandises ont été classées en conformité avec les Règles générales pour l'interprétation du Système harmonisé (Règles générales) et les Règles canadiennes, toutes deux contenues à l'annexe du *Tarif des douanes* — La règle 1 des Règles générales prévoit que « le classement doit être déterminé d'après les termes des positions et des notes de section ou de chapitre » — Le TCCE a été appelé à déterminer si les marchandises relevaient de la sous-position « **8516.71 - Appareils pour la préparation du café ou du thé** » avant de se tourner vers la sous-position résiduelle « **8516.79 - -Autres** » — Il a appliqué une méthode d'interprétation législative moderne pour déterminer si l'utilisation du mot « ou » est disjonctive, ce qui signifie que « les marchandises peuvent être classées dans la sous-position n° 8516.71 si elles sont des « appareils pour la préparation du café » ou des « appareils pour la préparation du thé » — Au bout du compte, le TCCE a confirmé que les systèmes d'infusion K40 devaient être classés comme des « appareils pour la préparation du café » dans le numéro tarifaire n° 8516.71.10 — L'appelante a fait valoir que le TCCE a conclu à raison que le mot « ou » dans la sous-position « **8516.71 - -Appareils pour la préparation du café ou du thé** » était disjonctif, mais qu'il avait eu tort de conclure qu'il pouvait tout de même classer un article qui ne servait pas seulement à la préparation du café sous la sous-position n° 8516.71 — Il s'agissait principalement de savoir si le TCCE a commis une erreur dans son interprétation de l'annexe du *Tarif des douanes* — L'utilisation du mot « ou » peut être interprétée comme étant conjonctive ou disjonctive, selon le contexte — La sous-position n° 8516.71 indique que les appareils pour la préparation du café et les appareils pour la préparation du thé sont tous deux classés correctement dans les numéros tarifaires sous la sous-position — Le classement vise à cerner le numéro tarifaire qui convient; il ne devrait pas s'arrêter à l'étape de la sous-position — Les positions et les sous-positions de l'annexe du *Tarif des douanes* servent à guider le classificateur vers le numéro tarifaire approprié — Les marchandises ne sont pas classées comme sous-position, mais comme numéro tarifaire — En ce qui concerne le classement tarifaire des marchandises, le choix entre deux possibilités se pose au chapitre du numéro tarifaire et non de la sous-position, qui énonce simplement les types de marchandises dont il est question dans la sous-position — L'utilisation du mot « ou » dans la sous-position n° 8516.71 est conjonctive et non disjonctive — Par conséquent, le TCCE a commis une erreur en concluant que l'utilisation du mot « ou » dans la sous-position n° 8516.71 était disjonctive parce qu'elle était divisée en deux numéros tarifaires — La question de savoir si la sous-position n° 8516.71 était conjonctive ou disjonctive ne limite pas la définition d'appareil pour la préparation du café et d'appareil pour la préparation du thé — L'« appareil pour la préparation du café » est un appareil qui sert principalement, mais pas nécessairement exclusivement, à la préparation du café — Les numéros tarifaires ne devraient pas être interprétés de façon si restrictive qu'aucune marchandise ne relèverait de cette interprétation — L'interprétation trop restrictive des numéros tarifaires minerait l'objectif du Système harmonisé, qui vise à favoriser un système de classement stable et prévisible — Dans le contexte des sous-positions, la nature hiérarchique des Règles générales signifie que ces règles ne doivent être appliquées que lorsqu'une marchandise ne peut être classée au moyen de la seule règle 1 — En l'espèce, la règle 1 a permis de déterminer de façon concluante le classement approprié du système d'infusion K40 — Le TCCE a interprété correctement le numéro tarifaire n° 8516.71.10 — Par conséquent, il n'est pas nécessaire de modifier en l'espèce le classement par le TCCE des systèmes d'infusion K40 à titre d'« appareils pour la préparation du café » — Appel rejeté.

KEURIG CANADA INC. C. CANADA (AGENCE DES SERVICES FRONTALIERS) (A-64-21, 2022 CAF 100, juge Pelletier, J.C.A., motifs du jugement en date du 2 juin 2022, 18 p.)

**GRC**

Contrôle judiciaire visant à obtenir des déclarations portant que la commissaire de la GRC intimée a manqué à l'obligation qui lui incombe au titre de l'art. 45.76(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, et que le délai de réponse au rapport provisoire (rapport provisoire) de la Commission civile d'examen et de traitement des plaintes relatives à la Gendarmerie royale du Canada (CCETP) allait à l'encontre de l'art. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — En février 2014, la demanderesse a déposé une plainte auprès de la Commission des plaintes du public contre la GRC (CPP) (la prédécesseure de la CCETP) dans laquelle elle a allégué que des membres de la GRC avaient illégalement espionné des environmentalistes et défenseurs des droits des Autochtones qui s'opposaient au pipeline Northern Gateway — La CCETP a rédigé son rapport provisoire en juin 2017 et l'a transmis à la commissaire de la GRC afin d'obtenir sa réponse écrite — La demanderesse et la CCETP ont prié la commissaire de répondre au rapport provisoire, mais sans succès — En 2019, la CCETP et la commissaire de la GRC ont signé un protocole d'entente (PE) qui établissait une cible de six mois pour les réponses de la défenderesse — La commissaire de la GRC a répondu au rapport provisoire en novembre 2020, après que la présente demande eut été déposée — Il s'agissait principalement de savoir si le litige était dénué de portée pratique et si la commissaire avait manqué à son obligation de répondre au rapport provisoire « dans les meilleurs délais » — La question n'était pas de savoir si l'affaire était théorique, mais de plutôt de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire et se prononcer sur les deux réparations demandées dans la présente affaire — Le rationnement des ressources judiciaires limitées a beaucoup joué en faveur du règlement des questions restantes soulevées dans le cadre de la présente demande — Sans l'intervention de la Cour, la situation se répètera — Il est dans l'intérêt du public d'avoir une institution de supervision de la police qui fonctionne bien et que la Cour interprète l'art. 45.76(2) — En l'espèce, le débat contradictoire était suffisant pour rendre les jugements déclaratoires demandés — Un délai de trois ans et demi n'est pas une interprétation raisonnable de l'expression « dans les meilleurs délais » qui figure à l'art. 45.76(2) — Il serait imprudent de permettre à la commissaire d'affecter des ressources insuffisantes à la Direction et d'avancer que les longs retards sont attribuables au volume de rapports provisoires reçus et au manque de ressources — L'expression « dans les meilleurs délais » exige que les institutions organisent leurs ressources de façon à pouvoir s'acquitter de leurs obligations « rapidement et efficacement » — L'interprétation plus restrictive de l'expression « dans les meilleurs délais », qui a une connotation d'urgence, a été privilégiée dans la présente affaire — Un délai de six mois est une interprétation raisonnable de l'obligation qui incombe à la commissaire de la GRC — Demande accueillie en partie

BRITISH COLUMBIA CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION C. GENDARMERIE ROYALE DU CANADA (T-1347-20, 2021 CF 1475, juge en chef adjointe Gagné, motifs du jugement en date du 29 décembre 2021, 20 p.)

*Voir aussi : Droit administratif*

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par un arbitre de dernier niveau dans le cadre du système de règlement des griefs de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) — Un membre de la GRC a soumis des reçus correspondant à une « procréation médicalement assistée homme-femme » effectuée par suite de son infertilité masculine — L'arbitre ne lui a accordé que le remboursement des frais de l'injection intracytoplasmique d'un spermatozoïde (IICS), lui refusant celui des frais liés à la fécondation in vitro (FIV) parce que les interventions avaient été effectuées sur son épouse, qui n'était pas membre de la GRC — Le demandeur est membre de la GRC — Il est marié, et son épouse n'est pas membre de la GRC — En 2012, le demandeur a appris qu'il souffrait d'infertilité masculine — Le demandeur et son épouse ont subi des traitements de fécondation médicalement assistée — Ils ont recouru à la méthode de procréation médicalement assistée appelée FIV, par IICS — Le demandeur a soumis des demandes de remboursement de dépenses totalisant 35 710 \$ pour le traitement de fécondation, soit 28 400 \$ pour la FIV, et 6 770 \$ pour l'IICS effectuée sur lui — La GRC a informé le demandeur que le remboursement de 6 770 \$ pour l'IICS effectuée sur lui avait été approuvé, mais pas celui de la FIV — Le demandeur a déposé un grief au premier niveau — Il a fait valoir que le refus de remboursement de la FIV était contraire à la politique de la GRC, qui couvre la « procréation médicalement assistée homme-femme » — Subsidiairement, il a affirmé que, si la politique était interprétée comme excluant le remboursement de la FIV aux membres de sexe masculin, alors elle était contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, pour cause de discrimination fondée sur le sexe et la déficience — Un arbitre de premier niveau a rejeté le grief au motif que le demandeur n'avait pas établi, suivant la prépondérance de la preuve, que le refus de remboursement était contraire aux lois et politiques applicables et qu'il avait de ce fait subi un préjudice — Le demandeur a porté son grief au dernier niveau du processus de règlement des griefs, dans le cadre duquel la décision de l'arbitre de premier niveau a été confirmée — La question préliminaire était de savoir s'il fallait ou non admettre un document annexé à l'affidavit du demandeur alors même qu'il ne figurait pas dans le dossier; la question principale était de savoir si la décision de l'arbitre de dernier niveau était raisonnable et conforme à l'équité procédurale — En l'espèce, le demandeur a déposé son propre affidavit, qui contenait une décision de l'arbitre de premier niveau de la GRC se rapportant aux frais médicaux du *caporal X*, datée de janvier 2016 et annexée comme pièce H à l'affidavit du demandeur — Dans son affidavit, le demandeur a écrit qu'en décembre 2020, il a eu connaissance d'une

## GRC—Suite

décision antérieure dans laquelle la GRC avait fait droit au remboursement des dépenses de FIV d'un membre de sexe masculin; cette décision, qui accordait au *caporal X* un remboursement pour les mêmes interventions médicales, était d'une importance cruciale pour le grief du demandeur — Le défendeur a fait valoir que la pièce annexée à l'affidavit n'avait pas été soumise au décideur et qu'elle n'était pas visée par les exceptions reconnues autorisant la production de nouvelles preuves dans une procédure de contrôle judiciaire, énumérées dans l'arrêt *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22, et qu'elle ne devrait donc pas être admise — La décision *Caporal X* intéressait directement l'affaire en l'espèce — L'arrêt *Association des universités* est la décision de principe à consulter pour déterminer le contenu du dossier qui servira dans un contrôle judiciaire — En règle générale, le dossier de la preuve qui est soumis à la Cour lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire se limite au dossier de preuve dont disposait la Commission, mais il y a quelques exceptions à la règle générale qui interdit à la Cour d'admettre de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire — L'application de ces principes au document annexé à l'affidavit du demandeur n'était pas chose aisée, puisque, bien que ce document soit essentiel et qu'il intéresse le processus décisionnel, il ne figurait pas au dossier — En outre, ce document était, semble-t-il, en la seule possession du défendeur, et il n'était pas accessible au demandeur — La décision *Caporal X* entre dans une exception *Access Copyright* à l'irrecevabilité générale de nouveaux éléments de preuve dans un contrôle judiciaire parce qu'il est contraire à l'équité procédurale qu'elle n'ait pas figuré dans le dossier soumis au décideur — La décision *Caporal X* entre dans l'exception concernant l'équité procédurale; il était donc nécessaire d'admettre les pièces annexées à l'affidavit, parce que le fait que la décision *Caporal X* n'ait pas figuré dans le dossier soumis au décideur constituait un manquement à l'équité procédurale — Ainsi, eu égard à ces circonstances très particulières, il était nécessaire d'admettre en preuve la décision *Caporal X* dans le présent contrôle judiciaire, même si elle était absente du dossier soumis au décideur, afin que la Cour puisse remplir son rôle d'organe de rectification des manquements à l'équité procédurale — D'après l'information en l'espèce, il est certain que le décideur n'a pas pris la décision *Caporal X* en considération alors qu'il lui appartenait de la connaître, et qu'elle n'était sans doute pas de notoriété publique — S'il ressort de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, qu'un décideur administratif n'est pas lié par sa décision antérieure suivant le principe de l'autorité de la chose jugée, les décideurs administratifs et les cours de révision doivent toutefois se soucier de l'uniformité générale des décisions administratives — Les personnes visées par les décisions administratives sont en droit de s'attendre à ce que les affaires semblables soient généralement tranchées de la même façon et que les résultats ne dépendent pas seulement de l'identité du décideur — En l'espèce, le point de savoir quelles interventions médicales devraient être remboursées était pour l'essentiel identique au point soulevé dans l'affaire *Caporal X* — Ainsi, bien que le décideur ne soit pas lié par la décision *Caporal X*, s'il décide de s'en écarter, cela pourrait jeter un doute quant à savoir si cette décision respecte la norme de l'uniformité générale des décisions administratives et le droit des administrés de s'attendre à ce que les mêmes affaires reçoivent le même traitement — Bien que la décision *Caporal X* ne soit clairement pas un précédent et qu'il ne soit pas obligatoire de la suivre au titre du principe de l'autorité de la chose jugée, elle constitue une information dont l'arbitre devait tenir compte pour que soit appliquée uniformément la politique relative à la couverture santé des membres — Compte tenu des circonstances de la présente affaire, l'arbitre était tenu d'appliquer la politique uniformément; en conséquence, l'affidavit et ses annexes devaient être déclarés admissibles pour éviter tout manquement à l'équité procédurale — Il se pourrait que la décision *Caporal X* relève d'une autre exception, c'est-à-dire qu'elle pourrait être utilisée pour faire ressortir l'absence totale de preuve dont disposait le décideur administratif lorsqu'il a tiré une conclusion déterminée, à savoir qu'il n'a pas été établi que les membres femmes de la GRC se voyaient rembourser à la fois l'IICS et la FIV, à moins que ces deux interventions ne soient effectuées sur celle qui en réclamait le remboursement — Puisque le *caporal X* — un membre de la GRC de sexe masculin — s'est vu rembourser l'IICS et la FIV, alors qu'il avait seulement subi une IICS (comme c'est le cas pour le demandeur), on devait en déduire que le décideur a tiré sa conclusion en l'absence de toute preuve — En ce qui concerne la décision de l'arbitre de dernier niveau, est implicite dans les principes de l'arrêt *Vavilov*, à savoir celui de l'uniformité générale des décisions administratives et celui du traitement analogue, l'idée selon laquelle le décideur administratif doit se garder de tirer des conclusions factuelles qui sont en contradiction avec l'information qu'il a en sa possession, ou qu'il devrait avoir en sa possession, et qu'il doit adéquatement expliquer, différencier ou analyser les décisions semblables qui ont conduit à des résultats contradictoires — Dans un cas comme celui-ci, où deux situations factuelles comparables n'ont pas été traitées de la même façon, et où le demandeur — ou un autre membre comme lui — n'aurait pas connaissance et ne pourrait avoir connaissance de cette différence de traitement, une telle disparité allait à l'encontre de l'équité procédurale ou pourrait être jugée déraisonnable au motif qu'elle ne saurait se justifier — Comme la décision *Caporal X* ne figurait pas dans le dossier soumis au décideur de dernier niveau, la décision de ce dernier était entachée d'un manquement à l'équité procédurale parce que cette absence a privé le demandeur de la possibilité de faire valoir pleinement son point de vue — Dans ce cas très particulier, où un document dont le décideur avait, ou aurait dû avoir, la connaissance et la possession était exclu de sa délibération, et où la décision rendue était en totale contradiction avec ce document, cette décision était contraire à l'équité procédurale à laquelle avait droit le demandeur et était déraisonnable — La décision était déraisonnable parce qu'elle n'était pas fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle

## GRC—Fin

et qu'elle n'était pas justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur était assujéti — Cette conclusion a tranché l'affaire, qui a été renvoyée à un autre décideur pour réexamen, sous réserve des observations complémentaires des parties — Demande accueillie.

DHALIWAL C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-114-21, 2021 CF 1480, juge McVeigh, motifs du jugement en date du 29 décembre 2021, 17 p.)

## IMPÔT SUR LE REVENU

## ÉVITEMENT FISCAL

Appel d'une décision de la Cour fédérale de rejeter les demandes de contrôle judiciaire modifiées réunies des appelants concernant la validité de trois demandes de renseignements (demandes de renseignements) adressées par l'intimée, l'Agence du revenu du Canada (ARC), à l'Administration fiscale fédérale suisse (autorités suisses) — Les appelants étaient des contribuables canadiens — Les demandes de renseignements en cause ont été envoyées aux autorités suisses dans le contexte de vérifications effectuées par l'ARC en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (Loi) relativement aux investissements étrangers et aux revenus étrangers que les appelants pourraient ne pas avoir déclarés correctement au Canada — Les deux premières demandes de renseignements (les demandes de renseignements sur Levett-Baazov) visaient à obtenir des autorités suisses des renseignements bancaires concernant des comptes vraisemblablement détenus par les appelants auprès d'une banque privée — La troisième demande de renseignements concernait la vérification de l'appelante 9179-3786 Québec Inc. (9179 Inc.) et visait à obtenir des renseignements commerciaux et financiers sur une entité suisse concernant un prêt non remboursé consenti par cette entité à 9179 Inc. — Les demandes de renseignements ont été présentées en vertu d'une convention fiscale conclue entre le Canada et la Suisse, c'est-à-dire la *Convention fiscale Canada-Suisse*, modifiée par la *Convention entre le Gouvernement du Canada et le Conseil fédéral suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, modifiée de nouveau par le *Protocole amendant la Convention entre le Gouvernement du Canada et le Conseil fédéral suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, qui, à l'article XII, énonce le « Protocole interprétatif » (Convention fiscale) — Les appelants ont soutenu que les demandes de renseignements auraient dû être annulées au motif que l'ARC (i) n'a pas épuisé au pays tous les moyens d'obtenir les renseignements recherchés; (ii) a fondé les demandes de renseignements sur de fausses allégations; (iii) n'a pas fait une divulgation complète et franche aux autorités suisses; (iv) a recueilli illégalement des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat; (v) a divulgué illégalement des renseignements confidentiels sur les contribuables — La question de la violation du secret professionnel de l'avocat concernait les renseignements contenus dans les comptes du grand livre en fiducie de l'avocat des actionnaires de 9191 Inc. communiqués à l'ARC en 2017 — Les appelants ont affirmé que la norme de la décision correcte s'appliquait à cette question — La Cour fédérale a choisi d'examiner la légalité des demandes de renseignements compte tenu de la norme de la décision raisonnable — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et l'a appliquée correctement — Aux termes de l'art. 2b) du Protocole interprétatif de la Convention fiscale, l'ARC ne présente une demande de renseignements qu'« une fois qu'[elle] a utilisé tous les moyens raisonnables et disponibles selon sa procédure fiscale interne pour obtenir les renseignements » — L'ARC n'était pas tenue de recourir à tous les moyens dont elle disposait au pays pour obtenir les renseignements, mais seulement à tous les moyens raisonnables — Ce libellé dénote fortement l'existence d'un certain pouvoir discrétionnaire pour ce qui est de conclure que tous les moyens raisonnables prévus par la Loi pour obtenir les renseignements demandés ont été utilisés avant qu'une demande de renseignements soit envoyée aux autorités suisses — Il était raisonnablement loisible à l'ARC de faire les demandes de renseignements au moment où elle l'a fait — Les véritables intentions des parties à la Convention fiscale, conformément au libellé de l'art. 25 de celle-ci, est de promouvoir l'échange de renseignements dans la mesure du possible et non de les limiter — Les demandes de renseignements sur Levett-Baazov, lorsqu'elles sont examinées à la lumière de l'objectif principal de l'art. 25, n'étaient pas déraisonnables — Les autorités suisses savaient que les vérifications envisagées dans les demandes de renseignements sur Levett-Baazov ne couvraient que les années d'imposition 2010 à 2013 et que l'ARC avait l'intention d'étendre ces vérifications aux années d'imposition 2014 et 2015 — Compte tenu du libellé et de l'objectif principal de l'art. 25 de la Convention fiscale, Protocole interprétatif, l'ARC pouvait raisonnablement mentionner les années 2014 et 2015 dans les demandes de renseignements sur Levett-Baazov — La demande de renseignements sur 9179 Inc. résulte d'un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire de l'ARC — Le fait que l'ARC n'a pas utilisé un libellé exact relativement à son intérêt en ce qui concerne les années d'imposition 2014 et 2015 ne constituait pas une allégation « fausse » et ne compromettait pas le caractère raisonnable des demandes de renseignements sur Levett-Baazov — Le fait que l'ARC a fourni aux autorités suisses plus de renseignements que ceux minimalement requis par l'art. 2b) du

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

Protocole interprétatif ne présentait aucun problème — Cela était permis par l'art. 241(4)e(xii) de la Loi, de sorte qu'il n'en a résulté aucun manquement à l'interdiction prévue par l'art. 241(1) de la Loi — Les appelants n'ont pas établi que les demandes de renseignements ont déclenché l'application des droits qui leur sont garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — La question de savoir si les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat ont été obtenus en contravention du droit au secret professionnel n'était pas pertinente dans les circonstances de la présente affaire — La question de savoir si les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat étaient pertinents pour trancher la question de validité des demandes de renseignements était une question mixte de fait et de droit — En examinant la validité des demandes de renseignements, la Cour fédérale a choisi la bonne norme de contrôle et l'a appliquée correctement — Appel rejeté.

LEVETT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-142-21, 2022 CAF 117, juge LeBlanc, J.C.A., motifs du jugement en date du 17 juin 2022, 25 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

*Voir aussi : Environnement*

Appels interjetés à l'encontre de deux décisions de la Cour fédérale (2021 CF 758, 2021 CF 759) concernant la décision du ministre de l'Environnement et du Changement climatique (le ministre) appelant de prendre un arrêté de désignation en vertu de l'art. 9(1) de la *Loi sur l'évaluation d'impact*, L.C. 2019, ch. 28, art. 1 (LEI) relativement à des projets d'extraction de charbon en Alberta — Dans l'affaire 2021 CF 758 (correspondant à l'appel dans le dossier A-254-21), la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimée, la Nation crie Ermineskin (Ermineskin), et a annulé l'arrêté de désignation du ministre — Dans la décision 2021 CF 759 (correspondant à l'appel dans le dossier A-261-21), la Cour fédérale a rejeté la demande parallèle de contrôle judiciaire de la décision du ministre présentée par l'intimée, Coalspur Mines (Operations) Ltd. (Coalspur), en raison de son caractère théorique en droit administratif — Coalspur, propriétaire et exploitante d'une mine de charbon à ciel ouvert, souhaitait mener d'autres projets, y compris un projet d'agrandissement (phase II), sur les terres visées par le Traité no 6 et le territoire traditionnel d'Ermineskin — Elle a conclu une entente sur les répercussions et les avantages avec Ermineskin afin de créer des occasions mutuellement avantageuses de développement communautaire, des infrastructures et commercial — La LEI permet au gouvernement fédéral d'examiner les effets négatifs potentiels d'activités concrètes sur l'environnement — Suivant l'art. 9(1), le ministre peut « désigner » toute activité concrète comme étant assujettie à la LEI, de sorte que celle-ci est réputée constituer un « projet désigné » — Le promoteur d'un projet désigné ne peut prendre de mesure qui se rapporte à la réalisation d'un projet et qui peut entraîner des effets sur une compétence du Parlement jusqu'à ce que le processus d'évaluation fédéral soit achevé — À la réception d'une demande de désignation, l'Agence canadienne d'évaluation d'impact (Agence) examine la demande et formule une recommandation au ministre — Le ministre a désigné la phase II aux fins d'un examen (premier arrêté de désignation) — La demande d'Ermineskin visait à annuler ou à infirmer le premier arrêté de désignation au motif que le ministre ne s'était pas acquitté de son obligation de consulter — La demande de Coalspur visait à annuler ou à infirmer le premier arrêté de désignation au motif qu'il était déraisonnable — La Cour fédérale a conclu que la Couronne ne s'était pas acquittée de son obligation de consulter Ermineskin — Elle a annulé le premier arrêté de désignation — Elle a renvoyé l'affaire au ministre pour nouvel examen — Compte tenu de sa décision d'annuler le premier arrêté de désignation (2021 CF 758), la Cour fédérale a rejeté la demande de Coalspur — L'Agence a lancé un nouveau processus de consultation auquel a participé Ermineskin et le ministre a pris un deuxième arrêté de désignation — Le ministre a également interjeté appel de la décision de la Cour fédérale (2021 CF 758) concernant le premier arrêté de désignation (A-254-21) — Coalspur a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale (2021 CF 759) rejetant sa demande de contrôle judiciaire (A-261-21) — En réponse au deuxième arrêté de désignation, les intimées ont chacune déposé des demandes de contrôle judiciaire visant à l'annuler (demandes regroupées) — La protonotaire a rendu une ordonnance mettant les demandes regroupées en suspens jusqu'à la conclusion des présents appels — Compte tenu du deuxième arrêté de désignation, Coalspur a également présenté une requête visant à faire rejeter l'appel A-254-21 – relativement au premier arrêté de désignation – en raison de son caractère théorique — Coalspur a fait valoir notamment qu'étant donné que le deuxième arrêté de désignation visait à empêcher Coalspur d'aller de l'avant avec ses projets, il importe peu que le présent appel aille de l'avant, puisqu'il n'a aucune incidence dans la pratique — Elle a ajouté qu'il était abusif de la part du ministre de prendre un deuxième arrêté de désignation, et que le Canada aurait dû plutôt demander de surseoir à l'ordonnance de la Cour fédérale à l'égard du premier arrêté de désignation (2021 CF 758) en attendant qu'une décision soit rendue dans l'appel A-254-21 — Il s'agissait de savoir si l'appel A-254-21 était théorique — L'appel A-254-21 peut avoir comme résultat soit le maintien de l'annulation du premier arrêté de désignation, soit son rétablissement — Ni l'un ni l'autre résultat ne changera quoi que ce soit à la question de savoir si la phase II a été désignée en vertu de la LEI parce que le projet demeurera désigné en application du deuxième arrêté de désignation — Le Canada a par la suite consulté Ermineskin avant de



**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

prendre le deuxième arrêté de désignation — L'obligation de consulter n'est plus en litige — Les demandes regroupées concernant le deuxième arrêté de désignation ne portent pas sur l'obligation de consulter, mais plutôt sur le caractère suffisant de la consultation — Cette question était précisément en cause dans les demandes regroupées qui ont été mises en suspens — Par conséquent, l'appel A-254-21 était théorique — Les considérations visant le traitement expéditif et économique de l'affaire ne militent pas en faveur de l'instruction du présent appel — Toutefois, les motifs dans la présente affaire ne visent pas à appuyer la décision de la Cour fédérale — La requête en radiation de Coalspur visant à faire rejeter l'appel dans A-254-21 a été accueillie; l'appel dans A-261-21 a été rejeté.

CANADA (ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE) C. NATION CRIE ERMINESKIN (A-254-21, A-261-21, 2022 CAF 123, juge Boivin, J.C.A., motifs du jugement en date du 4 juillet 2022, 16 p.)

**PRATIQUE****RECOURS COLLECTIFS**

Questions préliminaires — Appels de l'ordonnance autorisant les recours collectifs qui découlent d'une décision de la Cour fédérale (2020 CF 1074) — Plus précisément, l'appelante s'oppose au refus par la Cour fédérale d'inclure dans l'ordonnance autorisant les recours collectifs trois questions préliminaires de fait et de droit et une question commune — Les intimés sont d'anciens détenus fédéraux qui étaient admissibles à la procédure d'examen expéditif qui relevait du régime législatif en place au moment où ils ont commis leurs infractions — La *Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels*, L.C. 2011, ch. 11 (Loi) a retiré l'accès à un examen en vue d'une libération conditionnelle anticipée — Dans leurs déclarations, les intimés ont sollicité des dommages-intérêts en application de l'art. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, étant donné que l'application rétrospective de la Loi contrevenait à leurs droits garantis par la Charte — Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, la Cour suprême a décidé que l'application rétrospective de la Loi contrevenait aux droits des intimés — Les intimés sont les représentants demandeurs des groupes d'anciens détenus similairement touchés par la Loi — L'appelante a accepté quatre questions de droit et de fait communes à trancher à l'instruction — Elle a fait valoir qu'une autre question commune et trois questions de droit préliminaires devraient être ajoutées à l'ordonnance d'autorisation — La Cour fédérale a conclu que la question commune ne permettrait pas de régler les affaires et qu'elle ne ferait pas progresser celles-ci de manière significative — Elle a estimé que les questions de droit préliminaires étaient hypothétiques et qu'elles ne seraient pas utiles pour déterminer la responsabilité de la Couronne — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en omettant de tenir compte comme il se devait des critères des questions communes et du meilleur moyen énoncés à la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur de quelque manière que ce soit justifiant une intervention lorsqu'elle a conclu que les questions de droit préliminaires ne devraient pas être autorisées en tant que telles — Poser des questions préliminaires purement hypothétiques peut écarter la possibilité d'obtenir des éléments de preuve — Une pure question de droit est une question qui peut être tranchée sans que la Cour soit contrainte de tirer une conclusion de fait — La Cour fédérale utilise un terme trompeur en qualifiant les questions de droit préliminaires d'« hypothétiques » — Les questions de droit préliminaires sont des questions pertinentes, mais seulement une fois que les fondements factuels pertinents ont été posés — Rien n'empêche alors l'appelante de présenter ces questions à la Cour et de défendre sa position — Il s'ensuit que les questions ne sont pas, à juste titre, des questions de droit préliminaires, mais qu'elles demeurent des questions légitimes — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en n'autorisant pas la question commune de l'appelante — La question pertinente en l'espèce était celle de savoir si la question commune proposée ajoutait quelque chose à la question commune autorisée par la Cour fédérale — En partant du principe que cette question vise à déterminer les représentants et le comportement qui satisfait au critère d'un comportement clairement fautif ou de mauvaise foi ou d'un abus de pouvoir, il était difficile de voir dans quelle mesure la question commune ajoutait quelque chose aux questions communes existantes — Il y a un certain chevauchement entre le critère des questions communes et celui du meilleur moyen au sens des règles 334.16(1) et (2) — Il existe un lien entre l'analyse des questions communes et celle du meilleur moyen — Compte tenu des pouvoirs conférés au juge de première instance pour modifier l'ordonnance d'autorisation ou pour trancher des questions qui n'ont pas été autorisées comme questions communes, toutes les questions communes possibles n'ont pas besoin d'être autorisées en tant que telles — L'autorisation des questions de droit préliminaires comme questions communes n'aiderait pas à atteindre les objectifs recherchés à la règle 334.16 — Appels rejetés.

CANADA C. WHALING (A-299-20, A-300-20, 2022 CAF 37, juge Pelletier, J.C.A., motifs du jugement en date du 4 mars 2022, 21 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