



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2018, Vol. 4, Part 1

2018, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2018] 4 F.C.R., {³⁻¹⁹⁷_{D-1-D-5}

Renvoi [2018] 4 R.C.F., {³⁻¹⁹⁷_{F-1-F-7}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

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

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

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

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

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

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

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

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

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

Subscribers who receive the *Federal Courts Reports* pursuant to the *Canada Federal Court Reports Distribution Order* should address any inquiries and change of address notifications to: Production and Publication Manager, *Federal Courts Reports*, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

Les abonnés qui reçoivent le *Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada* sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Gestionnaire, production et publication, *Recueil des décisions des Cours fédérales*, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–197
Digests	D-1–D-5

Apotex Inc. v. Bayer Inc. (F.C.A.) 58

Patents—Infringement—Liability—Appeal from Federal Court remedial decision holding that respondents entitled to elect between their damages, accounting of appellant's profits after having decided in previous decision that appellant had infringed respondents' patent 2382426 ('426 patent)—Respondent Bayer Pharma Aktiengesellschaft owner of '426 patent; respondent Bayer Inc. licensee thereof which allowing it to sell oral contraceptives in Canada under brand names Yasmin, Yaz—Appellant, well-known Canadian generic pharmaceutical company selling generic versions of Yasmin, Yaz tablets in Canada under brand names Zamine, Mya—Appellant receiving Notices of Compliance (NOC) for both Mya, Zamine tablets—Respondent commencing infringement proceedings thereafter—In proceedings, respondents seeking right to elect between damages or accounting of appellant's profits while appellants denying respondents' right to do so—Federal Court determining that appellant infringing '426 patent; that respondents, not appellant, entitled to elect; dismissing appellant's contention that, pursuant to *Patent Act*, s. 57(1), appellant entitled to elect—Whether *Federal Court erring in interpreting Act*, s. 57(1); whether Act, s. 57(1) allowing for defendant to elect accounting of profits after finding of infringement—Federal Court not erring with respect to Act, s. 57(1)—Legislative history, relevant judicial interpretation thereof examined—Election of final accounting of profits, following determination of infringement, belonging to patentee, subject to Court's discretion—Moreover, Court cannot oblige patentee to accept as remedy accounting of profits if patentee not willing to do so—Thus, Federal Court right in rejecting appellant's submission; right in stating that, by reason of Act, s. 55(1), patentee having right to damages—

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–197
Fiches analytiques	F-1–F-7

Apotex Inc. c. Bayer Inc. (C.A.F.) 58

Brevets—Contrefaçon—Responsabilité—Appel d'une décision de la Cour fédérale portant sur la réparation qui a conclu que les intimées avaient le droit de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante après qu'il eut été conclu dans une décision antérieure que l'appelante avait contrefait le brevet 2382426 (le brevet '426) des intimées—L'intimée, Bayer Pharma Aktiengesellschaft, est propriétaire du brevet '426; l'intimée, Bayer Inc., est titulaire d'une licence qui lui permet de vendre des contraceptifs oraux au Canada sous les marques Yasmin et Yaz—L'appelante est une société pharmaceutique générique canadienne bien connue qui vend ses versions génériques de comprimés Yasmin et Yaz au Canada sous les marques Zamine et Mya—L'appelante a reçu des avis de conformité (AC) pour ses comprimés Mya et Zamine—Les intimées ont intenté une action en contrefaçon par la suite—Dans leurs déclarations, les intimées ont demandé le droit de choisir entre des dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante, alors que l'appelante a contesté le droit des intimées de faire ce choix—La Cour fédérale a conclu que le brevet '426 avait été contrefait par l'appelante; que le droit de choisir appartenait aux intimées, et non à l'appelante; elle a rejeté la prétention de l'appelante selon laquelle l'art. 57(1) de la *Loi sur les brevets* l'autorisait à choisir—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de l'art. 57(1) de la Loi et si l'art. 57(1) de la Loi permet au défendeur d'opter pour la restitution des bénéfices une fois la contrefaçon établie—La Cour fédérale n'a commis aucune erreur au sujet de l'art. 57(1) de la Loi—L'historique législatif de la disposition et son interprétation judiciaire ont été examinés—Le choix de la restitution finale des bénéfices,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Consequently, Federal Court correct to say that patentee always having right to damages unless waived by election—Appeal dismissed.

Canada v. Oxford Properties Group Inc. (F.C.A.) . . . 3

Income Tax—Assessment and Reassessment—Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing respondent’s appeal from reassessment issued by Minister of National Revenue (Minister) with respect to 2006 taxation year—Reassessment issued pursuant to *Income Tax Act* (Act), s. 245 general anti-avoidance rule (GAAR)—Respondent’s predecessor agreeing to proposal whereby substantial portion of its common shares taken over—Transferring properties with low adjusted cost bases (ACB), undepreciated capital costs (UCC) to first tier limited partnerships—Subsequent amalgamation of partners resulting in creation of respondent—Respondent bumping ACB of partnership interests pursuant to Act, s. 88(1)—Transferring real estate properties to second tier partnerships pursuant to Act, s. 97(2); real estate properties retaining low ACB, UCC—Little or no taxable capital gain generated—Act, s. 100(1) having no application—As a result, tax on latent recapture, accrued gains avoided—Minister of view that overall result abusive; respondent circumventing application of s. 100(1)—T.C.C. concluding that s. 97(2) not abused; amendments to s. 88 relevant in construing object, spirit, purpose of bump provisions; purpose of ss. 88, 98 before amendments not to prohibit “indirect” bump; s. 88(1)(d)(ii.1) reflecting change in law rather than clarification; respondent’s use of bumps not frustrating object, spirit or purpose of those provisions—Issue herein whether elimination of capital gain by use of bumps, avoidance of recapture frustrating s. 100(1), other provisions—No basis requiring that three-year limitation found in Act, s. 69(11) be applied to s. 97(2)—Object, spirit, purpose of Act, ss. 97(2), 97(4) to track tax attributes of depreciable property to ensure that deferred recapture, gains subsequently taxed—Latent recapture not intended to go untaxed—Application of s. 69(11) not limited to partnerships—Having much broader application—Applying to series of transactions where initial disposition taking place below fair market value—Fact that deferred gains, recapture not taxed frustrating object, spirit, purpose of s. 97(2)—Bumps herein frustrating object, spirit, purpose of Act, ss. 88(1)(c),(d),

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

une fois la contrefaçon établie, appartient au breveté, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour—En outre, la Cour ne saurait obliger le breveté à accepter une restitution des bénéficiaires s’il n’est pas disposé à le faire—La Cour fédérale a donc rejeté l’argument de l’appelante à juste titre; elle avait raison d’affirmer qu’en raison de l’art. 55(1) de la Loi, le breveté a droit à des dommages-intérêts—Par conséquent, la Cour fédérale a eu raison de dire que le breveté a toujours droit à des dommages-intérêts à moins qu’il y renonce par choix—Appel rejeté.

Canada c. Oxford Properties Group Inc. (C.A.F.) 3

Impôt sur le revenu—Cotisation et nouvelle cotisation—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.), qui a accueilli l’appel interjeté par l’intimée à l’encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national (ministre) à l’égard de son année d’imposition 2006—La nouvelle cotisation avait été établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) prévue à l’art. 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la Loi)—La prédecesseure de l’intimée avait accepté une proposition par laquelle une partie importante de ses actions ordinaires seraient achetées—Elle s’est départie de biens qui avaient un prix de base rajusté (PBR) et une fraction non amortie du coût en capital (FNACC) faibles en faveur de sociétés en commandite de premier palier—Les commanditaires des sociétés de personnes ont fusionné, ce qui a mené à la création de l’intimée—L’intimée a majoré le PBR des participations qu’elle détenait dans les sociétés de personnes en vertu de l’art. 88(1) de la Loi—Ces dernières ont transféré les biens immobiliers aux sociétés de personnes de second palier sous le régime de l’art. 97(2) de la Loi; les biens immobiliers ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles—La vente n’a généré qu’un faible gain en capital imposable, voire aucun—L’art. 100(1) de la Loi ne s’appliquait pas—Par conséquent, l’impôt sur la récupération latente et les gains accumulés a été évité—Le ministre est arrivé à la conclusion que le résultat était abusif; l’intimée a contourné l’application de l’art. 100(1)—La C.C.I. a conclu qu’il n’y avait eu aucun abus de l’art. 97(2); les modifications apportées à l’art. 88 étaient pertinentes dans le contexte de l’interprétation de l’objet et de l’esprit des dispositions relatives à la majoration; l’objet des art. 88 et 98 avant les modifications n’était pas d’empêcher la majoration « indirecte »; l’art. 88(1)(d)(ii.1) constituait un changement dans le droit et non une clarification du droit; le recours aux majorations par l’intimée n’a pas contrecarré l’objet ou l’esprit de ces dispositions—Il s’agissait de savoir si l’élimination du gain en capital au moyen de majorations et l’évitement de la récupération ont contrecarré

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

98(3)—Allowing respondent to circumvent application of s. 100(1)—Question whether new s. 88(1)(d)(ii.1) operating as new law in GAAR context having to be assessed with regard to meaning of prior provisions—Amendment not operating as new law—Practical effect of amendment simply that GAAR no longer having to be resorted to in order to prevent result achieved herein—Incumbent upon T.C.C. to conduct object, spirit, purpose analysis of s. 100(1)—Parliament wanting tax to be paid on latent recapture otherwise going unpaid on subsequent sale of depreciable property—Object, spirit, purpose of s. 100(1) frustrated by result achieved herein as latent recapture in depreciable property held by second tier partnerships forever going unpaid—S. 100(1) circumvented by eliminating capital gain—Rendered inoperative by use of bumps—Rationale for excluding depreciable property from bumps pursuant to ss. 88(1)(c)(iii), 98(3)(e) defeated—Crown discharging its burden of identifying object, spirit, purpose of provisions used by respondent—Not shown that abuse of s. 100(1)(b) resulting from fact that increased value of depreciable property not reflected in capital gain generated by sale of partnership interests—S. 97(2) not abused insofar as it was used to defer tax on the part of increase in value of depreciable property—Preventing subsequent realization of capital gain in circumstances where there has been no economic gain only reason why bump provisions enacted—Only basis on which Minister could refuse to give bumps this limited application is by insisting on construction of bump provisions focusing on meaning of words, specifically on unqualified, express disqualification of depreciable property—However, in GAAR context, same interpretative approach having to be applied to both determination of abuse, consequential adjustments required in order to counter it—Minister therefore could not reassess respondent on basis that result achieved by use of bump provisions abusive—Reassessment referred back to Minister for reconsideration, reassessment—Appeal allowed in part.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'art. 100(1) et d'autres dispositions—Il n'y a rien qui exige que la limite de trois ans prévue à l'art. 69(11) soit appliquée à l'art. 97(2)—L'objet et l'esprit des art. 97(2) et 97(4) de la Loi consistent à assurer le suivi des attributs fiscaux des biens amortissables afin de veiller à ce que la récupération et les gains reportés soient imposés ultérieurement—La récupération latente n'était pas censée être non imposable—L'application de l'art. 69(11) n'est pas limitée aux sociétés de personnes—Son application est beaucoup plus large—Il s'applique à toute série d'opérations amorcée par une disposition pour un produit inférieur à la juste valeur marchande—Le fait que les gains et la récupération reportés ne seront jamais imposés contrecarre l'objet et l'esprit de l'art. 97(2)—Les majorations en l'espèce ont contrecarré l'objet et l'esprit des art. 88(1)(c) et d) et de l'art. 98(3) de la Loi—Elles ont permis à l'intimée de contourner l'application de l'art. 100(1)—La question de savoir si le nouvel art. 88(1)(d)(ii.1) est de droit nouveau dans le contexte de la RGAÉ doit être examinée en tenant compte du sens des dispositions antérieures—La modification n'est pas de droit nouveau—L'effet pratique est simple: il ne sera plus nécessaire d'invoquer la RGAÉ pour éviter le résultat obtenu en l'espèce—Il incombait à la C.C.I. d'analyser l'objet et l'esprit de l'art. 100(1)—Le législateur voulait prévoir le paiement de l'impôt sur la récupération latente, qui autrement demeurerait impayé lors de la vente subséquente des biens amortissables—Le résultat obtenu en l'espèce a contrecarré l'objet et l'esprit de l'art. 100(1), parce que l'impôt sur la récupération latente à l'égard des biens amortissables détenus par les sociétés de second palier ne sera jamais payé—L'art. 100(1) a été contourné grâce à l'élimination du gain en capital—Il a été rendu inopérant par le recours à des majorations—La raison pour laquelle la majoration exclut les biens amortissables aux termes des art. 88(1)(c)(iii) et 98(3)e) a été contrecarrée—La Couronne s'est acquittée de son fardeau de décrire l'objet et l'esprit des dispositions invoquées par l'intimée—Il n'a pas été démontré qu'un abus de l'art. 100(1)(b) a résulté du fait que l'augmentation de la valeur des biens amortissables n'était pas reflétée dans le gain en capital réalisé lors de la vente des participations dans les sociétés de personnes—Il n'y a eu aucun abus de l'art. 97(2), dans la mesure où cette disposition a été invoquée pour reporter l'impôt à payer sur cette partie de l'augmentation de la valeur des biens amortissables—C'est pour prévenir la réalisation subséquente d'un gain en capital alors qu'il n'y a eu aucun gain économique que les dispositions relatives à la majoration ont été adoptées—La seule façon pour le ministre de refuser de reconnaître cette majoration serait d'insister sur une interprétation des dispositions en cause qui est axée sur le sens des mots, plus particulièrement sur l'exclusion non limitative des biens amortissables—Cependant, lorsque la RGAÉ

Suite à la page suivante

Hociung v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.) 82

Customs and Excise—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*—Motion in which defendant seeking summary judgment dismissing in entirety plaintiff’s action which arose from Canada Border Services Agency’s (CBSA) seizure of U.S. Treasury gold, silver coins from plaintiff upon plaintiff’s return to Canada from U.S.—Whether precious-metal coins “currency” that must be reported under *Proceeds Act*, s. 12—In context of Canadian-issued coins, non-circulation coins that are legal tender “currency” as term used in *Proceeds Act*, s. 12(1) therefore triggered in specific circumstances where, on import or export, denominational or face value of non-circulation coins together with any other currency or monetary instruments being imported or exported of value equal to or greater than prescribed amount at Cross-border *Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations* (Reporting Regulations), s. 2—Plaintiff’s U.S. Treasury-issued, legal tender coins currency subject to reporting requirements set out in *Proceeds Act* but given denominational value of coins US\$220, plaintiff under no obligation to report importation of currency in his possession under *Proceeds Act*—Currency well below amount specified at Reporting Regulations, s. 2.

Customs and Excise—*Customs Act*—Motion in writing in which defendant seeking summary judgment dismissing plaintiff’s action in entirety—Plaintiff’s action arising from Canada Border Services Agency’s (CBSA) seizure of U.S. Treasury gold, silver coins from plaintiff upon return to Canada from U.S.—Coins, purchased in U.S. for US\$5 700,

Continued on next page

Hociung c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.) 82

Douanes et Accise—*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*—Requête dans laquelle le défendeur a demandé un jugement sommaire rejetant l’action du demandeur dans son ensemble, action qui a résulté de la saisie des pièces de monnaie d’or et d’argent du Trésor américain du demandeur par l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) lors de sa rentrée au Canada des États-Unis—Il s’agissait de savoir si les pièces de monnaie de métal précieux étaient des «espèces» qui devaient être déclarées en vertu de l’art. 12 de la *Loi sur le recyclage des produits*—Dans le cadre des monnaies émises au Canada, les pièces de monnaie hors circulation ont pouvoir libératoire et elles sont des «espèces» dans le sens du terme utilisé par la *Loi sur le recyclage des produits*—Les obligations en matière de déclaration prévues par l’art. 12(1) de la *Loi sur le recyclage des produits* sont, par conséquent, applicables aux importations et aux exportations où la valeur nominale ou faciale des pièces de monnaie hors circulation, ensemble avec tout autre espèce ou effet importés ou exportés, est égale ou supérieure au montant réglementaire prévu par l’art. 2 du *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets* (Règlement sur la déclaration)—Les pièces de monnaie légale du demandeur, émises par le département du Trésor des États-Unis, étaient des espèces faisant l’objet des exigences de déclaration prévues par la *Loi sur le recyclage des produits*, mais puisque la valeur nominale des pièces de monnaie était de 220 \$ US, le demandeur n’était pas obligé de déclarer l’importation de ces espèces en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits*—Les pièces de monnaie étaient nettement au-dessous du montant décrit à l’art. 2 du Règlement sur la déclaration.

Douanes et Accise—*Loi sur les douanes*—Requête par écrit dans laquelle le défendeur a demandé un jugement sommaire rejetant l’action du demandeur dans son ensemble—L’action du demandeur a résulté de la saisie des pièces de monnaie d’or et d’argent du Trésor américain du demandeur par l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) lors de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

having face value of US\$220—CBSA seizing coins as forfeit for contravention of *Customs Act*, s. 12 on basis that plaintiff failing to declare coins as “goods” upon entry into Canada—Plaintiff requesting decision of defendant on whether *Customs Act* contravened—Defendant’s delegate concluding reporting requirement contravened—Plaintiff commencing action pursuant to *Customs Act*, s. 135 appealing contravention decision—Whether action commenced pursuant to *Customs Act*, s. 135 limited to determination of whether Act contravened; whether precious-metal coins in question “goods” pursuant to *Customs Act* and/or “currency” pursuant to *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*; whether precious-metal coins “goods” that must be reported under *Customs Act*, s. 12 — *Customs Act*, s. 135(1) statutory right of appeal limited to *Customs Act*, s. 131 decision—Action brought pursuant to *Customs Act*, s. 135(1) limited to determining single issue of whether Act contravened—U.S. Treasury-issued legal tender collector coins both “goods” under *Customs Act*, “currency” under *Proceeds Act*—With respect to *Proceeds Act*, plaintiff under no obligation to report importation of currency herein since amount well below specified threshold—However, tax-exempt or not, plaintiff required to report importation of coins under *Customs Act*; failure to do so contravening *Customs Act*—Finally, issue of overlapping legislative provisions discussed; however, in present case no true conflict arising—Motion granted, action dismissed.

Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition) (F.C.) 111

Competition—Application seeking various types of relief in relation to consent agreements (CAs) entered into by Commissioner of Competition (Commissioner) with other respondents (respondent publishers) and filed with Competition Tribunal—CAs addressing restrictions on price competition in sale of electronic books (e-books) in Canada resulting

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sa rentrée au Canada des États-Unis—La valeur nominale des pièces de monnaie, achetées aux États-Unis au coût de 5 700 \$US, était de 220 \$US—L’ASFC a saisi les pièces de monnaie à titre de confiscation pour infraction de l’art. 12 de la *Loi sur les douanes*, au motif d’omission de déclarer les pièces de monnaie à titre de « marchandises » de la part du demandeur lors de son arrivée au Canada—Le demandeur a demandé une décision du défendeur à l’égard de la question de savoir si la *Loi sur les douanes* avait été violée—Le délégué du défendeur a conclu qu’il y avait eu une infraction à l’égard de l’exigence de déclaration—Le demandeur a intenté une action en vertu de l’art. 135 de la *Loi sur les douanes*, en appelant la décision concernant l’infraction—Il s’agissait de savoir si une action intentée en vertu de l’art. 135 de la *Loi sur les douanes* était limitée à déterminer la question de savoir s’il y a eu une infraction à la Loi; si les pièces de monnaie de métal précieux en litige étaient des « marchandises » en vertu de la *Loi sur les douanes* et/ou des « espèces » en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*; et si les pièces de monnaie de métal précieux étaient des « marchandises » qui devaient être déclarées en vertu de l’art. 12 de la *Loi sur les douanes*—Le droit d’appel prévu par l’art. 135(1) de la *Loi sur les douanes* est limité à la décision de l’art. 131 de la *Loi sur les douanes*—Une action intentée en vertu de l’art. 135(1) de la *Loi sur les douanes* est limitée à déterminer la seule question de savoir s’il y a eu une infraction à la Loi—Les pièces de monnaie légale produites par le département du Trésor des États-Unis sont considérées comme des « marchandises » en vertu de la *Loi sur les douanes* et des « espèces » en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits*—En ce qui concerne la *Loi sur le recyclage des produits*, le demandeur n’était pas obligé de déclarer l’importation de ces espèces, qui étaient nettement au-dessous du montant décrit—Peu importe si elles étaient exonérées de la taxe, le demandeur devait déclarer l’importation de ces pièces de monnaie en vertu de la *Loi sur les douanes*; son omission de le faire a violé la *Loi sur les douanes*—Enfin, la question du chevauchement des dispositions législatives a été analysée; toutefois, dans la présente affaire, aucun conflit ne s’est produit—Requête accueillie, action rejetée.

Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence) (C.F.) 111

Concurrence—Demande visant à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec des consentements (consentements) intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs (les éditeurs défendeurs) et déposés au Tribunal de la concurrence—Les consentements traitaient des restrictions à la concurrence sur les prix dans la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

from respondent publishers change from wholesale distribution model to agency distribution model—Commissioner concluding that arrangements preventing or lessening competition in retail market for e-book—CAs prohibiting respondent publishers from restricting, limiting or impeding e-book retailer’s ability to set, alter or reduce retail price of any e-book—Applicant asserting financial harm if CAs implemented—Issues whether Commissioner acting without jurisdiction by entering into CAs to remedy: (1) conspiracy entered into in U.S. and previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers;(2)arrangement, within meaning of *Competition Act*, s. 90.1, that never existed; (3) arrangement that was not existing or proposed at time CAs executed—Court herein exercising discretion to decline to consider application on its merits—Factors found in *Strickland v. Canada (Attorney General)* weighing in favour of declining to hear application—Judicial review applications brought by third parties in respect of consent agreements only heard in exceptional cases—First jurisdictional issue raised by applicant true question of jurisdiction or vires, best dealt with by Tribunal—Other issues factual in nature—Court nevertheless proceeding to consider application on its merits—Commissioner having territorial jurisdiction under Act, s. 90.1 to enter into CAs—Act, s. 90.1 applying to all agreements, arrangements preventing or lessening competition in a market regardless of whether entered into within or outside Canada—S. 90.1(a),(b) enabling Tribunal to make orders described therein against “any person—whether or not a party to the agreement or arrangement”—Fact that agreement contemplating substantial adverse impact on competition in Canada strong basis for “real and substantial connection” between agreement, Canada—Not necessary for *actus reus* element of legislative provision to occur wholly or partially in Canada in order for real, substantial connection to be found—Principle of international comity not offended herein—Not unreasonable for Commissioner to have limited his consideration of information provided by applicant—Commissioner entitled to rely on staff, senior management for summary or synthesis of information provided by applicant—Commissioner not ignoring evidence—Reasonably open for Commissioner to conclude that arrangement remaining in force (i.e. existing) at time he entered into CAs—Respondent publishers’ settlement in U.S. not terminating arrangement in Canada—U.S. judgments not having impact on implementation of arrangement in Canada—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

vente de livres numériques au Canada qui découlait d’un passage par les éditeurs défendeurs d’un modèle de vente en gros à un modèle de distribution d’agence—Le commissaire a conclu que les arrangements avaient pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans le marché des livres numériques—Les consentements interdisaient aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher un détaillant de livres numériques dans sa capacité de fixer, modifier ou réduire le prix de détail d’un livre numérique—La demanderesse a soutenu qu’elle subirait des torts financiers considérables si les consentements étaient mis en œuvre—Il s’agissait de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier 1) à un complot formé aux États-Unis, qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust; 2) à un accord qui, selon la portée de l’art. 90.1 de la *Loi sur la concurrence*, n’a jamais existé; 3) à un arrangement qui n’était pas conclu ou proposé au moment de la conclusion des consentements—La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser d’entendre la présente demande sur le fond—Les facteurs énumérés dans l’arrêt *Strickland c. Canada (Procureur général)* penchaient en faveur du refus d’entendre la demande—Les demandes de contrôle judiciaire de consentements déposées par des tiers devraient seulement être entendues dans des cas exceptionnels—Bien que la première question de compétence soulevée par la demanderesse était une véritable question de compétence, il serait plus approprié de la présenter au Tribunal—Les autres questions étaient de nature factuelle—Néanmoins, la Cour a analysé la demande au fond—Le commissaire avait la compétence territoriale en vertu de l’art. 90.1 de la Loi pour signer les consentements—L’art. 90.1 de la Loi s’applique à tous les accords et arrangements qui ont pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché, nonobstant qu’ils eurent été conclus au Canada ou à l’étranger—Les art. 90.1a) et b) permettent au Tribunal de rendre les ordonnances qui y sont décrites à l’encontre de « toute personne—qu’elle soit ou non partie à l’accord ou à l’arrangement »—Le fait que l’accord emportait des répercussions négatives sur la concurrence au Canada constituait un fondement solide pour conclure qu’il y avait un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement et le Canada—Il n’était pas nécessaire que l’élément d’*actus reus* de la disposition législative se produise entièrement ou partiellement au Canada afin qu’on établisse un lien réel et substantiel—Il n’y a pas eu d’entorse au principe de la courtoisie internationale—Il n’était pas déraisonnable que le commissaire limite son examen quant aux documents fournis par la demanderesse—Le commissaire avait le droit de s’en remettre au personnel et à la direction du Bureau de la concurrence afin qu’ils lui remettent un sommaire ou une synthèse des documents soumis

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) 174

Customs and Excise—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*—Appeal from Federal Court order dismissing summary judgment motion brought by appellant—Appellant seeking return of U.S. currency seized at border—Telling border official at reporting station not intending to enter Canada, not carrying currency, monetary instruments equal to or greater than CAD\$10 000—Secondary inspection revealing appellant in fact carrying equivalent of CAD\$13 518.50—Currency seized as forfeit pursuant to Act, s. 18(1)—Appellant arguing that trigger for making currency report under Act, s. 12(1) not present because decision not to import currency already expressed under Act, s. 13—Federal Court concluding, *inter alia*, intent not to enter Canada irrelevant to obligation to report currency—Whether s. 13 triggered by appellant; if so, whether appellant having to make report under s. 12(1)—Federal Court not erring when proceeding on basis that appellant triggering s. 13—Substance, not form, of what traveller says having to be examined—Appellant’s statement that he did not intend to enter Canada in substance statement that he did not intend to import anything—Person expressing intent not to import currency not needing to make report under s. 12(1)—This advancing purpose of protecting privacy of persons under Act, s. 3(b)—Otherwise, s. 13 having no practical use—Even if report not made under Act, s. 12(1), Act, s. 14(3) requiring border services officers to return any retained currency once traveller advising officer that currency not being imported—S. 14(3) confirming interpretation that failure to report not cause for forfeiture of currency as long as timely decision not to import or export expressed—Words “at any time” in s. 13 precise, unequivocal—No reason to read them down—Seizure of appellant’s currency not authorized by law—Order set aside, motion for summary judgment granted—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) 174

Douanes et Accise—*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*—Appel d’une ordonnance rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté une requête en jugement sommaire présentée par l’appellant—L’appellant a demandé que lui soient restitués des espèces en devises américaines saisies à un bureau de douane—Au poste des déclarations, il a dit à l’agent qu’il n’avait pas l’intention d’entrer au Canada et qu’il n’avait pas en sa possession des espèces ou effets d’une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN—Une inspection secondaire a révélé que l’appellant avait en sa possession l’équivalent de 13 518,50 \$CAN—Les espèces ont été saisies à titre de confiscation en vertu de l’art. 18(1) de la Loi—L’appellant a fait valoir que l’élément déclencheur de l’obligation de faire une déclaration en application de l’art. 12(1) de la Loi n’était pas présent parce qu’il avait déjà exprimé sa décision de ne pas les importer en application de l’art. 13 de la Loi—La Cour fédérale a conclu notamment que le fait de ne pas avoir l’intention d’entrer au Canada n’avait rien à voir avec l’obligation de déclaration—Il s’agissait de savoir si l’appellant a déclenché l’application de l’art. 13 et, dans l’affirmative, s’il était obligé de faire la déclaration prévue à l’art. 12(1)—La Cour fédérale n’a commis aucune erreur en partant du principe que l’appellant a déclenché l’application de l’art. 13—C’est la substance, et non la forme, de ce que le voyageur dit qu’il convient d’examiner—Les mots de l’appellant, à savoir qu’il n’avait pas eu l’intention d’entrer au Canada, signifiaient qu’il n’avait pas l’intention d’importer les espèces—La personne qui a exprimé son intention de ne pas importer des espèces n’a pas besoin de faire la déclaration prévue à l’art. 12(1)—Cela favorise l’objet de protection de la vie privée des personnes aux termes de l’art. 3b) de la Loi—Sinon, l’art. 13 n’a aucune utilité pratique—Même si la déclaration prévue à l’art. 12(1) de la Loi n’a pas été faite, l’art. 14(3) de la Loi exige de l’agent des services frontaliers qu’il remette les espèces ou effets qui sont retenus dès lors que le voyageur l’informe que les espèces ou les effets ne sont pas importés—L’art. 14(3) confirme l’interprétation selon

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

laquelle le défaut de faire une déclaration ne justifie pas de confisquer les espèces ou effets dans la mesure où la personne a dûment et en temps opportun renoncé à leur importation ou exportation—Les mots « en tout temps » de l'art. 13 sont précis et non équivoques—Aucun motif ne justifiait d'en donner une interprétation atténuée—La saisie des espèces de l'appelant n'était pas autorisée par la loi—L'ordonnance a été annulée et la requête en jugement sommaire a été accueillie—Appel accueilli.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Begum v. Canada (Citizenship and Immigration), 2017 FC 409, [2018] 1 F.C.R. 3, has been affirmed on appeal (A-169-17, 2018 FCA 181). The reasons for judgment, handed down October 10, 2018, will be published in the *Federal Courts Reports*.

X (Re), CONF-1-18, 2018 FC 738, has been affirmed on appeal (CONF-4-18, 2018 FCA 207). The redacted reasons for judgment will be published in the *Federal Courts Reports*.

Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, as Amended (Re), CONF-3-18, 2018 FCA 161, reversing an order of Mosley J. of the Federal Court, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Champagne v. Canada (Attorney General), A-245-17, 2018 FCA 79, Boivin J.A., judgment dated April 17, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused January 31, 2019.

Crook v. Canada, A-54-17, 2018 FCA 60, Rennie J.A., judgment dated March 22, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused January 31, 2019.

Higgins v. Canada (Attorney General), A-36-16, 2018 FCA 49, Boivin J.A., judgment dated March 2, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused January 31, 2019.

Nammo v. Canada, A-1-18, A-2-18, Stratas, Webb and Near J.J.A., order dated March 9, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused January 17, 2019.

Rotter v. Canada Post Corporation, A-413-17, Boivin J.A., order dated February 8, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused January 24, 2019.

Wong v. Canada (Public Works and Government Services), A-256-17, 2018 FCA 101, Gleason J.A., judgment dated May 29, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused January 31, 2019.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 409, [2018] 1 R.C.F. 3, a été confirmée en appel (A-169-17, 2018 CAF 181). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 10 octobre 2018, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *X (Re)*, CONF-1-18, 2018 CF 738, a été confirmée en appel (CONF-4-18, 2018 CAF 207). Les motifs caviardés seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

L'arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), c. C-23, telle que modifiée (Re)*, CONF-3-18, 2018 CAF 161, infirmant une ordonnance du juge Mosley de la Cour fédérale, sera publié dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Champagne c. Canada (Procureur général), A-245-17, 2018 CAF 79, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 17 avril 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 janvier 2019.

Crook c. Canada, A-54-17, 2018 CAF 60, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 22 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 janvier 2019.

Higgins c. Canada (Procureur général), A-36-16, 2018 CAF 49, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 2 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 janvier 2019.

Nammo c. Canada, A-1-18, A-2-18, les juge Stratas, Webb et Near, J.C.A., ordonnance en date du 9 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 janvier 2019.

Rotter c. Société canadienne des postes, A-413-17, le juge Boivin, J.C.A., ordonnance en date du 8 février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 janvier 2019.

Wong c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux), A-256-17, 2018 CAF 101, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 29 mai 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 janvier 2019.

**Federal Courts
Reports**

2018, Vol. 4, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2018, Vol. 4, 1^{er} fascicule

A-399-16
2018 FCA 30

A-399-16
2018 CAF 30

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

v.

c.

Oxford Properties Group Inc. (*Respondent*)

Oxford Properties Group Inc. (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA V. OXFORD PROPERTIES GROUP INC.

RÉPERTORIÉ : CANADA C. OXFORD PROPERTIES GROUP INC.

Federal Court of Appeal, Noël C.J., Dawson and Rennie J.J.A.—Toronto, December 11, 2017; Ottawa, February 1, 2018.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Noël et juges Dawson et Rennie J.C.A.—Toronto, 11 décembre 2017; Ottawa, 1^{er} février 2018.

Income Tax — Assessment and Reassessment — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing respondent's appeal from reassessment issued by Minister of National Revenue (Minister) with respect to 2006 taxation year — Reassessment issued pursuant to Income Tax Act (Act), s. 245 general anti-avoidance rule (GAAR) — Respondent's predecessor agreeing to proposal whereby substantial portion of its common shares taken over — Transferring properties with low adjusted cost bases (ACB), undepreciated capital costs (UCC) to first tier limited partnerships — Subsequent amalgamation of partners resulting in creation of respondent — Respondent bumping ACB of partnership interests pursuant to Act, s. 88(1) — Transferring real estate properties to second tier partnerships pursuant to Act, s. 97(2); real estate properties retaining low ACB, UCC — Little or no taxable capital gain generated — Act, s. 100(1) having no application — As a result, tax on latent recapture, accrued gains avoided — Minister of view that overall result abusive; respondent circumventing application of s. 100(1) — T.C.C. concluding that s. 97(2) not abused; amendments to s. 88 relevant in construing object, spirit, purpose of bump provisions; purpose of ss. 88, 98 before amendments not to prohibit "indirect" bump; s. 88(1)(d)(ii.1) reflecting change in law rather than clarification; respondent's use of bumps not frustrating object, spirit or purpose of those provisions — Issue herein whether elimination of capital gain by use of bumps, avoidance of recapture frustrating s. 100(1), other provisions — No basis requiring that three-year limitation found in Act, s. 69(11) be applied to s. 97(2) — Object, spirit, purpose of Act, ss. 97(2), 97(4) to track tax attributes of depreciable property to ensure that deferred recapture, gains subsequently taxed — Latent recapture not intended to go untaxed — Application of s. 69(11) not limited to partnerships — Having much broader application — Applying to series of transactions where initial disposition taking place below fair market value — Fact that deferred gains, recapture not taxed frustrating object, spirit, purpose

Impôt sur le revenu — Cotisation et nouvelle cotisation — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national (ministre) à l'égard de son année d'imposition 2006 — La nouvelle cotisation avait été établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) prévue à l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu (la Loi) — La prédecesseure de l'intimée avait accepté une proposition par laquelle une partie importante de ses actions ordinaires seraient achetées — Elle s'est départie de biens qui avaient un prix de base rajusté (PBR) et une fraction non amortie du coût en capital (FNACC) faibles en faveur de sociétés en commandite de premier palier — Les commanditaires des sociétés de personnes ont fusionné, ce qui a mené à la création de l'intimée — L'intimée a majoré le PBR des participations qu'elle détenait dans les sociétés de personnes en vertu de l'art. 88(1) de la Loi — Ces dernières ont transféré les biens immobiliers aux sociétés de personnes de second palier sous le régime de l'art. 97(2) de la Loi; les biens immobiliers ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles — La vente n'a généré qu'un faible gain en capital imposable, voire aucun — L'art. 100(1) de la Loi ne s'appliquait pas — Par conséquent, l'impôt sur la récupération latente et les gains accumulés a été évité — Le ministre est arrivé à la conclusion que le résultat était abusif; l'intimée a contourné l'application de l'art. 100(1) — La C.C.I. a conclu qu'il n'y avait eu aucun abus de l'art. 97(2); les modifications apportées à l'art. 88 étaient pertinentes dans le contexte de l'interprétation de l'objet et de l'esprit des dispositions relatives à la majoration; l'objet des art. 88 et 98 avant les modifications n'était pas d'empêcher la majoration « indirecte »; l'art. 88(1)(d)(ii.1) constituait un changement dans le droit et non une clarification du droit; le recours aux majorations par l'intimée n'a pas contrecarré l'objet ou l'esprit de ces dispositions — Il s'agissait de savoir si l'élimination du gain en capital au moyen de

of s. 97(2) — Bumps herein frustrating object, spirit, purpose of Act, ss. 88(1)(c),(d), 98(3) — Allowing respondent to circumvent application of s. 100(1) — Question whether new s. 88(1)(d)(ii.1) operating as new law in GAAR context having to be assessed with regard to meaning of prior provisions — Amendment not operating as new law — Practical effect of amendment simply that GAAR no longer having to be resorted to in order to prevent result achieved herein — Incumbent upon T.C.C. to conduct object, spirit, purpose analysis of s. 100(1) — Parliament wanting tax to be paid on latent recapture otherwise going unpaid on subsequent sale of depreciable property — Object, spirit, purpose of s. 100(1) frustrated by result achieved herein as latent recapture in depreciable property held by second tier partnerships forever going unpaid — S. 100(1) circumvented by eliminating capital gain — Rendered inoperative by use of bumps — Rationale for excluding depreciable property from bumps pursuant to ss. 88(1)(c)(iii), 98(3)(e) defeated — Crown discharging its burden of identifying object, spirit, purpose of provisions used by respondent — Not shown that abuse of s. 100(1)(b) resulting from fact that increased value of depreciable property not reflected in capital gain generated by sale of partnership interests — S. 97(2) not abused insofar as it was used to defer tax on the part of increase in value of depreciable property — Preventing subsequent realization of capital gain in circumstances where there has been no economic gain only reason why bump provisions enacted — Only basis on which Minister could refuse to give bumps this limited application is by insisting on construction of bump provisions focusing on meaning of words, specifically on unqualified, express disqualification of depreciable property — However, in GAAR context, same interpretative approach having to be applied to both determination of abuse, consequential adjustments required in order to counter it — Minister therefore could not reassess respondent on basis that result achieved by use of bump provisions abusive — Reassessment referred back to Minister for reconsideration, reassessment — Appeal allowed in part.

majorations et l'évitement de la récupération ont contrecarré l'art. 100(1) et d'autres dispositions — Il n'y a rien qui exige que la limite de trois ans prévue à l'art. 69(11) soit appliquée à l'art. 97(2) — L'objet et l'esprit des art. 97(2) et 97(4) de la Loi consistent à assurer le suivi des attributs fiscaux des biens amortissables afin de veiller à ce que la récupération et les gains reportés soient imposés ultérieurement — La récupération latente n'était pas censée être non imposable — L'application de l'art. 69(11) n'est pas limitée aux sociétés de personnes — Son application est beaucoup plus large — Il s'applique à toute série d'opérations amorcée par une disposition pour un produit inférieur à la juste valeur marchande — Le fait que les gains et la récupération reportés ne seront jamais imposés contrecarre l'objet et l'esprit de l'art. 97(2) — Les majorations en l'espèce ont contrecarré l'objet et l'esprit des art. 88(1)(c) et d) et de l'art. 98(3) de la Loi — Elles ont permis à l'intimée de contourner l'application de l'art. 100(1) — La question de savoir si le nouvel art. 88(1)(d)(ii.1) est de droit nouveau dans le contexte de la RGAÉ doit être examinée en tenant compte du sens des dispositions antérieures — La modification n'est pas de droit nouveau — L'effet pratique simple: il ne sera plus nécessaire d'invoquer la RGAÉ pour éviter le résultat obtenu en l'espèce — Il incombait à la C.C.I. d'analyser l'objet et l'esprit de l'art. 100(1) — Le législateur voulait prévoir le paiement de l'impôt sur la récupération latente, qui autrement demeurerait impayé lors de la vente subséquente des biens amortissables — Le résultat obtenu en l'espèce a contrecarré l'objet et l'esprit de l'art. 100(1), parce que l'impôt sur la récupération latente à l'égard des biens amortissables détenus par les sociétés de second palier ne sera jamais payé — L'art. 100(1) a été contourné grâce à l'élimination du gain en capital — Il a été rendu inopérant par le recours à des majorations — La raison pour laquelle la majoration exclut les biens amortissables aux termes des art. 88(1)(c)(iii) et 98(3)(e) a été contrecarrée — La Couronne s'est acquittée de son fardeau de décrire l'objet et l'esprit des dispositions invoquées par l'intimée — Il n'a pas été démontré qu'un abus de l'art. 100(1)(b) a résulté du fait que l'augmentation de la valeur des biens amortissables n'était pas reflétée dans le gain en capital réalisé lors de la vente des participations dans les sociétés de personnes — Il n'y a eu aucun abus de l'art. 97(2), dans la mesure où cette disposition a été invoquée pour reporter l'impôt à payer sur cette partie de l'augmentation de la valeur des biens amortissables — C'est pour prévenir la réalisation subséquente d'un gain en capital alors qu'il n'y a eu aucun gain économique que les dispositions relatives à la majoration ont été adoptées — La seule façon pour le ministre de refuser de reconnaître cette majoration serait d'insister sur une interprétation des dispositions en cause qui est axée sur le sens des mots, plus particulièrement sur l'exclusion non limitative des biens amortissables — Cependant, lorsque la RGAÉ est invoquée, il faut appliquer la même méthode d'interprétation à la question de savoir s'il

This was an appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C.) decision allowing the respondent's appeal from a reassessment issued by the Minister of National Revenue (Minister) with respect to its 2006 taxation year. The reassessment was issued pursuant to the general anti-avoidance rule (GAAR) found in section 245 of the *Income Tax Act* (Act).

The respondent's predecessor, Old Oxford, had agreed to a proposal whereby BPC Properties Inc. would take over a substantial portion of its common shares. Old Oxford undertook to divest itself of properties that had high fair market values, low adjusted cost bases (ACB) and undepreciated capital costs (UCC). A set of first tier limited partnerships was created, resulting in the transfer of the properties to those partnerships. Pursuant to section 97 of the Act, the properties held by the partnerships maintained a low ACB and UCC. The limited partners later amalgamated, resulting in the formation of the respondent. The respondent became eligible for a bump pursuant to subsection 88(1) of the Act. It was therefore able to increase, or bump, the ACB of the partnership interests. A second tier of partnerships was formed. In 2004, the first tier partnerships transferred real estate properties to the second tier partnerships by way of rollovers pursuant to subsection 97(2) of the Act. As a result, the second tier partnerships had high fair market values and their partnership interests had low ACB. The real estate properties retained their low ACB and UCC. The respondent acquired partnership interests in the second tier partnerships. It availed itself of a second bump and increased the ACB of those interests. As a result, the partnership interests held by the respondent in the second tier partnerships had high fair market values and ACB while the real estate properties retained their low ACB and UCC. Little or no taxable capital gain was generated by the sale of the respondent's partnership interests. Even though the sale was made to tax-exempt entities, subsection 100(1) of the Act, which addresses the sale of partnership interests to tax-exempt entities in circumstances where the underlying assets comprise property, had no application. As a result, tax on the latent recapture and accrued gains inherent in the underlying real estate properties which had been deferred by reason of the rollovers was avoided altogether.

y a eu abus et à celle de savoir quels rajustements corrélatifs sont nécessaires pour corriger la situation — Le ministre ne pouvait donc pas établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'intimée au motif que le résultat obtenu par cette utilisation des dispositions relatives à la majoration donnait lieu à un abus — La nouvelle cotisation a été renvoyée au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation — Appel accueilli en partie.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national (ministre) à l'égard de son année d'imposition 2006. La nouvelle cotisation avait été établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la Loi).

La prédécesseure de l'intimée, la prédécesseure d'Oxford, avait accepté une proposition par laquelle BPC Properties Inc. achèterait une partie importante de ses actions ordinaires. La prédécesseure d'Oxford a entrepris de se départir de biens qui avaient une juste valeur marchande élevée, ainsi qu'un prix de base rajusté (PBR) et une fraction non amortie du coût en capital (FNACC) faibles. Une série de sociétés en commandite de premier palier a été créée, de sorte que les biens ont été transférés à ces sociétés de personnes. Aux termes de l'article 97 de la Loi, les biens détenus par les sociétés de personnes ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles. Les commanditaires des sociétés de personnes ont fusionné, ce qui a mené à la création de l'intimée. Cette dernière est devenue admissible à une majoration au titre du paragraphe 88(1) de la Loi. Elle a ainsi pu augmenter, ou majorer, le PBR des participations qu'elle détenait dans les sociétés de personnes. Des sociétés de personnes de second palier ont été créées. En 2004, les sociétés de personnes de premier palier ont transféré en franchise d'impôt les biens immobiliers aux sociétés de personnes de second palier sous le régime du paragraphe 97(2) de la Loi. Par conséquent, les sociétés de personnes de second palier avaient une juste valeur marchande élevée, et leurs participations dans les sociétés de personnes avaient un PBR faible. Les biens immobiliers ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles. L'intimée a acquis des participations dans les sociétés de personnes de second palier. Elle s'est prévalué d'une deuxième majoration et a augmenté le PBR de ces participations. Par conséquent, les participations que l'intimée détenait dans les sociétés de personnes de second palier avaient une juste valeur marchande et un PBR élevés, tandis que les biens immobiliers ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles. La vente des participations de l'intimée dans les sociétés de personnes n'a généré qu'un faible gain en capital imposable, voire aucun. Même si les participations ont été vendues à des

The Minister was of the view that, although the series of transactions complied with the letter of the law, the overall result was abusive. Specifically, the rollovers and bumps were used to increase the ACB of the partnership interests in the first and second tier partnerships in a manner that allowed the respondent to circumvent the application of subsection 100(1). The reassessment denied the bumps in their entirety and applied subsection 100(1) on the resulting capital gain, thus decreasing the ACB of the partnership interests, and increasing the capital gain realized by the respondent on their sale to the tax-exempt entities by the amount of \$148 187 560.

The T.C.C. concluded that because the three-year holding period set out in subsection 69(11) of the Act had been met in this case, subsection 97(2) had not been abused. The T.C.C. found that amendments made to section 88 in 2012 were relevant in construing the object, spirit and purpose of the bump provisions. It then concluded that the purpose of sections 88 and 98, as they read before the amendments, was not to prohibit an “indirect” bump, preserve recapture or deny a bump based on the nature of the assets held by the partnerships. The T.C.C. also held that the addition of subparagraph 88(1)(d)(ii.1), which would have prevented the result achieved by the respondent, reflects a change in the law rather than a clarification. As a result, the respondent’s use of the bumps did not frustrate the object, spirit or purpose of the provisions which were relied upon. The T.C.C. also concluded that, given that the ACB of the partnership interests and the resulting gain were properly computed when regard is had to the bumps, subsection 100(1) was not abused.

The appellant contended that rather than giving the relevant provisions a meaning which accords with their object, spirit and purpose, the T.C.C. confined the effect of these provisions to their wording, and that the resulting narrow construction could not stand as it was based on an erroneous assessment of the impact of subsequent amendments brought to the Act after the series of transactions unfolded.

entités exonérées d’impôt, le paragraphe 100(1) de la Loi, qui concerne la vente d’une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d’impôt dans des circonstances où les actifs sous-jacents comprennent des biens, ne s’appliquait pas. Par conséquent, l’impôt sur la récupération latente et les gains accumulés inhérents aux biens immobiliers sous-jacents, qui avait été reporté grâce aux roulements, a été évité complètement.

Le ministre est arrivé à la conclusion que, bien que la série d’opérations ait été conforme à la loi, elle menait à un résultat abusif. Plus particulièrement, les roulements et les majorations ont servi à augmenter le PBR des participations dans les sociétés de personnes de premier et de second paliers, ce qui a permis à l’intimée de contourner l’application du paragraphe 100(1). La nouvelle cotisation a refusé l’ensemble des majorations et a appliqué le paragraphe 100(1) au gain en capital en résultant, ce qui a entraîné une diminution du PBR des participations dans les sociétés de personnes et une augmentation de 148 187 560 \$ du gain en capital réalisé par l’intimée lors de la vente des participations aux entités exonérées d’impôt.

La C.C.I. a conclu que, puisque la période de détention de trois ans prévue au paragraphe 69(11) de la Loi avait été respectée en l’espèce, il n’y avait eu aucun abus du paragraphe 97(2). La C.C.I. a également jugé que les modifications apportées à l’article 88 en 2012 étaient pertinentes dans le contexte de l’interprétation de l’objet et de l’esprit des dispositions relatives à la majoration. Elle a ensuite conclu que l’objet des articles 88 et 98, tels qu’ils étaient libellés avant ces modifications, n’était pas d’empêcher la majoration « indirecte », de préserver la récupération ou de rejeter une majoration en fonction de la nature des actifs détenus par les sociétés de personnes. Elle a par la suite conclu que l’ajout du sous-alinéa 88(1)(d)(ii.1), qui aurait empêché le résultat obtenu par l’intimée, constituait un changement dans le droit et non une clarification du droit. Ainsi, le recours aux majorations par l’intimée n’a pas contrecarré l’objet ou l’esprit des dispositions invoquées. La C.C.I. a conclu en outre qu’étant donné que le PBR des participations dans les sociétés de personnes et le gain résultant de leur disposition avaient été correctement calculés compte tenu des majorations, il n’y avait eu aucun abus du paragraphe 100(1).

L’appelante a fait valoir que la C.C.I. a circonscrit l’effet des dispositions pertinentes à leur libellé, au lieu de leur donner un sens qui concorde avec leur objet et leur esprit, et que l’interprétation étroite qui en résulte ne pouvait être confirmée, puisqu’elle était fondée sur une évaluation erronée de l’incidence des modifications apportées à la Loi après la série d’opérations en question.

At issue was whether the elimination of the capital gain on the sale of the partnership interests to the exempt entities by the use of the bumps and the consequential avoidance of recapture under subsection 100(1) frustrated this provision and the other provisions relied upon in order to achieve this result.

Held, the appeal should be allowed in part.

There was no basis for the T.C.C.'s conclusion that "certainty, predictability and fairness in tax law" requires that the three-year limitation found in subsection 69(11) be applied to subsection 97(2). The object, spirit and purpose of subsections 97(2) and 97(4) of the Act is to track the tax attributes of depreciable property in order to ensure that deferred recapture and gains are subsequently taxed. This treatment does not apply to all situations where a tax-exempt entity is involved. Parliament has not provided for every situation where the interposition of a tax-exempt entity can give rise to revenue losses but it can be seen, when regard is had to subsection 100(1), that when partnership interests are sold to exempt entities, latent recapture was not intended to go untaxed. The T.C.C. did not construe subsection 97(2) this way. It focussed its attention on the three-year holding period set out in subsection 69(11) of the Act, and concluded that subsection 97(2) is not frustrated when deferred recapture goes untaxed, so long as this holding period is met. However, subsection 69(11) can have no application in this case because even if it were otherwise applicable, the three-year holding period was respected. The application of subsection 69(11) is not restricted to partnerships. It therefore cannot be said that subsection 69(11) was introduced in order to target subsection 97(2) rollovers. It has a much broader application. It applies to any series of transactions where the initial disposition takes place below fair market value, whether a rollover under subsection 97(2) or any other provision is involved or not. Subsection 97(2) defers tax; it does not purport to tax anyone. Given that the only reason why Parliament would preserve the tax attributes of property that is rolled into a partnership is to allow for the eventual taxation of the deferred gains and latent recapture, the fact that deferred gains and recapture will never be taxed frustrates the object, spirit and purpose of subsection 97(2).

The bumps, insofar as they allowed the respondent to avoid latent recapture on the depreciable property held by the partnerships, frustrated the object, spirit and purpose of paragraphs 88(1)(c) and (d) and subsection 98(3) of the Act. The two bumps were essential in allowing the respondent

Il s'agissait de savoir si l'élimination du gain en capital sur la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt au moyen de majorations et l'évitement consécutif de la récupération au titre du paragraphe 100(1) ont contrecarré cette disposition et les autres dispositions invoquées pour obtenir ce résultat.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie.

La conclusion de la C.C.I. selon laquelle « la certitude, la prévisibilité et l'équité en droit fiscal » exigent que la limite de trois ans prévue au paragraphe 69(11) soit appliquée au paragraphe 97(2) n'était pas justifiée. L'objet et l'esprit des paragraphes 97(2) et 97(4) de la Loi consistent à assurer le suivi des attributs fiscaux des biens amortissables afin de veiller à ce que la récupération et les gains reportés soient imposés ultérieurement. Ce traitement ne s'applique pas dans toutes les situations où intervient une entité exonérée d'impôt. Le législateur n'a pas prévu toutes les situations où l'interposition d'une entité exonérée d'impôt peut entraîner une perte de revenus. Par contre, compte tenu du paragraphe 100(1), on voit que la récupération latente découlant de la vente d'une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d'impôt n'était pas censée être non imposable. La C.C.I. n'a pas interprété le paragraphe 97(2) de cette façon. Elle a mis l'accent sur la période de détention de trois ans prévue au paragraphe 69(11) de la Loi et conclu que le paragraphe 97(2) n'est pas contrecarré lorsque la récupération reportée n'est pas imposée, pour autant que la période de détention soit respectée. Toutefois, le paragraphe 69(11) ne saurait s'appliquer en l'espèce, parce que, même s'il était par ailleurs applicable, la période de détention de trois ans a été respectée. L'application du paragraphe 69(11) n'est pas limitée aux sociétés de personnes. On ne saurait donc affirmer que le paragraphe 69(11) visait au départ l'utilisation de roulements prévus par le paragraphe 97(2). Son application est beaucoup plus large. Il s'applique à toute série d'opérations amorcée par une disposition pour un produit inférieur à la juste valeur marchande, peu importe s'il y a eu un roulement aux termes du paragraphe 97(2) ou de toute autre disposition. Le paragraphe 97(2) vise à reporter l'impôt; il ne vise pas à imposer qui que ce soit. Étant donné que la seule raison pour laquelle le législateur souhaiterait préserver les attributs fiscaux des biens transférés à une société de personnes par suite d'un roulement est de pouvoir imposer ultérieurement les gains reportés et la récupération latente, le fait que les gains et la récupération reportés ne seront jamais imposés contrecarre l'objet et l'esprit du paragraphe 97(2).

Les majorations ont contrecarré l'objet et l'esprit des alinéas 88(1)(c) et (d) et du paragraphe 98(3) de la Loi, dans la mesure où elles ont permis à l'intimée d'éviter la récupération latente à l'égard des biens amortissables détenus par les sociétés de personnes. Les deux majorations étaient essentielles

to circumvent the application of subsection 100(1). A bump pertaining to depreciable property on which capital cost allowance has been claimed will increase the UCC and decrease the latent recapture which is subject to a 100 percent rate of inclusion. However, the same logic does not extend to a gain realized from the disposition of depreciable property, which, like any other capital gain, is subject to a 50 percent rate of inclusion. When regard is had to the underlying rationale for the bump provisions, a bump which can be shown to increase the capital cost rather than the UCC of depreciable property would not be objectionable. The question whether new subparagraph 88(1)(d)(ii.1) operates as new law in a GAAR context must be assessed having regard to the meaning of the prior provisions, when construed with a focus on their underlying rationale or reason for being. When the prior law is construed with a focus on its object, spirit and purpose as it must be, the amendment does not operate as new law. Its practical effect is simply that the GAAR will no longer have to be resorted to in order to prevent the result achieved in this case. The Minister's position in this case was firmly grounded in the object, spirit and purpose of paragraphs 88(1)(c) and (d) as well as subsection 98(3).

The T.C.C. gave subsection 100(1) a meaning that tracks its wording. It was incumbent upon the T.C.C. to conduct an object, spirit and purpose analysis of subsection 100(1). This provision brings into income 100 percent of the gain resulting from the sale of a partnership interest to an exempt entity insofar as it is attributable to depreciable property. The question which the Tax Court Judge had to ask is why does this provision provide for such an inclusion? The answer is that Parliament wanted tax to be paid on the latent recapture which would otherwise go unpaid on a subsequent sale of the depreciable property. Given this, the inevitable conclusion is that the object, spirit and purpose of subsection 100(1) was frustrated by the result achieved in this case as the latent recapture in the depreciable property held by the second tier partnerships at the time of the sale of the partnership interests to the tax-exempt entities will forever go unpaid. The overall result was the circumvention of subsection 100(1) by eliminating the capital gain which would otherwise have resulted from the sale of the partnership interests to the exempt entities. The respondent succeeded in rendering paragraph 100(1)(b) inoperative by offsetting a capital gain by the use of the bumps and creating a dichotomy between the tax cost of the partnership interests and the underlying property. In the process, the rationale for excluding depreciable property from the bumps pursuant to subparagraphs 88(1)(c)(iii) and paragraph 98(3)(e) was defeated. The Crown successfully discharged its burden of identifying the object, spirit and purpose of the provisions used by the respondent to achieve this result, and showing that all were frustrated in the process.

pour permettre à l'intimée de contourner l'application du paragraphe 100(1). La majoration appliquée à un bien amortissable à l'égard duquel l'amortissement a déjà été réclamé augmentera la FNACC et réduira la récupération latente, qui est assujettie à un taux d'inclusion de 100 p. 100. Cependant, le même raisonnement ne s'applique pas aux gains réalisés lors de la disposition de biens amortissables, qui, comme tous les autres gains en capital, sont assujettis à un taux d'inclusion de 50 p. 100. Compte tenu de la raison d'être des dispositions relatives à la majoration, une majoration qui augmente le coût en capital plutôt que la FNACC de biens amortissables ne poserait pas problème. La question de savoir si le nouveau sous-alinéa 88(1)d)(ii.1) est de droit nouveau dans le contexte de la RGAÉ doit être examinée en tenant compte du sens des dispositions antérieures, interprétées en fonction de leur raison d'être. Lorsque la loi antérieure est interprétée en fonction de son objet et de son esprit, comme il se doit, la modification n'est pas de droit nouveau. L'effet pratique est simple: il ne sera plus nécessaire d'invoquer la RGAÉ pour éviter le résultat obtenu en l'espèce. La position du ministre, en l'espèce, reposait fermement sur l'objet et l'esprit des alinéas 88(1)c) et d) et du paragraphe 98(3).

La C.C.I. a donné au paragraphe 100(1) le sens qui correspond à son libellé. Il incombait à la C.C.I. d'analyser l'objet et l'esprit du paragraphe 100(1). Cette disposition inclut dans le revenu la totalité du gain découlant de la vente d'une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d'impôt, dans la mesure où le gain est attribuable à des biens amortissables. Le juge de la C.C.I. devait se pencher sur la question de savoir pourquoi cette disposition prévoit une telle inclusion. La réponse est la suivante: le législateur voulait prévoir le paiement de l'impôt sur la récupération latente, qui autrement demeurerait impayé lors de la vente subséquente des biens amortissables. Pour cette raison, force est de conclure que le résultat obtenu en l'espèce a contrecarré l'objet et l'esprit du paragraphe 100(1), parce que l'impôt sur la récupération latente à l'égard des biens amortissables détenus par les sociétés de second palier au moment de la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt ne sera jamais payé. Le résultat global est le suivant: le paragraphe 100(1) a été contourné grâce à l'élimination du gain en capital qui aurait normalement résulté de la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt. L'intimée a réussi à rendre l'alinéa 100(1)b) inopérant en ayant recours à des majorations pour annuler le gain en capital et en créant une dichotomie entre le coût fiscal des participations dans les sociétés de personnes et celui des biens sous-jacents. Ainsi, la raison pour laquelle les dispositions relatives à la majoration excluent les biens amortissables, aux termes du sous-alinéa 88(1)c)(iii) et de l'alinéa 98(3)e), a été contrecarrée. La Couronne s'est acquittée de son fardeau de décrire l'objet et l'esprit des dispositions invoquées par l'intimée pour atteindre ce résultat et de démontrer qu'ils ont été contrecarrés.

It was not shown that an abuse of paragraph 100(1)(b) or any of the relevant provisions resulted from the fact that the increased value of the depreciable property, from its capital cost to its fair market value, was not reflected in the capital gain generated by the sale of the partnership interests. Subsection 97(2) was not abused insofar as it was used to defer tax on the part of the increase in the value of the depreciable property. The failure to recognize a cost that has been actually incurred but which would disappear on a vertical amalgamation or a partnership dissolution goes against the integrity of the capital gains system because it allows for the subsequent realization of a capital gain in circumstances where there has been no economic gain. Preventing this outcome is the reason why the bump provisions were enacted. The only basis on which the Minister could refuse to give the bumps this limited application is by insisting on a construction of the bump provisions which focuses on the meaning of the words, specifically on the unqualified and express disqualification of depreciable property. However, the Crown cannot have it both ways. In a GAAR context, the same interpretative approach must be applied to both the determination of the abuse and the consequential adjustments required in order to counter it. The Minister therefore could not reassess the respondent on the basis that the overall result achieved by this circumscribed use of the bump provisions was abusive.

The reassessment was referred back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that subsection 100(1) gave rise to a taxable capital gain in the amount of \$116 591 744 rather than \$148 187 562.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 13(21) “depreciable property”, 54 “capital property”, 69(11), 85(1), 88, 96(1)(a), 97, 98, 100(1), 245.
Income Tax Regulations, C.R.C., c. 945, s. 6204(1)(b).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 45(2), (3).

CASES CITED

APPLIED:

Copthorne Holdings Ltd. v. Canada, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

Il n'a pas été démontré qu'un abus de l'alinéa 100(1)b) ou de toute autre disposition pertinente avait résulté du fait que l'augmentation de la valeur des biens amortissables, du coût en capital à la juste valeur marchande, n'était pas reflétée dans le gain en capital réalisé lors de la vente des participations dans les sociétés de personnes. Il n'y a eu aucun abus du paragraphe 97(2), dans la mesure où cette disposition a été invoquée pour reporter l'impôt à payer sur cette partie de l'augmentation de la valeur des biens amortissables. Ne pas reconnaître les coûts qui ont réellement été engagés, mais qui disparaîtraient lors de la fusion verticale ou de la dissolution d'une société de personnes, va à l'encontre de l'intégrité du régime des gains en capital parce qu'il permettrait la réalisation subséquente d'un gain en capital alors qu'il n'y a eu aucun gain économique. C'est pour prévenir ce résultat que les dispositions relatives à la majoration ont été adoptées. La seule façon pour le ministre de refuser de reconnaître cette majoration serait d'insister sur une interprétation des dispositions en cause qui est axée sur le sens des mots, plus particulièrement sur l'exclusion non limitative des biens amortissables. Cependant, la Couronne ne peut pas avoir le beurre et l'argent du beurre. Lorsque la RGAÉ est invoquée, il faut appliquer la même méthode d'interprétation à la question de savoir s'il y a eu abus et à celle de savoir quels rajustements corrélatifs sont nécessaires pour corriger la situation. Le ministre ne pouvait donc pas établir une nouvelle cotisation à l'égard de l'intimé au motif que le résultat global obtenu par cette utilisation circonscrite des dispositions relatives à la majoration donnait lieu à un abus.

La nouvelle cotisation a été renvoyée au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation, en tenant pour acquis que l'application du paragraphe 100(1) a donné lieu à un gain en capital imposable de 116 591 744 \$ et non de 148 187 562 \$.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 13(21) « bien amortissable », 54 « immobilisations », 69(11), 85(1), 88, 96(1a), 97, 98, 100(1), 245.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 45(2), (3).
Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C., ch. 945, art. 6204(1)b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Copthorne Holdings Ltd. c. Canada, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

CONSIDERED:

Univar Holdco Canada ULC v. Canada, 2017 FCA 207, 2017 D.T.C. 5119; *Continental Bank of Canada et al. v. the Queen* (1994), 94 D.T.C. 1858, [1995] 1 C.T.C. 2135 (T.C.C.), affd (1996), 96 D.T.C. 6355 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada (C.A.)*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C. 25; *Montminy v. Canada*, 2017 FCA 156, 35 C.C.P.B. (2d) 167.

AUTHORS CITED

Department of Finance Canada. *Canada's Economic Action Plan 2012*. March 29, 2012.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2016 TCC 204, [2017] 2 C.T.C. 2147) allowing the respondent's appeal from a reassessment issued by the Minister of National Revenue pursuant to section 245 (general anti-avoidance rule) of the *Income Tax Act* with respect to its 2006 taxation year. Appeal allowed in part.

APPEARANCES

Robert Carvalho and *Perry Derksen* for appellant.
Al Meghji, *Jack Silverson* and *Pooja Mihailovich* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

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

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NOËL C.J.: This is an appeal by Her Majesty the Queen (the Crown or the appellant) from a decision of the Tax Court of Canada in which D'Arcy J. (the Tax Court

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Univar Holdco Canada ULC c. Canada, 2017 CAF 207; *Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 585 (QL), conf. par [1996] A.C.F. n° 765 (QL) (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada (C.A.)*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25; *Montminy c. Canada*, 2017 CAF 156.

DOCTRINE CITÉE

Ministère des Finances Canada. *Le plan d'action économique de 2012*, 29 mars 2012.
Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9^e éd. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2016 CCI 204), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national à l'égard de son année d'imposition 2006 sur le fondement de la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU

Robert Carvalho et *Perry Derksen* pour l'appelante.
Al Meghji, *Jack Silverson* et *Pooja Mihailovich* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur générale du Canada pour l'appelante.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE EN CHEF NOËL : La Cour est saisie de l'appel interjeté par Sa Majesté la Reine (la Couronne ou l'appelante) à l'encontre d'une décision de la Cour

Judge) allowed Oxford Properties Group Inc.'s (Oxford or the respondent) appeal from a reassessment issued by the Minister of National Revenue (the Minister) with respect to its 2006 taxation year. The reassessment was issued pursuant to the general anti-avoidance rule (GAAR) found in section 245 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act).

[2] The Tax Court Judge held that the series of transactions undertaken by Oxford, which involved rolling three real estate properties through a tiered partnership structure, increasing the adjusted cost base of the partnership interests and selling these interests to tax-exempt entities without tax being paid on the latent recapture and accrued gains in the property held by the partnerships, not to amount to abusive tax avoidance.

[3] In support of the appeal, the Crown contends that the Tax Court Judge in coming to this conclusion misconstrued the provisions of the Act which were relied upon to obtain this beneficial tax treatment. The Crown invites us to construe these provisions with a focus on their object, spirit and purpose as the GAAR commands, and to come to the opposite conclusion.

[4] For the following reasons, I am of the view that a proper construction of the provisions in issue supports the Crown's contention and that the Tax Court Judge's conclusion of non-abuse cannot stand. However, I also agree with the respondent's alternative argument that the consequential adjustments made by the Minister pursuant to subsection 245(5) are not reasonable as they overshoot the abuse that was made of the provisions in issue. I therefore propose to allow the appeal in part only and refer the reassessment back to the Minister for reconsideration and reassessment in accordance with these reasons.

canadienne de l'impôt par laquelle le juge D'Arcy (le juge de la Cour de l'impôt) a accueilli l'appel interjeté par Oxford Properties Group Inc. (Oxford ou l'intimée) à l'encontre de la nouvelle cotisation établie par le ministre du Revenu national (le ministre) à l'égard de son année d'imposition 2006. La nouvelle cotisation avait été établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la Loi).

[2] Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la série d'opérations effectuées par Oxford (le transfert en franchise d'impôt de trois biens immobiliers par l'entremise d'une structure de sociétés de personnes à paliers multiples, l'augmentation du prix de base rajusté des participations dans les sociétés de personnes et la vente de ces participations à des entités exonérées d'impôt de façon à ce qu'aucun impôt ne soit payé sur la récupération latente et les gains accumulés à l'égard des biens détenus par les sociétés de personnes) ne constituait pas un évitement fiscal abusif.

[3] La Couronne prétend en appel que le juge de la Cour de l'impôt, lorsqu'il a tiré cette conclusion, a mal interprété les dispositions de la Loi qui ont été invoquées au soutien de ce traitement fiscal avantageux. La Couronne nous invite à interpréter ces dispositions en fonction de leur objet et de leur esprit, comme la RGAÉ l'exige, et à tirer la conclusion inverse.

[4] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la bonne interprétation des dispositions en cause étaye la thèse de la Couronne et que la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle il n'y a eu aucun abus ne saurait être maintenue. Cependant, je souscris également à l'argument subsidiaire de l'intimée, selon lequel les rajustements corrélatifs effectués par le ministre au titre du paragraphe 245(5) ne sont pas raisonnables, car ils surpassent l'abus dans l'application des dispositions en cause. Je propose par conséquent d'accueillir l'appel en partie seulement et de renvoyer la nouvelle cotisation au ministre pour réexamen et nouvelle cotisation à la lumière des présents motifs.

[5] The provisions of the Act that are relevant to the analysis which follows are set out in the annex to the reasons.

FACTS

[6] The series of transactions unfolded over some five years and are complex. The details are fully set out in the Statement of Agreed Facts which is reproduced at Appendix A of the judgment under appeal (*Oxford Properties Group Inc. v. The Queen*, 2016 TCC 204, [2017] 2 C.T.C. 2147 [reasons]). The following is an outline of the transactions as they unfolded with a focus on the statutory provisions that were used to achieve the tax benefit.

[7] The respondent's predecessor, Old Oxford, was a publicly traded Canadian corporation and one of the largest real estate firms in North America. In 2001, BPC Properties Inc. made a proposal to take over a substantial portion of the common shares of Old Oxford. The parties agreed that, prior to the takeover, Old Oxford would undertake a pre-closing arrangement and divest itself of certain real estate properties. The properties in question, the Atria Complex, the Richmond Adelaide Center (RAC) and the Calgary Eaton Center (CEC) (collectively the real estate properties), had high fair market values and low adjusted cost bases (ACB) and undepreciated capital costs (UCC).

[8] In pursuance of this agreement, a first set of limited partnerships was created, namely OPGI Office LP and MRC Office LP (OPGI Office LP and MRC Office LP are collectively referred to as the first tier partnerships). Using the rollover provided for under subsection 97(2), the RAC and CEC were transferred to OPGI Office LP whereas the Atria Complex was transferred to MRC Office LP. The elected amounts corresponded to the ACB and UCC of the properties. As such, the partnerships had high fair market values but the interests held by the partners in the partnerships had a low ACB. Pursuant to section 97, the properties held by the partnerships maintained their tax attributes, that is their low ACB and UCC.

[5] Les dispositions de la Loi qui sont pertinentes dans le contexte de l'analyse qui suit sont reproduites en annexe.

LES FAITS

[6] La série d'opérations en cause est complexe et s'est déroulée sur une période d'environ cinq ans. Elle est énoncée en détail dans l'exposé conjoint des faits, reproduit à l'annexe A du jugement porté en appel (*Oxford Properties Group Inc. c. La Reine*, 2016 CCI 204 [motifs]). Voici un aperçu des opérations effectuées qui met l'accent sur les dispositions législatives invoquées pour obtenir l'avantage fiscal.

[7] La prédécesseure de l'intimée (la prédécesseure d'Oxford) était une société canadienne cotée en bourse et l'une des sociétés immobilières les plus importantes en Amérique du Nord. En 2001, BPC Properties Inc. a présenté une proposition en vue de l'achat d'une partie importante des actions ordinaires de la prédécesseure d'Oxford. Les parties ont convenu que, avant la prise de contrôle, la prédécesseure d'Oxford entreprendrait une réorganisation et se départirait de certains biens immobiliers. Les biens en question, à savoir le complexe Atria, le centre Richmond-Adelaide et le centre Eaton de Calgary (collectivement, les biens immobiliers), avaient une juste valeur marchande élevée, ainsi qu'un prix de base rajusté (PBR) et une fraction non amortie du coût en capital (FNACC) faibles.

[8] Conformément à cette entente, une première série de sociétés en commandite a été créée, à savoir OPGI Office LP et MRC Office LP (collectivement, les sociétés de personnes de premier palier). Au moyen d'un roulement prévu au paragraphe 97(2), le centre Richmond-Adelaide et le centre Eaton de Calgary ont été transférés à OPGI Office LP, tandis que le complexe Atria a été transféré à MRC Office LP. Les choix faits correspondaient au PBR et à la FNACC des biens. Ainsi, les sociétés de personnes avaient une juste valeur marchande élevée, mais les participations des associés dans les sociétés de personnes avaient un PBR faible. Aux termes de l'article 97, les biens détenus par les sociétés de personnes ont conservé leurs attributs fiscaux, c'est-à-dire leur PBR et leur FNACC faibles.

[9] Further restructuring resulted in the amalgamation of OPGI Amalco and MRC Amalco, the limited partners in each of the first tier partnerships. This newly formed entity was subsequently amalgamated with its sole shareholder. The result of the latter amalgamation was the formation of the respondent, Oxford. Following the amalgamations, the partnership interests in the first tier partnerships formerly held by OPGI Amalco and MRC Amalco were held by Oxford.

[10] Because Oxford was formed by way of a vertical amalgamation, it became eligible for a bump pursuant to subsection 88(1), which allows a parent corporation to increase the tax cost of the non-depreciable capital property held by its subsidiary at the time of the amalgamation. Oxford was therefore able to increase, or bump, the ACB of the partnership interests it held in the first tier partnerships formerly held by OPGI Amalco and MRC Amalco. As a result, the first tier partnerships now had high fair market values and the partnership interests held by the partners had a high ACB while the properties held by the partnerships retained their low ACB and UCC.

[11] The following step in the series was the formation of a second tier of partnerships in which the first tier partnerships became partners: MRC Office LP became a partner in Atria limited partnership (Atria LP) while OPGI Office LP became a partner in RAC limited partnership (RAC LP) as well as Calgary Eaton Center partnership (CEC LP). Oxford was therefore a partner in the first tier partnerships, which in turn held partnership interests in three newly formed partnerships (Atria LP, RAC LP and CEC LP are collectively referred to as the second tier partnerships).

[12] On February 1, 2004, the first tier partnerships transferred the real estate properties to the second tier partnerships by way of rollovers pursuant to subsection 97(2). In exchange for debt and further partnership interests, MRC Office LP transferred the Atria Complex to Atria LP and OPGI Office LP transferred the

[9] D'autres remaniements ont mené à la fusion d'OPGI Amalco et de MRC Amalco, les commanditaires des sociétés de personnes de premier palier. Cette nouvelle entité a par la suite été fusionnée avec son actionnaire unique, ce qui a mené à la création de l'intimée, Oxford. Après la fusion, Oxford détenait les participations dans les sociétés de personnes de premier palier que détenaient auparavant OPGI Amalco et MRC Amalco.

[10] Puisqu'Oxford avait été créée par la voie d'une fusion verticale, elle est devenue admissible à une majoration au titre du paragraphe 88(1), qui permet à une société mère de majorer le coût aux fins de l'impôt des immobilisations non amortissables détenues par sa filiale au moment de la fusion. Oxford a ainsi pu augmenter, ou majorer, le PBR des participations qu'elle détenait dans les sociétés de personnes de premier palier et que détenaient auparavant OPGI Amalco et MRC Amalco. Par conséquent, les sociétés de personnes de premier palier avaient maintenant une juste valeur marchande élevée et les participations détenues par les associés avaient un PBR élevé, tandis que les biens détenus par les sociétés de personnes ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles.

[11] La prochaine étape dans la série d'opérations a été la création de sociétés de personnes de second palier, dont les sociétés de personnes de premier palier sont devenues les associées : MRC Office LP est devenue une associée de la société en commandite Atria LP, tandis qu'OPGI Office LP est devenue une associée des sociétés en commandite RAC LP et Calgary Eaton Centre LP (CEC LP). Oxford était donc une associée des sociétés de personnes de premier palier, qui, elles, détenaient des participations dans trois nouvelles sociétés de personnes (Atria LP, RAC LP et CEC LP sont collectivement appelées les sociétés de personnes de second palier).

[12] Le 1^{er} février 2004, les sociétés de personnes de premier palier ont transféré en franchise d'impôt les biens immobiliers aux sociétés de personnes de second palier sous le régime du paragraphe 97(2). En échange de la dette et de participations additionnelles dans les sociétés de personnes, MRC Office LP a transféré le

RAC to RAC LP and its interest in the CEC to CEC LP. The elected amounts again corresponded to the tax cost of the property transferred, that is their ACB and UCC subject to a slight variation with respect to the land portion of the CEC and the Atria Complex. As a result, the second tier partnerships had high fair market values and their partnership interests had low ACB. As was the case following the first rollovers, the real estate properties retained their low ACB and UCC.

[13] The first tier partnerships were then dissolved. The property of the first tier partnerships, including the partnership interests which they held in the second tier partnerships, were distributed to their partners. This resulted in Oxford acquiring partnership interests in the second tier partnerships. As well, an election was made pursuant to subsection 98(3). This allowed Oxford to avail itself of a second bump and increase the ACB of the partnership interests it held in the second tier partnerships. As a result, the partnership interests held by Oxford in the second tier partnerships had high fair market values and ACB while the real estate properties retained their low ACB and UCC. This was the situation when, between September 2005 and July 2006, Oxford disposed of its partnership interests in the second tier partnerships to the tax-exempt entities.

[14] Given the high ACB of the partnership interests sold by Oxford, little or no taxable capital gain was generated by the sale and, in one case, a capital loss resulted. The outcome is that even though the sale was made to tax-exempt entities, subsection 100(1) had no application. As a result, tax on the latent recapture and accrued gains inherent in the underlying real estate properties which had been deferred by reason of the rollovers was avoided altogether.

complexe Atria à Atria LP, et OPGI Office LP a transféré le centre Richmond-Adelaide à RAC LP et son intérêt dans le centre Eaton de Calgary à CEC LP. Les choix effectués correspondaient encore une fois au coût aux fins de l'impôt des biens transférés, c'est-à-dire le PBR et la FNACC, sous réserve d'une légère variation liée aux terrains sur lesquels se situent le centre Eaton de Calgary et le complexe Atria. Par conséquent, les sociétés de personnes de second palier avaient une juste valeur marchande élevée, et leurs participations dans les sociétés de personnes avaient un PBR faible. Comme lors des premiers transferts en franchise d'impôt, les biens immobiliers ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles.

[13] Les sociétés de personnes de premier palier ont ensuite été dissoutes. Les biens des sociétés de personnes de premier palier, y compris les participations qu'elles détenaient dans les sociétés de personnes de second palier, ont été distribués à leurs associés. Oxford a ainsi acquis des participations dans les sociétés de personnes de second palier. En outre, un choix a été effectué au titre du paragraphe 98(3), ce qui a permis à Oxford de se prévaloir d'une deuxième majoration et d'augmenter le PBR des participations qu'elle détenait dans les sociétés de personnes de second palier. Par conséquent, les participations qu'Oxford détenait dans les sociétés de personnes de second palier avaient une juste valeur marchande et un PBR élevés, tandis que les biens immobiliers ont conservé leur PBR et leur FNACC faibles. Telle était la situation lorsqu'Oxford a cédé ses participations dans les sociétés de personnes de second palier aux entités exonérées d'impôt, entre septembre 2005 et juillet 2006.

[14] Étant donné le PBR élevé des participations dans les sociétés de personnes vendues par Oxford, la vente n'a généré qu'un faible gain en capital imposable, voire aucun, et a même entraîné, dans un cas, une perte en capital. Ainsi, même si les participations ont été vendues à des entités exonérées d'impôt, le paragraphe 100(1) ne s'appliquait pas. Par conséquent, l'impôt sur la récupération latente et les gains accumulés inhérents aux biens immobiliers sous-jacents, qui avait été reporté grâce aux roulements, a été évité complètement.

- *The reassessment*

[15] The Minister canvassed several assessing positions before ultimately deciding to rely on the GAAR (appeal book, Vol. 3, page 342). The Minister came to the view that, although the series of transactions complied with the letter of the law, the overall result was abusive. Specifically, the rollovers and bumps were used to increase the ACB of the partnership interests in the first and second tier partnerships in a manner which allowed Oxford to circumvent the application of subsection 100(1).

[16] The reassessment denies the bumps in their entirety and applies subsection 100(1) on the resulting capital gain. This gives rise to a taxable capital gain of \$148 187 562. It is common ground that this taxable capital gain reflects recapture in the amount of \$116 591 744 and a taxable capital gain in the amount of \$32 203 408; \$21 285 500 being attributable to the depreciable property and \$10 917 908 being attributable to the non-depreciable property (summary of relevant income inclusions under alternative methods; GAAR consequences; appeal book, Vol. 2, pages 206, 422, 426, 430).

DECISION OF THE TAX COURT OF CANADA

[17] After dismissing Oxford's contention that the tax benefit which it achieved did not result from a series of avoidance transactions (reasons, paragraph 76), the Tax Court Judge devoted the remainder of his analysis to the issue of abuse. He did so by focussing on each of the steps undertaken by Oxford in order to circumvent the application of subsection 100(1).

[18] With respect to the rollovers, the Tax Court Judge concluded that subsection 97(2) permits tax to be "fully or partially avoided" upon the transfer of property to a partnership and that subsection 97(4) preserves recapture when the property so transferred is depreciable property (reasons, paragraphs 107, 111). The Tax Court Judge also found that when a partnership interest is purchased by a tax-exempt entity, subsection 97(2) must

- *La nouvelle cotisation*

[15] Le ministre a examiné plusieurs thèses à l'égard de la cotisation avant de décider, en fin de compte, de se fonder sur la RGAÉ (dossier d'appel, vol. 3, page 342). Le ministre est arrivé à la conclusion que, bien que la série d'opérations ait été conforme à la loi, elle menait à un résultat abusif. Plus particulièrement, les roulements et les majorations ont servi à augmenter le PBR des participations dans les sociétés de personnes de premier et de second paliers, ce qui a permis à Oxford de contourner l'application du paragraphe 100(1).

[16] La nouvelle cotisation refuse l'ensemble des majorations et applique le paragraphe 100(1) au gain en capital en résultant. Il en résulte un gain en capital imposable de 148 187 562 \$. Il est admis que ce gain en capital imposable représente une récupération de 116 591 744 \$ et un gain en capital imposable de 32 203 408 \$, dont une partie (21 285 500 \$) est attribuable aux biens amortissables et une autre partie (10 917 908 \$) est attribuable aux biens non amortissables (résumé des sommes pertinentes à inclure dans le revenu en fonction d'autres méthodes de calcul du revenu; conséquences de la RGAÉ; dossier d'appel, vol. 2, pages 206, 422, 426 et 430).

LA DÉCISION DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT

[17] Après avoir rejeté la prétention d'Oxford selon laquelle l'avantage fiscal qu'elle avait obtenu n'était pas le résultat d'une série d'opérations d'évitement (motifs, paragraphe 76), le juge de la Cour de l'impôt a consacré le reste de son analyse à la question de l'abus, en mettant l'accent sur chacune des mesures prises par Oxford pour contourner l'application du paragraphe 100(1).

[18] En ce qui a trait aux roulements, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que le paragraphe 97(2) permet « de réduire au minimum » l'impôt à payer lors du transfert d'un bien à une société de personnes et que le paragraphe 97(4) préserve la récupération lorsque le bien ainsi transféré est un bien amortissable (motifs, paragraphes 107 et 111). Le juge de la Cour de l'impôt a également conclu que, lorsqu'une entité exonérée

be considered in light of paragraph 69(11)(b) (reasons, paragraph 121). Because the three-year holding period set out in subsection 69(11) had been met in this case, the Tax Court Judge concluded that subsection 97(2) had not been abused. He also found that, although the purpose of subsection 97(2) was to preserve the cost base and potential recapture in the real estate properties, the fact that little or no tax was paid on the sale of the partnership interests did not offend subsection 97(2) as its purpose is not to tax the partners when they dispose of their partnership interests on the accrued gain and latent recapture relating to property held by the partnership (reasons, paragraphs 181, 186, 188).

[19] As to the object, spirit and purpose of the bump provisions, the Tax Court Judge held that subsection 88(1) prevents double taxation by allowing the disappearing ACB of a parent's shares in its subsidiary to be pushed down to other non-depreciable capital property while simultaneously preserving the tax attributes of depreciable property (reasons, paragraphs 143–145). Subsection 98(3) functions in a similar manner and with a similar purpose, but with the view of preserving ACB in the disappearing partnership interests (reasons, paragraphs 160–167).

[20] The Tax Court Judge also found that amendments made to section 88 in 2012 were relevant in construing the object, spirit and purpose of the bump provisions (reasons, paragraph 153). He then proceeded to conclude that the purpose of sections 88 and 98, as they read before the amendments, was not to prohibit an “indirect” bump, preserve recapture or deny a bump based on the nature of the assets held by the partnerships (reasons, paragraph 205). The Tax Court Judge also held that the addition of subparagraph 88(1)(d)(ii.1), which would have prevented the result achieved by Oxford, reflects a change in the law rather than a clarification (reasons, paragraph 211). As a result, Oxford's use of the bumps did not frustrate the object, spirit or purpose of the provisions which were relied upon.

d'impôt achète une participation dans une société de personnes, le paragraphe 97(2) doit être examiné à la lumière de l'alinéa 69(11)b) (motifs, paragraphe 121). Puisque la période de détention de trois ans prévue au paragraphe 69(11) a été respectée en l'espèce, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'y avait eu aucun abus du paragraphe 97(2). Il a également conclu que, bien que le paragraphe 97(2) vise à préserver le coût fiscal et la récupération éventuelle à l'égard des biens immobiliers, le fait que peu ou pas d'impôt a été payé sur la vente des participations dans les sociétés de personnes ne contrevient pas au paragraphe 97(2), car cette disposition n'a pas pour objet d'imposer les associés, lorsqu'ils disposent de leur participation dans une société de personnes, sur les gains accumulés et la récupération latente à l'égard des biens détenus par la société de personnes (motifs, paragraphes 181, 186 et 188).

[19] En ce qui concerne l'objet et l'esprit des dispositions relatives à la majoration, le juge de la Cour de l'impôt a statué que le paragraphe 88(1) empêche la double imposition en permettant à la société mère de transférer le PBR de ses actions dans la filiale, PBR qui disparaîtrait autrement, à d'autres immobilisations non amortissables, tout en préservant les attributs fiscaux des biens amortissables (motifs, paragraphes 143 à 145). Le paragraphe 98(3) a un objet et un effet similaires, mais il vise à préserver le PBR d'une participation dans une société de personnes appelée à disparaître (motifs, paragraphes 160 à 167).

[20] Le juge de la Cour de l'impôt a également jugé que les modifications apportées à l'article 88 en 2012 étaient pertinentes dans le contexte de l'interprétation de l'objet et de l'esprit des dispositions relatives à la majoration (motifs, paragraphe 153). Il a conclu que l'objet des articles 88 et 98, tels qu'ils étaient libellés avant ces modifications, n'était pas d'empêcher la majoration « indirecte », de préserver la récupération ou de rejeter une majoration en fonction de la nature des actifs détenus par les sociétés de personnes (motifs, paragraphe 205). Il a par la suite conclu que l'ajout du sous-alinéa 88(1)d)(ii.1), qui aurait empêché le résultat obtenu par Oxford, constitue un changement dans le droit et non une clarification du droit (motifs, paragraphe 211). Ainsi, le recours aux majorations par

[21] The Tax Court Judge then turned to subsection 100(1). He observed that the purpose of that provision was straightforward: to tax at a rate of 50 percent the portion of the capital gain realized on the sale of a partnership interest attributable to an increase in the value of non-depreciable property and to tax at a rate of 100 percent any portion of the gain that is attributable to depreciable property (reasons, paragraphs 172–173). Taxing the portion of the gain attributable to an increase in the value of depreciable property at the rate of 100 percent ensures that “recaptured depreciation” is taxed at the same rate as it would have been, had the property been sold to a tax-exempt entity directly (reasons, paragraph 174).

[22] However, the operation of subsection 100(1) is based on the gain otherwise determined under the Act (reasons, paragraph 217). Given that the ACB of the partnership interests and the resulting gain were properly computed when regard is had to the bumps, subsection 100(1) was not abused. Moreover, had Parliament intended subsection 100(1) to operate as a “look through”, it would have drafted subsection 100(1) in a manner similar to subparagraph 88(1)(d)(ii.1) (reasons, paragraph 216).

[23] Having found that no abuse had been demonstrated, the Tax Court Judge allowed the respondent’s appeal insisting that it had engaged in a proper exercise of tax minimization (reasons, paragraph 219).

POSITION OF THE PARTIES

- *The Crown*

[24] The appellant argues that Oxford used subsection 97(2), paragraph 88(1)(d) and subsection 98(3) in order to avoid recapture that would normally arise pursuant to subsection 100(1) (memorandum of the appellant, paragraph 43). In concluding that this did not give rise to an abuse, the Tax Court Judge erred in his

Oxford n’a pas contrecarré l’objet ou l’esprit des dispositions invoquées.

[21] Le juge de la Cour de l’impôt s’est ensuite penché sur le paragraphe 100(1). Il a fait remarquer que l’objet de cette disposition était clair : imposer, à un taux de 50 p. 100, la partie du gain en capital réalisé lors de la vente d’une participation dans une société de personnes qui est attribuable à une augmentation de la valeur de biens non amortissables, et imposer, à un taux de 100 p. 100, toute partie du gain qui est attribuable à des biens amortissables (motifs, paragraphes 172 et 173). Le fait d’imposer à un taux de 100 p. 100 la partie du gain qui est attribuable à une augmentation de la valeur de biens amortissables permet de veiller à ce que la « récupération de l’amortissement » soit imposée au même taux que si les biens avaient été vendus directement à une entité exonérée d’impôt (motifs, paragraphe 174).

[22] Cependant, l’application du paragraphe 100(1) est fondée sur le gain calculé par ailleurs sous le régime de la Loi (motifs, paragraphe 217). Étant donné que le PBR des participations dans les sociétés de personnes et le gain résultant de leur disposition ont été correctement calculés compte tenu des majorations, il n’y a eu aucun abus du paragraphe 100(1). De plus, si le législateur avait voulu que le paragraphe 100(1) opère de la même façon que le sous-alinéa 88(1)d)(ii.1), il aurait utilisé un libellé semblable (motifs, paragraphe 216).

[23] Ayant conclu qu’aucun abus n’avait été établi, le juge de la Cour de l’impôt a accueilli l’appel interjeté par l’intimée en précisant que celle-ci avait procédé à un exercice légitime de réduction de l’impôt (motifs, paragraphe 219).

LA POSITION DES PARTIES

- *La Couronne*

[24] L’appelante prétend qu’Oxford a eu recours au paragraphe 97(2), à l’alinéa 88(1)d) et au paragraphe 98(3) dans le but d’éviter la récupération qui découlerait normalement de l’application du paragraphe 100(1) (mémoire de l’appelante, paragraphe 43). En concluant à l’absence d’abus, le juge de la Cour

analysis of these provisions and failed to consider the overall result achieved by Oxford (memorandum of the appellant, paragraph 36).

[25] The Crown argues that the Tax Court Judge's analysis of subsection 100(1) was confined to the words or the text (memorandum of the appellant, paragraph 51). The Tax Court Judge further ignored that subsection 100(1) is located in Subdivision j, which deals with partnerships, and contemplates the tax consequences of the sale of a partnership interest (memorandum of the appellant, paragraph 51). Equally ignored was the reason why subsection 100(1) modifies the computation of the capital gain in the way that it does (memorandum of the appellant, paragraph 52). According to the Crown, subsection 100(1) ensures that recapture is realized and taxed on the sale of a partnership interest to a tax-exempt entity as otherwise it will escape taxation altogether (memorandum of the appellant, paragraph 56).

[26] The Crown further argues that the Tax Court Judge committed two errors in his analysis of subsection 97(2). First, he conflated the deferral and avoidance of tax. While subsection 97(2) allows for the deferral of capital gains which would otherwise arise because there has been no change in the transferor's economic position, it was not designed to avoid the taxation of the deferred gain (memorandum of the appellant, paragraph 63). Second, the Tax Court Judge's understanding of this provision was clouded by his misunderstanding of subsection 69(11). The reason why subsection 69(11) did not apply was not because the three-year holding period was respected, but because there was no subsequent sale of the real estate properties. Even if the partnership interests qualified as "substituted property", no exemption was available because Oxford, the vendor, was a taxable corporation (memorandum of the appellant, paragraph 71). The Crown also submits that subsection 69(11) deals with a different factual situation and has its own rationale; the Tax Court Judge ought to have focused his analysis on subsection 100(1) (memorandum of the appellant, paragraph 72).

de l'impôt a mal analysé les dispositions en question et omis de tenir compte du résultat global obtenu par Oxford (mémoire de l'appelante, paragraphe 36).

[25] La Couronne soutient que l'analyse du paragraphe 100(1) effectuée par le juge de la Cour de l'impôt s'attachait seulement au libellé (mémoire de l'appelante, paragraphe 51). Le juge de la Cour de l'impôt a également négligé le fait que le paragraphe 100(1) se trouve à la sous-section J, qui porte sur les sociétés de personnes, et qu'il concerne les conséquences fiscales de la vente d'une participation dans une société de personnes (mémoire de l'appelante, paragraphe 51). Il ne s'est pas non plus demandé pourquoi le paragraphe 100(1) modifie le calcul du gain en capital de telle manière (mémoire de l'appelante, paragraphe 52). Selon la Couronne, le paragraphe 100(1) permet de veiller à ce que la récupération soit réalisée et imposée lors de la vente d'une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d'impôt, car autrement elle échapperait complètement à l'imposition (mémoire de l'appelante, paragraphe 56).

[26] La Couronne fait également valoir que le juge de la Cour de l'impôt a commis deux erreurs dans son analyse du paragraphe 97(2). Premièrement, il a confondu les concepts de report d'impôt et d'évitement fiscal. Bien que le paragraphe 97(2) permette le report d'un gain en capital qui serait par ailleurs imposable, au motif qu'il n'y a eu aucun changement dans la situation économique de l'auteur du transfert, il n'a pas été conçu pour éviter l'imposition du gain reporté (mémoire de l'appelante, paragraphe 63). Deuxièmement, le juge de la Cour de l'impôt a mal compris le paragraphe 69(11), ce qui a brouillé sa compréhension du paragraphe 97(2). Le paragraphe 69(11) ne s'appliquait pas, non pas parce que la période de détention de trois ans a été respectée, mais plutôt parce que les biens immobiliers n'ont pas fait l'objet d'une vente ultérieure. Même si les participations dans les sociétés de personnes constituaient des « biens de remplacement », aucune exemption ne s'appliquait, parce que le vendeur, Oxford, était une société imposable (mémoire de l'appelante, paragraphe 71). La Couronne soutient également que le paragraphe 69(11) vise une situation de fait différente et qu'il a sa propre raison d'être; le juge de la Cour de l'impôt aurait dû axer son analyse sur le paragraphe 100(1) (mémoire de l'appelante, paragraphe 72).

[27] The Crown further argues that the purpose of the bump under section 88 is to preserve a tax basis embedded in non-depreciable capital property which would otherwise disappear. The bump allows this tax basis to be transferred to other non-depreciable capital property with similar tax attributes. Depreciable property is ineligible for the bump as it is taxed differently. Subsection 98(3) also excludes depreciable property again because it is “an asset of a different nature” (memorandum of the appellant, paragraphs 73–80).

[28] Nothing under the legislative scheme as it stood at the time suggests that the bump in the value of depreciable property through the interposition of a partnership was permissible. The 2012 amendments therefore merely confirm that one cannot do indirectly what is not permitted to be done directly. Indeed, the Budgetary Supplementary Information released at the time of its enactment indicates that this amendment was intended to “clarify” the law rather than modify it (memorandum of the appellant, paragraph 85).

[29] The Crown also argues that the Tax Court Judge erred in considering the Minister’s treatment of the Dufferin Mall and the René Lévesque transactions in order to determine whether paragraphs 88(1)(c) and (d) and subsection 98(3) were abused. A GAAR analysis is not a comparative analysis and the Minister’s treatment of these properties is irrelevant. In any event, the reason why the Minister did not invoke the GAAR on the Dufferin Mall transaction is because the partnership interests were sold to a taxable entity so that the deferred taxes will eventually be paid whereas the transfer of the property to the partnerships in the René Lévesque transaction was not part of the series of transactions (memorandum of the appellant, paragraphs 99–103).

[30] The overall result of the series was the circumvention of subsection 100(1). A reasonable consequence would therefore be the denial of the bumps in order for subsection 100(1) to have its intended effect.

[27] La Couronne fait également valoir que la majoration prévue à l’article 88 vise à préserver le coût fiscal des immobilisations non amortissables, qui disparaîtrait autrement. La majoration permet de transférer pareils coûts à d’autres immobilisations non amortissables ayant des attributs fiscaux similaires. Les biens amortissables ne sont pas admissibles à la majoration et sont imposés différemment. En outre, le paragraphe 98(3) exclut les biens amortissables, encore une fois parce qu’il s’agit [TRADUCTION] « d’actifs de nature différente » (mémoire de l’appelante, paragraphes 73 à 80).

[28] Rien dans le régime légal en vigueur à l’époque ne donnait à penser que la majoration de la valeur des biens amortissables par l’interposition d’une société de personnes était autorisée. La modification de 2012 confirme donc simplement qu’on ne peut faire indirectement ce qu’il est interdit de faire directement. En effet, les Renseignements supplémentaires budgétaires publiés au moment de l’adoption de la modification indiquent que la mesure précise le droit, et ne vise pas à le modifier (mémoire de l’appelante, paragraphe 85).

[29] La Couronne fait également valoir que le juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur en tenant compte du traitement par le ministre des opérations mettant en jeu les sociétés de personnes Dufferin Mall et René Lévesque afin de déterminer s’il y avait eu abus des alinéas 88(1)(c) et d) et du paragraphe 98(3). L’analyse relative à la RGAÉ n’est pas une analyse comparative, et le traitement par le ministre des biens visés par ces opérations n’est pas pertinent. Quoi qu’il en soit, le ministre n’a pas invoqué la RGAÉ dans le contexte des opérations mettant en jeu la société de personnes Dufferin Mall, parce que la participation dans la société a été vendue à une entité imposable de sorte que les impôts reportés seront payés ultérieurement, tandis que le transfert des biens visés par les opérations mettant en jeu les sociétés de personnes René Lévesque ne faisait pas partie de la série d’opérations (mémoire de l’appelante, paragraphes 99 à 103).

[30] En fin de compte, la série d’opérations en question a permis de contourner l’application du paragraphe 100(1). Il serait donc raisonnable de refuser les majorations pour que le paragraphe 100(1) produise

Subsection 100(1) “exacts a price” to the extent that capital gains realized on depreciable property are taxed at a rate of 100 percent. However, this is the price that Parliament has imposed for trying to avoid recapture (memorandum of the appellant, paragraph 106).

- *Oxford*

[31] The respondent supports the conclusion reached by the Tax Court Judge and essentially adopts the reasons that he gave. It adds that he purposively construed the provisions in issue and considered the overall result of the series of transactions (memorandum of the respondent, paragraph 70). In the event that the GAAR applies, Oxford argues that the tax adjustments brought about by the reassessment overshoot the abuse which they seek to correct and are as such unreasonable (memorandum of the respondent, paragraph 122).

[32] The Tax Court Judge correctly understood that subsection 97(2) must be construed in light of subsection 69(11). This latter provision indicates that Parliament made the conscious decision that latent recapture and accrued capital gains could go unpaid in the context of transactions involving a tax-exempt purchaser, where the three-year holding period is met (memorandum of the respondent, paragraph 96). Oxford argues that paragraph 69(11)(b) deals “exclusively with tax-deferred transfers to partnerships under 97(2)” and prescribes the limited circumstances in which the benefit of a rollover can be denied (memorandum of the respondent, paragraph 56).

[33] The Tax Court Judge also correctly concluded that any rule against “indirect bumping” would have to be based on a broad policy that is not grounded in the Act (memorandum of the respondent, paragraph 107). He also correctly discerned that the 2012 amendments implement a change in this policy (memorandum of the respondent, paragraph 119). Oxford argues that section 88 sets out explicitly and exhaustively the circumstances in

l’effet voulu. Le paragraphe 100(1) [TRADUCTION] « impose des conséquences » en ce sens que les gains en capital réalisés à l’égard de biens amortissables sont imposés dans leur entièreté. C’est le prix que le législateur fait payer dans les cas où le contribuable tente d’éviter la récupération (mémoire de l’appelante, paragraphe 106).

- *Oxford*

[31] L’intimée souscrit à la conclusion tirée par le juge de la Cour de l’impôt et adopte essentiellement les motifs qu’il a donnés. Elle ajoute que le juge de la Cour de l’impôt a interprété les dispositions en question de manière téléologique et qu’il a tenu compte du résultat global de la série d’opérations (mémoire de l’intimée, paragraphe 70). Subsidiairement, si la RGAÉ s’applique, Oxford fait valoir que les rajustements fiscaux effectués dans la nouvelle cotisation outrepassent l’abus qu’ils visent à corriger et qu’ils sont par conséquent déraisonnables (mémoire de l’intimée, paragraphe 122).

[32] Le juge de la Cour de l’impôt a bien compris que le paragraphe 97(2) doit être interprété à la lumière du paragraphe 69(11). Le paragraphe 69(11) montre que le législateur a pris la décision délibérée de permettre que la récupération latente et les gains en capital accumulés ne soient pas imposés dans le contexte d’opérations faisant intervenir un acheteur non assujéti à l’impôt si la période de détention de trois ans est respectée (mémoire de l’intimée, paragraphe 96). Oxford fait valoir que l’alinéa 69(11)b) concerne [TRADUCTION] « exclusivement les transferts avec report d’impôt à des sociétés de personnes aux termes du paragraphe 97(2) » et qu’il prévoit les circonstances limitées dans lesquelles il est possible de refuser l’avantage conféré par un transfert en franchise d’impôt (mémoire de l’intimée, paragraphe 56).

[33] En outre, le juge de la Cour de l’impôt a conclu avec raison que toute règle interdisant la « majoration indirecte » doit être fondée sur une politique générale qui ne repose pas sur la Loi (mémoire de l’intimée, paragraphe 107). Il a également établi à juste titre que les modifications de 2012 modifient cette politique (mémoire de l’intimée, paragraphe 119). Oxford fait valoir que l’article 88 énonce de façon expresse et exhaustive

which a bump can be denied. Nowhere do these rules deny the bump where property is pre-packaged and sold to a tax-exempt entity (memorandum of the respondent, paragraph 51).

[34] Oxford further argues that, as the Tax Court Judge correctly concluded, the purpose of subsection 100(1) is not to tax accrued gains on the property held by a partnership. The starting point is the actual gain calculated under the usual rules (memorandum of the respondent, paragraphs 115–116).

[35] In the event that the GAAR applies, Oxford argues that the Crown's assessment is punitive because the disallowance of the bumps affects the computation of the entire capital gain, not just recapture (memorandum of the respondent, paragraph 124). The adjustment should be limited to the latent recapture which, based on the Crown's own theory, reflects the only income which was avoided. It adds that in any event the adjustment should be corrected so as not to tax 100 percent of the capital gain portion of the adjustment pertaining to the depreciable property (memorandum of the respondent, paragraphs 121–126).

ANALYSIS AND DISPOSITION

[36] In a GAAR analysis, three questions must be addressed: was there a tax benefit? If so, were the transactions which gave rise to this benefit avoidance transactions? If so, were the avoidance transactions abusive? (*Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 (*Cophorne*), at paragraph 33, citing *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 [*Trustco*], at paragraphs 18, 21, 36).

[37] In the present case, the respondent conceded that: the deferred tax on the accrued gains and recapture pursuant to subsection 97(2); the bumps in the ACB of the partnership interests in the first and second tier partnerships by virtue of subsections 88(1) and 98(3); and the reduction of tax payable on the sale of the

les circonstances dans lesquelles la majoration peut être refusée. Ces règles ne prévoient d'aucune manière le refus de la majoration dans le cas où les biens sont regroupés, puis vendus à une entité exonérée d'impôt (mémoire de l'intimée, paragraphe 51).

[34] Oxford soutient également, comme le juge de la Cour de l'impôt l'a conclu à bon droit, que le paragraphe 100(1) ne vise pas à imposer les gains accumulés sur les biens détenus par une société de personnes. Le point de départ est le gain réel calculé en fonction des règles habituelles (mémoire de l'intimée, paragraphes 115 et 116).

[35] Subsidiairement, si la RGAÉ s'applique, Oxford fait valoir que la cotisation établie par la Couronne est punitive, parce que le refus des majorations a une incidence sur le calcul de l'ensemble du gain en capital et non seulement de la récupération (mémoire de l'intimée, paragraphe 124). Le rajustement ne devrait s'appliquer qu'à la récupération latente, ce qui correspond, selon la thèse de la Couronne, au seul revenu qui a été évité. Oxford ajoute que, quoi qu'il en soit, le rajustement devrait être corrigé de façon à ce qu'elle ne soit pas imposée sur 100 p. 100 de la partie du gain en capital attribuable aux biens amortissables (mémoire de l'intimée, paragraphes 121 à 126).

ANALYSE ET DÉCISION

[36] L'analyse fondée sur la RGAÉ exige que l'on réponde à trois questions : Y a-t-il eu avantage fiscal? Si oui, les opérations ayant généré l'avantage fiscal étaient-elles des opérations d'évitement? Si oui, les opérations d'évitement étaient-elles abusives? (*Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 (*Cophorne*), au paragraphe 33, citant *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 [*Trustco*], aux paragraphes 18, 21 et 36).

[37] En l'espèce, l'intimée a reconnu que donnent lieu à un avantage fiscal le report de l'impôt à payer sur les gains accumulés et la récupération au titre du paragraphe 97(2), la majoration du PBR des participations dans les sociétés de personnes de premier et de second paliers sous le régime des paragraphes 88(1) et 98(3) et

partnership interests to the exempt entities, all give rise to a tax benefit (reasons, paragraph 58). As to the second question, the Tax Court Judge found that the sale of the partnership interests to the exempt entities was part of a series of transactions that contained one or more avoidance transactions (reasons, paragraph 76). The respondent does not challenge this finding in this appeal.

[38] The only question which arises in this appeal turns on the abuse analysis. Specifically, does the elimination of the capital gain on the sale of the partnership interests to the exempt entities by the use of the bumps and the consequential avoidance of recapture under subsection 100(1) frustrate this provision and the other provisions relied upon in order to achieve this result?

- *Standard of review*

[39] The inquiry as to whether there has been an abuse gives rise to a question of mixed fact and law and is therefore subject to the standard of palpable and overriding error (*Trustco*, at paragraph 44; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), at paragraph 37). However, the abuse analysis proceeds in two stages. The first stage requires the determination of the object, spirit and purpose of the provisions giving rise to the tax benefit while the second turns on whether the provisions, so construed, were frustrated by the tax benefit achieved (*Trustco*, at paragraph 44). The object, spirit and purpose of a provision is discerned by way of statutory interpretation (*Copthorne*, at paragraph 70). This gives rise to a question of law and is an extricable part of the analysis. It is therefore subject to the standard of correctness (*Trustco*, at paragraph 44; *Housen*, at paragraphs 8, 37).

- *Construction under the GAAR*

[40] In order to situate the discussion which follows, it is useful to first consider the approach to statutory construction called for under the GAAR at the abuse stage of the analysis.

la réduction de l'impôt payable sur la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt (motifs, paragraphe 58). Pour ce qui est de la deuxième question, le juge de la Cour de l'impôt a conclu que la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt faisait partie d'une série d'opérations comprenant une ou plusieurs opérations d'évitement (motifs, paragraphe 76). L'intimée ne conteste pas cette conclusion en appel.

[38] La seule question qui est soulevée dans le présent appel repose sur l'analyse relative à l'abus. Plus précisément, l'élimination du gain en capital sur la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt au moyen de majorations et l'évitement consécutif de la récupération au titre du paragraphe 100(1) contrecarrent-ils cette disposition et les autres dispositions invoquées pour obtenir ce résultat?

- *La norme de contrôle*

[39] La question de savoir s'il y a eu abus est une question mixte de fait et de droit, et elle est par conséquent assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante (*Trustco*, au paragraphe 44; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), au paragraphe 37). Cependant, l'analyse relative à l'abus se fait en deux étapes. La première étape consiste à déterminer l'objet et l'esprit des dispositions invoquées au soutien de l'avantage fiscal, et la deuxième étape consiste à décider si l'avantage fiscal obtenu contrecarre les dispositions compte tenu de l'interprétation qui en a été donnée (*Trustco*, au paragraphe 44). L'objet et l'esprit des dispositions sont cernés grâce à l'interprétation législative (*Copthorne*, au paragraphe 70). Il s'agit d'une question de droit et d'une partie isolable de l'analyse, par conséquent, la norme de la décision correcte y est applicable (*Trustco*, au paragraphe 44; *Housen*, aux paragraphes 8 et 37).

- *L'interprétation quand la RGAÉ est invoquée*

[40] Pour bien situer l'analyse, il est utile d'examiner en premier lieu la démarche en matière d'interprétation législative qu'il convient d'adopter dans le contexte de la RGAÉ.

[41] The distinction between a word-based construction and an object, spirit and purpose interpretation in a GAAR context was carefully delineated by the Supreme Court in *Cophorne* [at paragraph 66]:

The GAAR is a legal mechanism whereby Parliament has conferred on the court the unusual duty of going behind the words of the legislation to determine the object, spirit or purpose of the provision or provisions relied upon by the taxpayer. While the taxpayer's transactions will be in strict compliance with the text of the relevant provisions relied upon, they may not necessarily be in accord with their object, spirit or purpose.

[42] The Court went on to explain [at paragraph 70]:

The object, spirit or purpose can be identified by applying the same interpretive approach employed by this Court in all questions of statutory interpretation — a “unified textual, contextual and purposive approach” (*Trustco*, at para. 47; *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3, at para. 26). While the approach is the same as in all statutory interpretation, the analysis seeks to determine a different aspect of the statute than in other cases. In a traditional statutory interpretation approach the court applies the textual, contextual and purposive analysis to determine what the words of the statute mean. In a GAAR analysis the textual, contextual and purposive analysis is employed to determine the object, spirit or purpose of a provision. Here the meaning of the words of the statute may be clear enough. The search is for the rationale that underlies the words that may not be captured by the bare meaning of the words themselves. However, determining the rationale of the relevant provisions of the Act should not be conflated with a value judgment of what is right or wrong nor with theories about what tax law ought to be or ought to do. [My emphasis.]

A GAAR analysis can therefore lead to a result that is different from that obtained by a traditional, textual, contextual and purposive interpretation focused on the meaning of the words of the relevant provisions.

[43] The Supreme Court further explained that by invoking the GAAR, the Minister necessarily concedes that based on a traditional approach, the tax benefit is properly attained [at paragraph 109]:

[41] La distinction entre une interprétation fondée sur le texte et une interprétation fondée sur l'objet ou l'esprit dans le contexte de la RGAÉ est soigneusement définie par la Cour suprême dans l'arrêt *Cophorne* [au paragraphe 66] :

La RGAÉ est un mécanisme juridique par lequel le législateur confie aux tribunaux la tâche inhabituelle d'aller au-delà du texte de la disposition invoquée par le contribuable pour en déterminer l'objet ou l'esprit. Il se peut qu'une opération du contribuable respecte à la lettre la disposition en cause sans nécessairement être conforme à l'objet ou à l'esprit de celle-ci.

[42] La Cour explique en outre ce qui suit [au paragraphe 70] :

L'objet ou l'esprit peuvent être circonscrits grâce à la méthode qu'emploie notre Cour pour toute interprétation législative, à savoir une méthode « textuelle, contextuelle et téléologique unifiée » (*Trustco*, par. 47; *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3, par. 26). Bien que la méthode d'interprétation soit la même dans le cas de la RGAÉ, l'analyse vise en l'espèce à dégager un aspect différent de la loi. Dans un cas classique d'interprétation législative, la cour applique l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique pour établir le sens du texte de la loi. Dans le cas de la RGAÉ, l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique vise à établir l'objet ou l'esprit d'une disposition. Il est alors possible que le sens des mots employés par le législateur soit suffisamment clair. La raison d'être de la disposition peut ne pas ressortir de la seule signification des mots eux-mêmes. Il ne faut cependant pas confondre la détermination de la raison d'être des dispositions applicables de la Loi avec le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus qu'avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l'effet qu'elle devrait avoir. [Non souligné dans l'original.]

L'analyse effectuée à la lumière de la RGAÉ peut ainsi mener à un résultat différent de celui qu'on obtient suivant une analyse classique, textuelle, contextuelle et téléologique axée sur le sens des mots employés dans les dispositions en question.

[43] La Cour suprême explique que, lorsqu'il invoque la RGAÉ, le ministre admet nécessairement que, selon l'approche classique, l'avantage fiscal a été obtenu à bon droit [au paragraphe 109] :

... When the Minister invokes the GAAR, he is conceding that the words of the statute do not cover the series of transactions at issue. Rather, he argues that although he cannot rely on the text of the statute, he may rely on the underlying rationale or object, spirit and purpose of the legislation to support his position.

[44] Although the GAAR is based on the premise that the construction which it commands will lead to a different result than that obtained on the basis of a word-based analysis, the Court was quick to point out that this will not always be the case [at paragraphs 110–111]:

I do not rule out the possibility that in some cases the underlying rationale of a provision would be no broader than the text itself. Provisions that may be so construed, having regard to their context and purpose, may support the argument that the text is conclusive because the text is consistent with and fully explains its underlying rationale.

However, the implied exclusion argument is misplaced where it relies exclusively on the text of the PUC provisions without regard to their underlying rationale. If such an approach were accepted, it would be a full response in all GAAR cases, because the actions of a taxpayer will always be permitted by the text of the Act. As noted in OSFC, if the Court is confined to a consideration of the language of the provisions in question, without regard to their underlying rationale, it would seem inevitable that the GAAR would be rendered meaningless (para. 63). [My emphasis.]

[45] It is clear from the above that in all cases, the GAAR requires the Court to look into the underlying rationale of the provisions relied upon in order to obtain the tax benefit. This goes to the heart of the Crown's contention that rather than giving the relevant provisions a meaning which accords with their object, spirit and purpose, the Tax Court Judge confined the effect of these provisions to their wording. According to the Crown, this narrow construction of the relevant provisions cannot stand as it is based on an erroneous assessment of the impact of subsequent amendments brought to the Act in 2012, many years after the series of transactions unfolded.

[46] I will come back to this later but I note for now that subsequent amendments cannot be assumed

[...] Lorsque le ministre invoque la RGAÉ, il admet que le texte de la loi n'englobe pas la série d'opérations en cause, mais il fait valoir que sa position, bien qu'elle ne prenne pas appui sur ce texte, est fondée sur sa raison d'être, son objet ou son esprit.

[44] Bien que la RGAÉ soit fondée sur la prémisse selon laquelle l'interprétation d'une disposition qu'elle commande mène à un résultat différent de celui qu'on obtient au moyen d'une analyse fondée sur le texte, la Cour fait remarquer que ce n'est pas toujours le cas [aux paragraphes 110 et 111] :

Je n'écarte pas la possibilité que, dans certains cas, la raison d'être d'une disposition n'ait pas une plus grande portée que son libellé. En pareils cas, la disposition, compte tenu de son contexte et de son objet, peut étayer la prétention que son texte est déterminant parce qu'il correspond à sa raison d'être et l'explique entièrement.

Or, on ne saurait invoquer l'exclusion implicite en la fondant uniquement sur le texte des dispositions relatives au [capital versé] sans égard à leur raison d'être. Si on y faisait droit, cette thèse neutraliserait toujours l'application de la RGAÉ, car les actes du contribuable seraient toujours permis par le texte de la Loi. Comme le signale la Cour d'appel fédérale dans OSFC, si la Cour doit s'en tenir au seul libellé de la disposition en cause, sans égard à sa raison d'être, la RGAÉ deviendra inévitablement inutile (par. 63). [Non souligné dans l'original.]

[45] Il ressort clairement de ce qui précède que, dans tous les cas, la RGAÉ exige que la Cour examine la raison d'être des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal. Ce principe est au cœur de la prétention de la Couronne, selon laquelle le juge de la Cour de l'impôt a circonscrit l'effet des dispositions pertinentes à leur libellé, au lieu de leur donner un sens qui concorde avec leur objet et leur esprit. Selon la Couronne, cette interprétation étroite des dispositions pertinentes ne peut être confirmée, puisqu'elle est fondée sur une évaluation erronée de l'incidence des modifications apportées à la Loi en 2012, soit plusieurs années après la série d'opérations en question.

[46] Je reviendrai à cette question plus loin. Je fais remarquer à cette étape qu'on ne peut présumer que les

to alter or confirm the prior state of the law (see subsections 45(2) and (3) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 (the *Interpretation Act*)). The recent decision of this Court in *Univar Holdco Canada ULC v. Canada*, 2017 FCA 207, 2017 D.T.C. 5119, at paragraphs 23 to 27 illustrates the point that in a GAAR context, the provisions used to obtain the tax benefit must first be construed on their own. Only then can one say whether a subsequent amendment that touches upon the same subject matter confirms or alters the prior state of the law.

- *Statutory context*

[47] Before turning to the analysis, it is useful to say a few words about the tax treatment of partnerships, the distinction between capital property and depreciable capital property and the context in which subsection 100(1) was enacted in 1972.

[48] Partnerships have a hybrid status under the Act. Although partnership income is allocated to the partners, it is computed “as if the partnership were a separate person” (paragraph 96(1)(a)). Because partnerships are distinct from the partners at the income computation stage—Division B—computation of income—they, much like corporations, can hold assets, in which case the interest of the partners in those assets is reflected by their partnership interests. Partnership interests are distinct from the underlying property held by the partnership and can be subject to a different treatment under the Act.

[49] Depreciable property is by definition “capital property” (section 54) and the disposition of capital property for proceeds which exceed its ACB—essentially the capital cost in the case of depreciable capital property—gives rise to a capital gain, 50 percent of which is taxable. To this extent, the tax treatment of depreciable and non-depreciable capital property is identical.

modifications subséquentes modifient ou confirment l'état antérieur du droit (voir les paragraphes 45(2) et (3) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21). Récemment, dans l'arrêt *Univar Holdco Canada ULC c. Canada*, 2017 CAF 207, aux paragraphes 23 à 27, notre Cour illustre que, dans le contexte de la RGAÉ, les dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal doivent d'abord être interprétées individuellement. Ce n'est qu'à la suite de cette analyse qu'il sera possible de décider si une modification subséquentes portant sur le même sujet confirme ou modifie l'état antérieur du droit.

- *Le contexte législatif*

[47] Avant de procéder à l'analyse, il est utile d'aborder brièvement le traitement fiscal des sociétés de personnes, la distinction entre les immobilisations et les immobilisations amortissables et le contexte ayant présidé à l'adoption du paragraphe 100(1) en 1972.

[48] La Loi donne à des sociétés de personnes une conception binaire. Bien que le revenu d'une société de personnes soit attribué aux associés, il est calculé « comme si la société de personnes était une personne distincte » (alinéa 96(1)a)). Puisque la société de personnes est distincte des associés à l'étape du calcul du revenu (section B — Calcul du revenu), elle peut, comme une société, détenir des actifs, et le droit des associés sur ces actifs correspond à leur participation dans la société de personnes. La participation dans une société de personnes est distincte des biens détenus par la société de personnes et peut être assujettie à un traitement différent sous le régime de la Loi.

[49] Les biens amortissables sont, par définition, des immobilisations — alinéa a) de la définition d'« immobilisations » à l'article 54 — et la disposition d'une immobilisation pour un produit supérieur à son PBR — essentiellement le coût en capital dans le cas d'une immobilisation amortissable — donne lieu à un gain en capital, dont la moitié est imposable. À cet égard, le traitement fiscal des immobilisations amortissables et des immobilisations non amortissables est identique.

[50] However, only capital property that comes within the definition of “depreciable property” in subsection 13(21)—essentially capital property that is used in the income-making process and with respect to which capital cost allowance (CCA) may be claimed—can give rise to recapture. In simplified terms, CCA allows for a 100 percent deduction of the annual rate of depreciation authorized by regulation and recapture essentially brings back into income the excess CCA claimed, as revealed by the difference between the selling price of a depreciable property and its UCC as it stood when sold. In contrast with a capital gain derived from the disposition of depreciable property, recapture gives rise to a 100 percent inclusion given that it recaptures a 100 percent deduction (for a more detailed explanation of the workings of the capital cost allowance system see *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. v. Canada (C.A.)*, 2002 FCA 291, [2003] 2 F.C.R. 25 (*Water’s Edge*), at paragraphs 37–41).

[51] Subsection 100(1) was enacted at the time when the capital gains system was introduced in 1972. The concern which it addresses is the sale of partnership interests to tax-exempt entities in circumstances where the underlying assets comprise property, the disposition of which can give rise to a 100 percent rate of inclusion—i.e.: depreciable capital property, resource property and other types of property that are subject to a 100 percent rate of inclusion. A partnership interest, being capital property, will be subject to capital gain treatment when sold—unless held on a trading account—and the purchaser will eventually be subject to tax on any latent recapture in the underlying depreciable property when it is disposed of.

[52] However, where the purchaser of the partnership interest is a non-taxable entity, the recapture of excessive depreciation will never take place. Subsection 100(1) prevents this potential revenue loss by making the disposing partners liable for tax on 100 percent of any portion of the gain resulting from the sale of their partnership interests which can be attributed to depreciable

[50] Cependant, seules les immobilisations visées par la définition de « bien amortissable » prévue au paragraphe 13(21) — essentiellement les immobilisations qui sont utilisées en vue de tirer un revenu et à l’égard desquelles il est possible de réclamer une allocation du coût en capital (ACC) — peuvent donner lieu à une récupération. En termes simples, la l’ACC permet de déduire la totalité de l’amortissement selon le taux annuel que le règlement autorise, et la récupération donne lieu à l’inclusion dans le revenu de l’excédent de l’ACC réclamé tel qu’il est établi par la différence entre le prix de vente d’un bien amortissable et la FNACC au moment de la vente. Contrairement au gain en capital découlant de la disposition d’un bien amortissable, 100 p. 100 de la récupération doit être incluse dans le revenu puisqu’elle récupère un amortissement déduit à 100 p. 100. (Pour une explication plus détaillée des rouages du système de l’ACC, voir *Water’s Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada (C.A.)*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25 (*Water’s Edge*), aux paragraphes 37 à 41).

[51] Le paragraphe 100(1) a été adopté au moment où le régime des gains en capital a été instauré, en 1972. Cette disposition vise à répondre aux préoccupations relatives à la vente d’une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d’impôt, dans des circonstances où les actifs sous-jacents comprennent des biens dont la disposition peut donner lieu à une inclusion à 100 p. 100, p. ex. des immobilisations amortissables, des avoirs miniers et d’autres autres types de biens assujettis à un taux d’inclusion de 100 p. 100. La participation dans une société de personnes, qui est une immobilisation, est assujettie au régime des gains en capital au moment de sa vente — sauf si elle est détenue pour négociation — et l’acheteur sera imposé sur la récupération latente, le cas échéant, relative au bien amortissable au moment de la disposition du bien.

[52] Or, si l’acheteur de la participation dans la société de personnes est une entité exonérée d’impôt, il n’y aura jamais récupération de l’excédent de l’amortissement. Le paragraphe 100(1) permet d’éviter cette perte de revenus fiscaux en prévoyant que l’associé qui dispose d’une participation dans une société de personnes est tenu de payer de l’impôt sur 100 p. 100 de

capital property held by the partnership based on its pro-rated value.

[53] I now turn to the object, spirit and purpose analysis of the provisions that were used in order to avoid the application of subsection 100(1).

- *Subsection 97(2)*

[54] In implementing the first step of the series, Old Oxford used the subsection 97(2) rollover on the transfer of the real estate properties to the first tier partnerships. Subsection 97(2) was also used when these properties were later transferred to the second tier partnerships.

[55] Subsection 97(2) allows for the transfer of property—including non-depreciable capital property, depreciable capital property and inventory—to a partnership on a tax-deferred basis subject to a joint election being filed by the partners. In this case, where the ACB was elected with respect to the land portion of the property—i.e.: the non-depreciable capital property—and the UCC was elected with respect to the buildings erected thereon—i.e.: the depreciable capital property—the accrued capital gain and the recapture which would otherwise have resulted from the transfer by virtue of subsection 97(1) were deferred. This last provision provides that the partners, upon contributing property to a partnership, are deemed to receive proceeds equal to the fair market value of the transferred property.

[56] Rollovers, including the one provided for in subsection 97(2), defer the tax consequences of transfers which take place amongst selected groups such as shareholders and their corporations (subsection 85(1)) and partners and their partnerships (subsection 97(2)), the premise being that no tax consequences should be recognized given that there is no fundamental change in ownership—i.e.: rather than holding the transferred property, the transferor holds a partnership interest or shares

la partie du gain provenant de la vente de sa participation dans une société de personnes qui peut être attribuée aux immobilisations amortissables détenues par la société de personnes, au pro rata de la valeur de ces immobilisations.

[53] Je passe maintenant à l'analyse de l'objet et de l'esprit des dispositions qui ont été invoquées pour contourner l'application du paragraphe 100(1).

- *Paragraphe 97(2)*

[54] Pour mettre en œuvre la première étape de la série d'opérations, la prédécesseure d'Oxford a eu recours au roulement prévu au paragraphe 97(2) lors du transfert des biens immobiliers aux sociétés de personnes de premier palier. Le paragraphe 97(2) a également été invoqué lorsque ces biens ont été transférés plus tard aux sociétés de personnes de second palier.

[55] Le paragraphe 97(2) permet le transfert de biens — y compris des immobilisations non amortissables, des immobilisations amortissables et des biens à porter à l'inventaire — à une société de personnes, avec report d'impôt, si les associés en font conjointement le choix. En l'espèce, puisque le PBR a été choisi relativement aux terrains — c.-à-d. les immobilisations non amortissables — et que la FNACC a été choisie relativement aux immeubles érigés sur les terrains — c.-à-d. les immobilisations amortissables — le gain en capital accumulé et la récupération qui auraient autrement découlé du transfert aux termes du paragraphe 97(1) ont été reportés. Cette dernière disposition prévoit que les associés qui font un apport de biens dans une société de personnes sont réputés avoir reçu un produit égal à la juste valeur marchande du bien transféré.

[56] Ces roulements, y compris celui visé au paragraphe 97(2), reportent les conséquences fiscales des transferts entre certains groupes, comme les actionnaires et les sociétés (paragraphe 85(1)) et les associés et les sociétés de personnes (paragraphe 97(2)). La prémisse est qu'il ne devrait y avoir aucune conséquence fiscale, étant donné qu'il n'y a pas de changement fondamental sur le plan de la propriété — c.-à-d. que, au lieu de détenir le bien transféré, l'auteur du

having the same value (Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9th ed. (Toronto: Thomson/Carswell, 2006), at page 1112).

[57] The logic behind rollovers as revealed by the mechanism used to give effect to them—i.e.: the fact that a transferor’s deemed proceeds become the transferee’s deemed cost—ACB or UCC as the case may be—makes it clear that any tax thereby deferred will be paid on a subsequent disposition giving rise to a change in the transferor’s economic position. As was said in direct reference to subsection 97(2): “[t]ax is not avoided; it is deferred” (*Continental Bank of Canada et al. v. the Queen* (1994), 94 D.T.C. 1858, at page 1872 (T.C.C.), affd (1996), 96 D.T.C. 6355 (F.C.A.)). This flows from both the wording and the object, spirit and purpose of subsection 97(2).

[58] Indeed, subsection 97(4) ensures this result in express terms with respect to recapture by providing that where depreciable property is transferred to a partnership for proceeds which exceed the transferor’s capital cost, this cost becomes the partnership capital cost and the difference is deemed to have been taken as CCA by the partnership.

[59] Against this background, it must be acknowledged that the object, spirit and purpose of subsections 97(2) and 97(4) is to track the tax attributes of depreciable property in order to ensure that deferred recapture and gains are subsequently taxed.

[60] The respondent argues that this treatment does not apply to all situations where a tax-exempt entity is involved. It points to the fact that a tax-exempt entity is permitted to be a member of a partnership. As such, a partnership could sell property that was rolled into it at its tax cost pursuant to subsection 97(2) with the result that any excess recapture shown to have been claimed on the subsequent sale of the property

transfert détient une participation dans la société de personnes ou des actions de même valeur (Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 9^e éd. (Toronto : Thomson/Carswell, 2006), à la page 1112).

[57] Le raisonnement qui sous-tend les roulements, comme le révèle le mécanisme utilisé pour leur donner effet — c.-à-d. le fait que le produit de disposition réputé de l’auteur du transfert devient le coût réputé du destinataire du transfert (le PBR ou la FNACC, selon le cas) —, établit clairement que l’impôt ainsi reporté sera payé lors de la disposition ultérieure donnant lieu à un changement dans la situation économique de l’auteur du transfert. Ainsi qu’il a été déclaré dans un passage où l’on fait directement référence au paragraphe 97(2) : « L’impôt n’est pas évité, mais différé » (*Banque Continentale du Canada c. Canada*, [1994] A.C.I. n° 585 (QL) [au paragraphe 95], conf. par [1996] A.C.F. n° 765 (QL) (C.A.)). Ce constat découle tant du libellé du paragraphe 97(2) que de son objet et de son esprit.

[58] En effet, le paragraphe 97(4) permet expressément de parvenir à ce résultat relativement à la récupération en prévoyant que, lorsque des biens amortissables sont transférés à une société de personnes pour un produit supérieur au coût en capital entre les mains de l’auteur du transfert, ce coût devient celui de la société de personnes, et la différence est réputée avoir été prise comme amortissement par cette dernière.

[59] Dans ce contexte, force est de reconnaître que l’objet et l’esprit des paragraphes 97(2) et 97(4) consistent à assurer le suivi des attributs fiscaux des biens amortissables afin de veiller à ce que la récupération et les gains reportés soient imposés ultérieurement.

[60] L’intimée fait valoir que ce traitement ne s’applique pas dans toutes les situations où intervient une entité exonérée d’impôt. Elle souligne le fait qu’une entité exonérée d’impôt peut être une associée d’une société de personnes. Ainsi, la société de personnes pourrait vendre un bien qui lui a été transféré à son coût fiscal par suite d’un roulement aux termes du paragraphe 97(2), de sorte que la récupération de l’excédent

would go untaxed to the extent that it is allocated to the tax-exempt partner.

[61] That is so. Parliament has not provided for every situation where the interposition of a tax-exempt entity can give rise to revenue losses but it can be seen, when regard is had to subsection 100(1), that when partnership interests are sold to exempt entities, latent recapture was not intended to go untaxed. This treatment is consistent with the object, spirit and purpose of subsection 97(2).

[62] The Tax Court Judge did not construe subsection 97(2) this way. He focussed his attention on the three-year holding period set out in subsection 69(11) of the Act, and concluded that subsection 97(2) is not frustrated when deferred recapture goes untaxed, so long as this holding period is met.

[63] All are agreed that subsection 69(11) can have no application in this case because even if it were otherwise applicable, the three-year holding period was respected. This provision, specifically paragraph 69(11)(b), envisages an initial disposition of property for an amount below its fair market value in circumstances where planning steps have been taken in order to allow the taxpayer to “benefit” (“*profiter*” in the French text) from a tax exemption available to any person on “any income arising on a subsequent disposition” of the property. Where this can be shown, the provision deems the initial disposition to have taken place at fair market value. However, subsection 69(11) ceases to apply if the property originally transferred is kept by the transferee for a minimum period of three years and no arrangements can be shown to have been made for a subsequent distribution within this period.

[64] The Tax Court Judge’s reasoning for holding that this three-year limitation is part of the object, spirit and purpose of subsection 97(2) is as follows (reasons, paragraph 193):

de l’amortissement déduit ne serait pas imposée au moment de la vente ultérieure du bien dans la mesure où elle est attribuée à l’associé non assujéti à l’impôt.

[61] C’est vrai. Le législateur n’a pas prévu toutes les situations où l’interposition d’une entité exonérée d’impôt peut entraîner une perte de revenus. Par contre, compte tenu du paragraphe 100(1), on voit que la récupération latente découlant de la vente d’une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d’impôt n’était pas censée être non imposable. Ce traitement est conforme à l’objet et à l’esprit du paragraphe 97(2).

[62] Le juge de la Cour de l’impôt n’a pas interprété le paragraphe 97(2) de cette façon. Il a mis l’accent sur la période de détention de trois ans prévue au paragraphe 69(11) de la Loi et conclu que le paragraphe 97(2) n’est pas contrecarré lorsque la récupération reportée n’est pas imposée, pour autant que la période de détention soit respectée.

[63] Tous s’entendent pour dire que le paragraphe 69(11) ne saurait s’appliquer en l’espèce, parce que, même s’il était par ailleurs applicable, la période de détention de trois ans a été respectée. Cette disposition, plus particulièrement l’alinéa 69(11)(b), vise la première disposition d’un bien pour une somme inférieure à sa juste valeur marchande lorsque des mesures de planification ont été prises pour permettre au contribuable de « profiter » d’une exemption offerte à une personne de l’impôt payable « sur un revenu découlant d’une disposition ultérieure » du bien. Lorsque ces circonstances peuvent être établies, le bien est réputé avoir fait l’objet d’une première disposition à la juste valeur marchande. Cependant, le paragraphe 69(11) cesse de s’appliquer lorsque le bien ainsi transféré est détenu par le destinataire du transfert pendant une période d’au moins trois ans et qu’il peut être établi qu’aucun arrangement en vue de sa disposition ultérieure n’a été pris avant l’écoulement de cette période.

[64] Voici le raisonnement adopté par le juge de la Cour de l’impôt pour conclure que cette période de détention de trois ans fait aussi partie de l’objet et de l’esprit du paragraphe 97(2) (motifs, paragraphe 193) :

I agree with counsel for the [respondent] that Parliament is presumed to know the law and to take the law into account when making amendments. Parliament was aware of the three-year limitation at the time it extended the application of subsection 69(11) to tax-exempt entities. Thus, when it amended subsection 69(11) it made the positive decision to limit the application of subsection 69(11) to transfers to tax-exempt entities that occur within the three-year period. In my view, it is reasonable to conclude that Parliament was of the view that transfers after this three-year period did not abuse subsection 97(2). Such a conclusion must be drawn in order to, in the words of the Supreme Court of Canada, preserve some “certainty, predictability and fairness in tax law so that taxpayers may manage their affairs accordingly.” [*Canada Trustco*, paragraph 61; footnote omitted.]

[65] I first note that subsection 69(11) is found in subdivision F, “Rules Relating to Computation of Income” whereas subsection 97(2) is found in subdivision J which deals with “Partnerships and their Members”. This shows that the application of subsection 69(11) is not restricted to partnerships. It therefore cannot be said that subsection 69(11) was introduced in order to target subsection 97(2) rollovers (reasons, paragraph 189). It has a much broader application. Although it could apply to a series of transactions initiated by a subsection 97(2) rollover, subsection 69(11) applies to any series where the initial disposition takes place below fair market value, whether a rollover under subsection 97(2) or any other provision is involved or not. As such, there is no “plausible and coherent plan” which could justify reading the three-year time limitation set out in subsection 69(11) into subsection 97(2) (*Copthorne*, at paragraph 91).

[66] I note as well that it is not unusual for Parliament to place a time limit on anti-avoidance provisions whose application depends on a transaction which may take place sometime in the future (compare paragraph 6204(1)(b) of the *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 as construed by this Court in *Montminy v. Canada*, 2017 FCA 156, 35 C.C.P.B. (2d) 167, at

Je suis d’accord avec les avocats de l’appelante pour dire que le législateur est censé connaître la loi et en tenir compte lorsqu’il apporte des modifications. Le législateur était au courant du délai de trois ans lorsqu’il a étendu l’application du paragraphe 69(11) aux entités exonérées d’impôt. Ainsi, lorsqu’il a modifié le paragraphe 69(11), il a pris la décision positive de limiter l’application du paragraphe 69(11) aux transferts aux entités exonérées qui se produisent dans le délai de trois ans. À mon avis, il est raisonnable de conclure que le législateur était d’avis que les transferts après cette période de trois ans ne constituaient pas un abus du paragraphe 97(2). Une telle conclusion doit être tirée, selon les termes de la Cour suprême du Canada, pour maintenir « la certitude, la prévisibilité et l’équité en droit fiscal afin que les contribuables puissent organiser leurs affaires en conséquence » [*Trustco*, par. 61; note en bas de page omise.]

[65] Je fais d’abord remarquer que le paragraphe 69(11) se trouve à la sous-section F, « Règles relatives au calcul du revenu », alors que le paragraphe 97(2) se trouve à la sous-section J, « Les sociétés de personnes et leurs associés ». Ce fait démontre que l’application du paragraphe 69(11) n’est pas limitée aux sociétés de personnes. On ne saurait donc affirmer que le paragraphe 69(11) visait au départ l’utilisation de roulements prévus par le paragraphe 97(2) (motifs, paragraphe 189). Son application est beaucoup plus large. Bien qu’il puisse s’appliquer à une série d’opérations amorcée par un roulement aux termes du paragraphe 97(2), le paragraphe 69(11) s’applique à toute série d’opérations amorcée par une disposition pour un produit inférieur à la juste valeur marchande, peu importe s’il y a eu un roulement aux termes du paragraphe 97(2) ou de toute autre disposition. Ainsi, il n’existe aucun « plan plausible et cohérent » qui justifierait d’interpréter le paragraphe 97(2) comme s’il comportait la limite de trois ans prévue au paragraphe 69(11) (*Copthorne*, au paragraphe 91).

[66] Je fais également remarquer qu’il n’est pas rare que le législateur assortisse d’une limite temporelle les dispositions anti-évitement dont l’application repose sur une opération qui pourrait être effectuée à l’avenir (comparer l’alinéa 6204(1)(b) du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, tel qu’il a été interprété par la Cour dans l’arrêt *Montminy c. Canada*, 2017

paragraph 59; see also the holding period set out in section 54 relating to superficial losses). The obvious intent is to put a cap on the paralysing effect brought about by this type of provision which would otherwise be perpetual. This provides certainty and finality. No such concern arises with respect to subsection 97(2) or any of the other provisions in issue in this appeal as none are subject to a condition subsequent for their application.

[67] Beyond this, I could follow the connection which the Tax Court Judge saw between the present situation and the one contemplated by paragraph 69(11)(b) if the tax benefit in issue here had been obtained by reason of the tax-exempt status of the purchasers. However, there is no evidence to this effect. The reason why Oxford achieved the tax benefit that it did is because it rolled over the three real estate properties into partnerships, made a clever use of the bumps and successfully avoided the application of subsection 100(1). If anything, the tax benefit was obtained despite the exempt status of the purchaser, not because of it.

[68] There is therefore no basis for the Tax Court Judge's conclusion that "certainty, predictability and fairness in tax law" [reasons, paragraph 193] require that the three-year limitation found in subsection 69(11) be applied to subsection 97(2).

[69] The following passage could be read as advancing further and independent grounds for holding that subsection 97(2) was not frustrated by the result achieved in this case (reasons, paragraphs 186, 187, 188):

I agree with the [Crown] that another purpose of subsection 97(2) is to preserve in the partnership the tax attributes of the Three Real Estate Properties, including their adjusted cost base and potential recapture. This is why the rollover is commonly referred to as a deferral of tax. However, the object of the provision is to only determine the amount of tax payable on the accrued gains when the First Level LP and Second Level LP subsequently sell the transferred asset. The amount of such tax is based upon the attributes, including the adjusted cost base, of the property at the time of such sale.

CAF 156, au paragraphe 59; voir aussi la période de détention prévue à l'article 54 dans le contexte d'une perte apparente). L'intention manifeste est de limiter la durée des effets paralysants de ce type de disposition, effets qui seraient autrement perpétuels. Il y a ainsi certitude et finalité. Le paragraphe 97(2) et les autres dispositions en litige dans le présent appel ne soulèvent pas ce genre de préoccupation, car leur application n'est pas assujettie à une condition suspensive.

[67] En outre, je pourrais comprendre le lien que le juge de la Cour de l'impôt a fait entre la situation en l'espèce et la situation visée par l'alinéa 69(11)b) si l'avantage fiscal avait été obtenu en raison du statut d'exonération des acheteurs. Or, il n'y a aucune preuve à cet égard. Oxford a obtenu un avantage fiscal, parce qu'elle a transféré suite à un roulement trois biens immobiliers à des sociétés de personnes, fait un usage judicieux des majorations et réussi à éviter l'application du paragraphe 100(1). En réalité, l'avantage fiscal a été obtenu en dépit du statut d'exonération des acheteurs, et non en raison de celui-ci.

[68] La conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle « la certitude, la prévisibilité et l'équité en droit fiscal » [motifs, paragraphe 193] exigent que la limite de trois ans prévue au paragraphe 69(11) soit appliquée au paragraphe 97(2) n'est donc pas justifiée.

[69] L'extrait suivant pourrait être interprété comme l'énoncé d'autres motifs indépendants permettant de conclure que le résultat obtenu en l'espèce n'a pas contrecarré le paragraphe 97(2) (motifs, paragraphes 186, 187 et 188) :

Je conviens avec [la Couronne] que le paragraphe 97(2) vise également à préserver dans la société de personnes les attributs fiscaux des trois biens immobiliers, y compris leur prix de base rajusté et leur récupération éventuelle. C'est la raison pour laquelle le [roulement] est communément appelé report d'impôt. Toutefois, la disposition vise uniquement à déterminer le montant de l'impôt à payer sur les gains accumulés lorsque les sociétés en commandite de premier palier et les sociétés en commandite de second palier vendent ultérieurement l'actif transféré. Le montant de cet impôt se fonde sur les attributs, y compris le prix de base rajusté, du bien au moment de cette vente.

In my view, on a textual, contextual and purposive analysis of subsection 97(2) it is not the purpose of subsection 97(2) to tax the partners, when they dispose of their partnership interest, on the potential recapture or capital gain relating to the property of the partnerships, including the Three Real Estate Properties. The Act treats the sale of the partnership interest as a sale of non-depreciable property. The partnership's assets are taxed at the partnership level on the basis of their attributes at the time of the sale.

In short, it is not one of the purposes of subsection 97(2) to tax the subsequent sale of an interest in a partnership on the basis of the nature of the property held by the partnership.

[70] The question being discussed in this passage is whether subsection 97(2)'s reason for being or underlying rationale was frustrated. As the Tax Court Judge recognizes in the initial paragraph, the rollovers placed the real estate properties into the first and then the second tier partnerships on a tax-deferred basis in circumstances where the tax attributes of these properties had been preserved. The question which he had to answer is whether the fact that these deferred gains and recapture will never be taxed frustrates subsection 97(2).

[71] Rather than confronting this question, the Tax Court Judge asked another one—i.e.: whether “it is ... one of the purposes of subsection 97(2) to tax the subsequent sale of an interest in a partnership on the basis of the nature of the property held by the partnership” (reasons, paragraph 188).

[72] I first note that subsection 97(2) defers tax; it does not purport to tax anyone. Furthermore, the question whether deferred gains and recapture should be taxed in the hands of the partners when they sell their partnership interests to the exempt entities turns on the object, spirit and purpose of subsection 100(1), not subsection 97(2).

À mon avis, il ressort d'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique du paragraphe 97(2) que ce dernier ne vise pas à assujettir les associés, lorsqu'ils disposent de leur participation dans une société de personnes, à l'impôt sur la récupération éventuelle ou le gain en capital relativement aux biens des sociétés de personnes, y compris les trois biens immobiliers. La Loi traite la vente de la participation dans une société de personnes comme une vente de biens non amortissables. Les éléments d'actif de la société de personnes sont imposés au niveau de la société de personnes sur la base de leurs attributs au moment de la vente.

En résumé, le paragraphe 97(2) n'a pas pour objet d'imposer la vente subséquente d'une participation dans une société de personnes en fonction de la nature des biens qu'elle détient.

[70] La question analysée dans cet extrait est celle de savoir si la raison d'être du paragraphe 97(2) a été contrecarrée. Comme le juge de la Cour de l'impôt l'a reconnu dans le premier paragraphe, les roulements ont permis de transférer les biens immobiliers aux sociétés de premier palier, puis aux sociétés de deuxième palier, sur la base d'un report d'impôt, tout en préservant les attributs fiscaux de ces biens. La question à laquelle le juge de la Cour de l'impôt devait répondre consistait à savoir si le fait que les gains et la récupération reportés ne seraient jamais imposés contrecarrait le paragraphe 97(2).

[71] Plutôt que de répondre à la question, le juge de la Cour de l'impôt en a posé une autre — c.-à-d. la question de savoir si « le paragraphe 97(2)[a] pour objet d'imposer la vente subséquente d'une participation dans une société de personnes en fonction de la nature des biens qu'elle détient » (motifs, paragraphe 188).

[72] Je souligne tout d'abord que le paragraphe 97(2) vise à reporter l'impôt; il ne vise pas à imposer qui que ce soit. De plus, la question de savoir si les associés devraient payer de l'impôt sur les gains et la récupération reportés, au moment de la vente de leur participation dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt, dépend de l'objet et de l'esprit du paragraphe 100(1) et non du paragraphe 97(2).

[73] The question which the Tax Court Judge had to address at this stage of the analysis is whether the fact that deferred gains and recapture will never be taxed frustrates the object, spirit and purpose of subsection 97(2). Given that the only reason why Parliament would preserve the tax attributes of property that is rolled into a partnership is to allow for the eventual taxation of the deferred gains and latent recapture, the answer must be in the affirmative.

- *Paragraphs 88(1)(c), 88(1)(d) and 98(3)(b)*

[74] The two bumps were essential in allowing the respondent to circumvent the application of subsection 100(1). Beyond deferring the accrued gains and latent recapture, Oxford also had to bring up the ACB of its partnership interests up to an amount approximating their fair market value in order to achieve this goal.

[75] The transactions which allowed for the bumps are complex, but for present purposes it is sufficient to remember that after the properties were rolled into the first tier partnerships, the rules pertaining to vertical amalgamations were brought into play thereby allowing the amalgamated entity to bump the ACB of its interests in the first tier partnerships pursuant to paragraph 88(1)(d).

[76] In a vertical amalgamation, paragraph 88(1)(a) deems the parent corporation to have acquired the property of its subsidiary at the subsidiary's tax cost. Prior to the windup, however, it is possible that the parent's tax cost of the shares in its subsidiary (the ACB of the shares) will exceed the tax cost of the subsidiary's underlying property. Upon a vertical amalgamation, these shares will disappear. Without further adjustment, the tax cost in those shares would also disappear, thereby giving rise to potential double taxation in the event that the underlying property is subsequently sold. This is because the deemed cost of the underlying property in the hands of the parent, being equal to the subsidiary's

[73] La question à laquelle le juge de la Cour de l'impôt devait répondre à cette étape de l'analyse était la suivante : le fait que les gains et la récupération reportés ne seront jamais imposés contrecarre-t-il l'objet et l'esprit du paragraphe 97(2)? Étant donné que la seule raison pour laquelle le législateur souhaiterait préserver les attributs fiscaux des biens transférés à une société de personnes par suite d'un roulement est de pouvoir imposer ultérieurement les gains reportés et la récupération latente, la réponse à cette question doit être affirmative.

- *Les alinéas 88(1)c, 88(1)d et 98(3)b*

[74] Les deux majorations étaient essentielles pour permettre à l'intimée de contourner l'application du paragraphe 100(1). Pour atteindre cet objectif, Oxford devait non seulement reporter les gains accumulés et la récupération latente, mais aussi majorer le PBR de ses participations dans les sociétés de personnes jusqu'à un montant approximativement égal à leur juste valeur marchande.

[75] Les opérations par lesquelles les majorations ont été effectuées sont complexes. Pour les besoins de l'espèce, il suffit de se rappeler que les règles relatives aux fusions verticales ont été appliquées après le roulement des biens aux sociétés de personnes de premier palier, ce qui a permis à l'entité fusionnée de majorer le PBR de sa participation dans les sociétés de premier palier aux termes de l'alinéa 88(1)d.

[76] Selon l'alinéa 88(1)a), lors d'une fusion verticale, la société mère est réputée avoir acquis les biens de sa filiale au coût aux fins de l'impôt pour la filiale. Toutefois, avant la liquidation, il se peut que le coût aux fins de l'impôt, pour la société mère, des actions dans sa filiale (le PBR des actions) soit supérieur au coût aux fins de l'impôt des biens sous-jacents de la filiale. Au moment de la fusion verticale, ces actions disparaîtront. En l'absence de rajustement, le coût aux fins de l'impôt de ces actions disparaîtrait lui aussi, ce qui pourrait donner lieu à une double imposition si les biens sous-jacents étaient vendus ultérieurement. Cette situation pourrait survenir, parce que le coût réputé des biens

tax cost, would not reflect any appreciation in value up to the time of the wind-up.

[77] The bump provided for in paragraphs 88(1)(c) and (d) rectifies this situation by first calculating the difference between the ACB of the parent's shares and the tax cost of the subsidiary's property. This amount is then allowed to be added to the tax cost of the non-depreciable capital property which the parent inherited from its subsidiary. In other words, the tax cost of this property is bumped. The bump essentially allows any ACB that would otherwise be lost on a vertical amalgamation to be preserved and transferred to different property that is taxed the same way.

[78] Subparagraph 88(1)(c)(iii) prohibits the parent from bumping the cost of "ineligible property" which includes depreciable property. The issue the bump seeks to address is the disappearance of the shares and the tax cost (the share's ACB) embedded therein. Preserving and transferring ACB that would otherwise be lost to an asset that is taxed with the same rate of inclusion is the way in which this is accommodated. Allowing property that is taxed on the basis of a 50 percent rate of inclusion to augment the value of property that is taxed on the basis of a 100 percent rate of inclusion would result in an obvious revenue loss. That explains why depreciable property or other types of property that give rise to a 100 percent rate of inclusion cannot be bumped.

[79] Subsection 98(3) operates essentially the same way. It applies in the context of the dissolution of partnerships and seeks to preserve the tax basis in partnership interests rather than shares. The rationale is the same as that under paragraph 88(1)(d). Subparagraph 98(3)(b)(ii) and paragraph 98(3)(c) also exclude "ineligible property", including depreciable property for the same reasons as those already explained. As well, both subparagraph 88(1)(a)(iii) and paragraph 98(3)(e) deem the parent corporations or the partners to have acquired the inherited property at the subsidiary's or the dissolving

sous-jacents dans les mains de la société mère, soit le coût aux fins de l'impôt pour la filiale, ne refléterait aucune augmentation de valeur jusqu'au moment de la liquidation.

[77] La majoration prévue aux alinéas 88(1)c) et d) permet de corriger cette situation. Il faut d'abord calculer la différence entre le PBR des actions de la société mère et le coût aux fins de l'impôt des biens de la filiale. Le résultat obtenu peut ensuite être ajouté au coût aux fins de l'impôt des immobilisations non amortissables dont la société mère a hérité de sa filiale. Autrement dit, le coût aux fins de l'impôt de ces immobilisations est majoré. La majoration permet essentiellement de préserver le PBR qui disparaîtrait autrement au moment de la fusion verticale et de le transférer à d'autres biens qui sont imposés de la même manière.

[78] Le sous-alinéa 88(1)c)(iii) interdit à la société mère de majorer le coût des « bien[s] non admissible[s] », qui incluent les biens amortissables. Le problème que la majoration vise à régler est celui de la disparition des actions et de leur coût aux fins de l'impôt (le PBR des actions), ce qu'on parvient à faire en préservant le PBR qui disparaîtrait autrement et en le transférant à un actif qui est imposé en fonction du même taux d'inclusion. Le fait de permettre que des biens imposés en fonction d'un taux d'inclusion de 50 p. 100 augmentent la valeur des biens imposés en fonction d'un taux d'inclusion de 100 p. 100 entraînerait une perte de revenus fiscaux évidente. Voilà pourquoi les biens amortissables et les autres types de bien visés par un taux d'inclusion de 100 p. 100 ne peuvent pas être majorés.

[79] Le paragraphe 98(3) prévoit un mécanisme semblable. Il s'applique dans le contexte de la dissolution d'une société de personnes et vise à préserver le coût fiscal des participations dans la société de personnes au lieu des actions. Le raisonnement est le même que celui qui sous-tend l'alinéa 88(1)d). Le sous-alinéa 98(3)b)(ii) et l'alinéa 98(3)c) excluent eux aussi les « biens non admissibles », notamment les biens amortissables, pour les mêmes raisons que celles qui ont déjà été énoncées. En outre, le sous-alinéa 88(1)a)(iii) et l'alinéa 98(3)e) prévoient tous deux que la société mère ou les associés sont

partnership's UCC, which evidences an intent to maintain continuity in the application of the CCA scheme.

[80] Given the rationale of the bump provisions, one can see why depreciable property is excluded. A bump pertaining to depreciable property on which CCA has been claimed will increase the UCC and decrease the latent recapture which is subject to a 100 percent rate of inclusion. However, the same logic does not extend to a gain realized from the disposition of depreciable property, which, like any other capital gain, is subject to a 50 percent rate of inclusion. When regard is had to the underlying rationale for the bump provisions, a bump which can be shown to increase the capital cost rather than the UCC of depreciable property would not be objectionable. I will come back to this in assessing the overall result of the series of transactions.

[81] The Tax Court Judge understood the distinct treatment of depreciable and non-depreciable property and the reasons for it. It can be seen from his reasoning (reasons, paragraphs 143–146, 167, 168) that the bumps are available to increase the ACB of non-depreciable capital property in order to compensate for the loss of the tax basis in non-depreciable property—i.e.: the shares—in the context of a vertical amalgamation and the partnership interests in the context of a partnership dissolution. He explained that this eliminates the potential double taxation which would arise upon a subsequent sale of the assets. He also noted that another purpose of subsection 88(1) is to preserve the tax attributes of depreciable property and the “potential recapture” (reasons, paragraph 146).

[82] Had the Tax Court Judge stopped here and moved to the abuse analysis, he would have had to conclude that the object, spirit and purpose of the relevant provisions was frustrated because the bumps were used to effectively increase the UCC of depreciable property.

réputés avoir acquis les biens dont ils ont hérités pour la FNACC de la filiale ou de la société de personnes dissoute, ce qui témoigne d'une intention de continuité dans l'application du régime de l'ACC.

[80] Compte tenu de la raison d'être des dispositions relatives à la majoration, on comprend pourquoi les biens amortissables sont exclus. La majoration appliquée à un bien amortissable à l'égard duquel l'amortissement a déjà été réclamé augmentera la FNACC et réduira la récupération latente, qui est assujettie à un taux d'inclusion de 100 p. 100. Cependant, le même raisonnement ne s'applique pas aux gains réalisés lors de la disposition de biens amortissables, qui, comme tous les autres gains en capital, sont assujettis à un taux d'inclusion de 50 p. 100. Compte tenu de la raison d'être des dispositions relatives à la majoration, une majoration qui augmente le coût en capital plutôt que la FNACC de biens amortissables ne pose pas problème sur le plan de la politique fiscale. J'y reviendrai dans mon évaluation du résultat global de la série d'opérations.

[81] Le juge de la Cour de l'impôt a bien compris le traitement distinct qui est réservé aux biens amortissables et aux biens non amortissables et les raisons qui le justifient. Il ressort de son raisonnement (motifs, paragraphes 143 à 146, 167 et 168) que la majoration permet d'augmenter le PBR des immobilisations non amortissables pour compenser la disparition du coût fiscal des immobilisations non amortissables — c.-à-d. les actions — dans le contexte d'une fusion verticale et de la participation dans une société de personnes dans le contexte de la dissolution d'une société de personnes. Le juge de la Cour de l'impôt a expliqué que cette façon de faire élimine le risque de double imposition lors de la vente ultérieure des actifs. Il a aussi fait remarquer que le paragraphe 88(1) vise également à préserver les attributs fiscaux des biens amortissables et la « récupération éventuelle » (motifs, paragraphe 146).

[82] Si le juge de la Cour de l'impôt s'était arrêté là et était passé à l'analyse relative à l'abus, il n'aurait eu d'autre choix que de conclure que l'objet et l'esprit des dispositions en question avaient été contrecarrés, parce que les majorations ont été appliquées pour augmenter

As well, he would have had to conclude the tax attributes of the underlying depreciable property were “preserved” to no avail.

[83] However, this played no role in the conclusion which the Tax Court Judge reached. After noting that paragraph 88(1)(d) was amended in 2012 by the addition of subparagraph 88(1)(d)(ii.1) [as am. by S.C. 2012, c. 31, s. 18] (reasons, paragraph 147) and that this amendment is relevant when determining the object, spirit and purpose of the relevant provisions (reasons, paragraph 153), the Tax Court Judge went on to hold (reasons, paragraph 205):

I cannot find, on a textual, contextual and purposive analysis, that one of the objects or purposes of paragraphs 88(1)(c) and (d), subsection 98(3) ... is to establish an “indirect” bumping rule or, for that matter, a latent recapture rule that, as envisaged by the Respondent, applied when the partnership interests in the First Level LPs and Second Level LPs were bumped. Nor do I accept that one of the objects or purposes of paragraph 88(1)(c) and subsection 98(3), as they read during the relevant periods, was to reduce or deny the bump on the basis of the nature of the assets held by the partnerships. [My emphasis.]

[84] He added after pointing to the complexity of the bump rules and emphasizing Parliament’s extreme care in the choice of words to give effect to them (reasons, paragraph 206):

.... Section 88, as drafted at the time, did not require the Appellant to look at the nature of the assets of the First Level LPs to determine the amount by which it could bump its interest in the limited partnerships. [My emphasis.]

[85] The Tax Court Judge’s insistence on the relevant provisions “as they read” is explained by the contrast which he draws between the law as it stood when the series of transactions unfolded and the law as it stood after the addition of subparagraph 88(1)(d)(ii.1) and

indirectement la FNACC de biens amortissables. En outre, il aurait été obligé de conclure que les attributs fiscaux des biens amortissables sous-jacents avaient été « préservés » en vain.

[83] Or, le juge de la Cour de l’impôt n’en a pas tenu compte dans sa conclusion. Après avoir fait remarquer que l’alinéa 88(1)d avait été modifié en 2012 par l’ajout du sous-alinéa 88(1)d(ii.1) [mod. par L.C. 2012, ch. 31, art. 18] (motifs, paragraphe 147) et que cette modification était utile pour définir l’objet et l’esprit des dispositions en question (motifs, paragraphe 153), le juge de la Cour de l’impôt a conclu ce qui suit (motifs, paragraphe 205) :

Je ne peux pas conclure, à partir d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique, que l’un des objets ou objectifs des alinéas 88(1)c) et d), du paragraphe 98(3) [...] est d’établir une règle sur la majoration « indirecte » ou, d’ailleurs, une règle sur la récupération latente qui, telle qu’elle est envisagée par l’intimée, s’appliquait lorsque les participations dans les sociétés de commandite de premier palier et les sociétés de commandite de second palier ont été majorées. Je ne peux pas non plus accepter que l’un des objets ou objectifs de l’alinéa 88(1)c) et du paragraphe 98(3), tel qu’ils étaient libellés au cours des périodes visées, était de réduire ou de refuser la majoration compte tenu de la nature des éléments d’actif détenus par les sociétés de personnes. [Non souligné dans l’original.]

[84] Après avoir fait remarquer que les règles relatives à la majoration sont complexes et que le législateur a fait preuve de beaucoup de circonspection dans le choix des termes employés pour y donner effet, il a ajouté ce qui suit (motifs, paragraphe 206) :

[...] L’article 88, tel qu’il était rédigé à l’époque, n’exigeait pas de l’appelante qu’elle examine la nature des éléments d’actif des sociétés en commandite de premier palier pour déterminer le montant de la majoration de sa participation dans les sociétés en commandite. [Non souligné dans l’original.]

[85] L’insistance du juge de la Cour de l’impôt sur les articles pertinents « tels qu’ils étaient libellés » s’explique par la distinction qu’il établit entre la règle telle qu’elle existait au moment où la série d’opérations a été effectuée et la règle telle qu’elle existe depuis l’ajout du

related amendments in 2012 (reasons, paragraphs 210–212). He explained earlier on how this change operates and what it achieves (reasons, paragraphs 147–153). In his view, new subparagraph 88(1)(d)(ii.1) addresses the very issue which arises here but on a prospective basis only. This led the Tax Court Judge to conclude that (reasons, paragraph 210):

The legislative scheme that the [Crown] is looking for exists in the current version of section 88, in particular as a consequence of the addition of subparagraph 88(1)(d)(ii.1) in 2012. However, in my view, the amendment reflects the adoption of a new policy by Parliament.

To be clear, he added that “it is not a clarification of the old provisions” (reasons, paragraph 212).

[86] Whether an amendment clarifies the prior law or alters it turns on the construction of the prior law and the amendment itself. As explained, the *Interpretation Act* prevents any conclusion from being drawn as to the legal effect of a new enactment on the prior law on the sole basis that Parliament adopted it. Keeping this limitation in mind, the only way to assess the impact of a subsequent amendment on the prior law is to first determine the legal effect of the law as it stood beforehand and then determine whether the subsequent amendment alters it or clarifies it.

[87] The Tax Court Judge concluded that new subparagraph 88(1)(d)(ii.1) operates as new law by comparing it to subsection 88(1), as it read before the amendment. He explained that whereas subsection 88(1) provided that the bump is based “on the fair market value of each qualifying non-depreciable asset of the subsidiary, including the fair market value of a partnership interest held by the partner”, this ceased to be the case after the amendment, “which restricted the amount by which the partnership interest may be bumped to the amount of the fair market value of the partnership that is not attributable to depreciable property” (reasons, paragraph 211). In short, the amendment is novel because

sous-alinéa 88(1)d)(ii.1) et l’adoption des modifications connexes en 2012 (motifs, paragraphes 210 à 212). Plus haut dans ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt avait expliqué le fonctionnement des changements et les résultats obtenus (motifs, paragraphes 147 à 153). À son avis, le nouveau sous-alinéa 88(1)d)(ii.1) vise précisément la question qui est soulevée en l’espèce, mais seulement de façon prospective. Il a donc conclu ce qui suit (motifs, paragraphe 210) :

Le régime législatif que l’intimée recherche existe dans la version actuelle de l’article 88, notamment à la suite de l’ajout du sous-alinéa 88(1)d)(ii.1) en 2012. Cependant, à mon avis, la modification reflète l’adoption d’une nouvelle politique par le législateur.

Par souci de clarté, il a ajouté qu’il « ne s’agit pas d’une clarification des anciennes dispositions » (motifs, paragraphe 212).

[86] La question de savoir si une modification clarifie ou modifie l’état antérieur du droit dépend de l’interprétation de l’état antérieur du droit et de la modification. Comme il a été expliqué, la *Loi d’interprétation* empêche de tirer une conclusion au sujet de l’effet juridique d’un nouveau texte sur l’état antérieur du droit au seul motif que le législateur l’a adopté. Dans cette perspective, la seule façon d’évaluer les incidences d’une modification sur l’état du droit antérieur consiste à déterminer l’effet juridique de la loi telle qu’elle existait avant la modification, puis à déterminer si la modification modifie ou clarifie cet effet juridique.

[87] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que le nouveau sous-alinéa 88(1)d)(ii.1) était de droit nouveau en le comparant au paragraphe 88(1) tel qu’il était libellé avant la modification. Le juge de la Cour de l’impôt a expliqué que, avant la modification, le paragraphe 88(1) prévoyait que la majoration était fondée sur « la juste valeur marchande de chaque élément d’actif non amortissable de la filiale, y compris la juste valeur marchande d’une participation dans une société de personnes détenue par l’associé », ce qui n’était plus le cas après la modification, « restreignant [...] le montant dont la participation peut être majorée pour atteindre le montant de la juste valeur marchande de la société de

the limit now imposed with respect to depreciable property was not there before.

[88] The difficulty with this reasoning is that it is based on the wording of the former provisions rather than on their object, spirit and purpose. As was stated in *Copthorne*, the GAAR contemplates that the meaning and legal effect of the provisions of the Act can vary depending on whether they are construed according to a traditional, textual, contextual and purposive construction focused on the meaning of the words of the Act, or on the basis of an analysis focused on discerning their underlying rationale or reason for being (*Copthorne*, at paragraph 70). While one cannot rule out the possibility that the underlying rationale for a provision will be fully captured by the words, this must still be demonstrated by inquiring into the provision's reason for being (*Copthorne*, at paragraphs 110–111).

[89] There is no doubt that new subparagraph 88(1)(d)(ii.1) operates as new law if one construes the prior provisions with a focus on the words or the text as the Tax Court Judge did. By invoking the GAAR, the Minister conceded, and all are agreed that paragraphs 88(1)(c) and (d) and subsection 98(3) do not impose a limit that would prevent the bumps achieved here (compare *Copthorne*, at paragraph 109). As new subparagraph 88(1)(d)(ii.1) imposes such a limit prospectively, it will operate as new law whenever the Act requires that the former provisions be given a traditional construction focused on the meaning of the words—i.e.: in cases where the GAAR is not in play.

[90] However, the question whether new subparagraph 88(1)(d)(ii.1) operates as new law in a GAAR context must be assessed having regard to the meaning of the prior provisions, when construed with a focus on their underlying rationale or reason for being. In this respect, it can be seen from the Tax Court Judge's own analysis of the provisions as they stood before the amendment (reasons, paragraphs 142–146 and 164–168), that new subparagraph 88(1)(d)(ii.1)

personnes qui n'est pas attribuable à des biens amortissables » (motifs, paragraphe 211). Bref, la modification est de droit nouveau, car la limite qui est maintenant imposée à l'égard des biens amortissables n'existait pas auparavant.

[88] Le problème que pose ce raisonnement, c'est qu'il est fondé sur le libellé des dispositions antérieures plutôt que sur leur objet et leur esprit. Comme la Cour suprême l'affirme dans l'arrêt *Copthorne*, il ressort de la RGAÉ que le sens et l'effet juridique des dispositions de la Loi peuvent varier selon qu'on les interprète suivant la méthode classique, textuelle, contextuelle et téléologique axée sur le sens des mots employés dans la Loi ou en fonction d'une analyse axée sur la raison d'être des dispositions (*Copthorne*, paragraphe 70). Bien que l'on ne puisse écarter la possibilité que la raison d'être d'une disposition ressorte entièrement des mots, il faut tout de même le démontrer en examinant la raison d'être de la disposition (*Copthorne*, paragraphes 110 et 111).

[89] Il ne fait aucun doute que le nouveau sous-alinéa 88(1)d(ii.1) est de droit nouveau si l'on interprète les dispositions antérieures en fonction des mots, comme le juge de la Cour de l'impôt l'a fait. En invoquant la RGAÉ, le ministre a admis — et tous s'entendent pour le dire — que les alinéas 88(1)c) et d) et le paragraphe 98(3) n'imposent aucune limite qui empêcherait les majorations appliquées en l'espèce (comparer *Copthorne*, au paragraphe 109). Comme le nouveau sous-alinéa 88(1)d(ii.1) impose une telle limite de façon prospective, il est de droit nouveau lorsque la Loi exige que les anciennes dispositions soient interprétées de façon classique en fonction du sens des mots — c.-à-d. lorsque la RGAÉ n'entre pas en jeu.

[90] La question de savoir si le nouveau sous-alinéa 88(1)d(ii.1) est de droit nouveau dans le contexte de la RGAÉ doit cependant être examinée en tenant compte du sens des dispositions antérieures, interprétées en fonction de leur raison d'être. À cet égard, il ressort de l'analyse menée par le juge de la Cour de l'impôt à l'égard des dispositions telles qu'elles existaient avant la modification (motifs, paragraphes 142 à 146 et 164 à 168) que le nouveau

conveys in express terms a rationale which was already present in these provisions. Notably, these provisions already drew the distinction between depreciable and non-depreciable property and the only reason for making this distinction is to take into account the distinctive tax treatment afforded to each type of property under the Act in determining which is eligible for a bump and which is not. The use of tiered partnerships to bypass this distinctive treatment frustrates the reason for the distinction which these provisions already drew.

[91] When the prior law is construed with a focus on its object, spirit and purpose as it must be, the amendment does not operate as new law. Its practical effect is simply that the GAAR will no longer have to be resorted to in order to prevent the result achieved in this case (compare *Water's Edge*, at paragraph 47).

[92] I want to make clear that I reach this conclusion without placing any reliance on the Budget Supplementary Information document that was issued by the Department of Finance in conjunction with the enactment of subparagraph 88(1)(d)(ii.1) and related amendments in 2012. The Crown relies on the distinction drawn in this publication between remedial amendments and clarifying amendments and emphasizes the assertion that in this case the amendments “clarify” the prior law (memorandum of the appellant, paragraphs 84, 85; Economic Action Plan 2012 [Department of Finance Canada], pages 414–415; Joint Book of Authorities, Vol. 2, Tab 49).

[93] While publications of this type, including Explanatory Notes, are considered as permissible extrinsic aids (*Cophorne*, at paragraph 69, citing *Trustco*, at paragraph 55), I do not believe that this particular publication, which the Crown urges upon us, should be given any weight in this case. This is because, as acknowledged at page 415 of this publication, it was issued at a time when officials of the Department of Finance were aware that structures like the one here in issue were being challenged by the Minister. This

sous-alinéa 88(1)d)(ii.1) exprime en termes exprès une raison d’être qui existait déjà. Notamment, les dispositions antérieures établissaient déjà une distinction entre les biens amortissables et les biens non amortissables, et ce, dans l’unique but de tenir compte du traitement fiscal distinct réservé aux deux types de biens sous le régime de la Loi au moment de déterminer lesquels sont admissibles à la majoration et lesquels ne le sont pas. Le recours à des sociétés de personnes à paliers multiples pour contourner le traitement distinct de ces biens contrecarre la raison d’être de la distinction que ces dispositions établissaient déjà.

[91] Lorsque la loi antérieure est interprétée en fonction de son objet et de son esprit, comme il se doit, on ne peut conclure que la modification n’est pas de droit nouveau. L’effet pratique est simple : il ne sera plus nécessaire d’invoquer la RGAÉ pour éviter le résultat obtenu en l’espèce (comparer *Water's Edge*, au paragraphe 47).

[92] Je tiens à préciser que j’en suis arrivé à cette conclusion sans me fonder sur le document présentant des renseignements supplémentaires sur le budget publié par le ministère des Finances au moment de l’adoption du sous-alinéa 88(1)d)(ii.1) et des modifications connexes en 2012. La Couronne se fonde sur la distinction qui y est établie entre les modifications qui modifient le droit et celles qui apportent des clarifications, et elle insiste sur l’affirmation selon laquelle les modifications en l’espèce [TRADUCTION] « clarifient » l’état du droit antérieur (mémoire de l’appelante, paragraphes 84 et 85; Le plan d’action économique de 2012 [Ministère des Finances Canada], pages 474 à 476; Recueil conjoint de documents, vol. 2, onglet 49).

[93] Bien que les publications de ce genre, y compris les Notes explicatives, soient considérées comme des moyens extrinsèques admissibles (*Cophorne*, au paragraphe 69, citant l’arrêt *Trustco*, au paragraphe 55), je ne crois pas qu’il faille accorder à la publication invoquée par la Couronne quelque poids que ce soit dans le présent appel. En effet, comme il est indiqué à la page 474 du document en question, il a été publié à une époque où les fonctionnaires du ministère des Finances savaient que les structures comme celle qui est en

raises the obvious concern that the publication may be self-serving, particularly in a GAAR context, where the object, spirit and purpose of the pre-amendment law is the matter in issue. As such, the opinion expressed in this publication must be disregarded.

[94] Before closing the analysis on the bumps, I must address the Tax Court Judge's further conclusion that the Minister's position should be rejected because it is based on a broad policy that is not anchored in the Act itself (reasons, paragraph 204). He came to this conclusion by reason of the distinct treatment which was given to the Dufferin Mall and the René Lévesque property (reasons, paragraphs 201–203).

[95] I cannot share that view. First, that the Minister did not see fit to apply the GAAR to limit the bumps achieved with respect to these other properties does not detract from the fact that the Minister's position in this case is firmly grounded in the object, spirit and purpose of paragraphs 88(1)(c) and (d) as well as subsection 98(3). As such, the treatment which the Minister gave to these other properties is irrelevant.

[96] Nevertheless, in order to diffuse any suggestion of ambivalence on the part of the Minister, the decision not to apply the GAAR in respect to these properties is fully explained by the fact that the ultimate sale, insofar as the Dufferin Mall is concerned, was to a taxable entity with the result that tax on the latent recapture and accrued gains will eventually be paid. As to the René Lévesque property, the GAAR was not applied because the property was not contributed to the partnership as part of the series of transactions.

[97] I therefore conclude that the bumps insofar as they allowed the respondent to avoid latent recapture on the depreciable property held by the partnerships frustrate the object, spirit and purpose of paragraphs 88(1)(c) and (d) and subsection 98(3).

cause en l'espèce étaient contestées par le ministre. Il en découle donc une préoccupation évidente, à savoir la possibilité que la publication soit intéressée, particulièrement dans le contexte de la RGAÉ, où l'objet et l'esprit de la loi telle qu'elle existait avant la modification sont en litige. Ainsi, il faut faire fi de l'opinion exprimée dans cette publication.

[94] Avant de conclure mon analyse sur les majorations, je dois traiter de la conclusion du juge de la Cour de l'impôt selon laquelle la position du ministre devrait être rejetée au motif qu'elle est fondée sur une politique générale qui n'est pas rattachée à la Loi elle-même (motifs, paragraphe 204). Il est arrivé à cette conclusion en raison du traitement distinct qui a été accordé aux biens visés par les opérations mettant en jeu les sociétés de personnes Dufferin Mall et René Lévesque (motifs, paragraphes 201 à 203).

[95] Je ne peux partager ce point de vue. Tout d'abord, le fait que le ministre n'a pas jugé bon d'appliquer la RGAÉ pour limiter les majorations appliquées à l'égard de ces biens ne change pas le fait que la position du ministre, en l'espèce, repose fermement sur l'objet et l'esprit des alinéas 88(1)c) et d) et du paragraphe 98(3). Ainsi, le traitement réservé par le ministre à ces autres biens n'est pas pertinent.

[96] Néanmoins, afin de dissiper toute crainte d'ambivalence de la part du ministre, je fais remarquer que la décision de ne pas appliquer la RGAÉ à l'égard de ces biens s'explique : dans le cas de la société de personnes Dufferin Mall, les biens ont ultimement été vendus à une entité imposable, de sorte que l'impôt sur la récupération latente et les gains accumulés finira par être payé. Pour ce qui est des biens de la société de personnes René Lévesque, la RGAÉ n'a pas été appliquée, parce que les biens n'ont pas fait l'objet d'un apport à la société de personnes dans le contexte de la série d'opérations.

[97] Par conséquent, je conclus que les majorations contrecarrent l'objet et l'esprit des alinéas 88(1)c) et d) et du paragraphe 98(3), dans la mesure où elles permettent à l'intimée d'éviter la récupération latente à l'égard des biens amortissables détenus par les sociétés de personnes.

- *Subsection 100(1)*

[98] The special computation provided for under subsection 100(1) applies to the capital gain realized when a partnership interest is sold to a tax-exempt entity. Paragraph 100(1)(a) calls for the application of the normal rate of inclusion of 50 percent to the portion of the gain that is attributable to the value of non-depreciable capital property held by the partnership. To the extent that the gain realized on the sale of the partnership interest is attributable to the value of the depreciable property, paragraph 100(1)(b) provides for a 100 percent rate of inclusion.

[99] The conclusion reached by the Tax Court Judge with respect to the object, spirit and purpose of this provision is also based on new subparagraph 88(1)(d)(ii.1). In rejecting the Crown's contention that the purpose of subsection 100(1) was to look through the partnership and tax latent recapture which would otherwise go unpaid by reason of the exempt status of the purchaser, he wrote (reasons, paragraph 216):

.... A textual, contextual and purposive analysis of subsection 100(1) does not support such a purpose. If Parliament had intended such a result it would have drafted subsection 100(1) in a manner that required such a look-through, in other words, in a manner similar to new subparagraph 88(1)(d)(ii.1) of the bump rules.

[100] Given this conclusion, the Tax Court Judge gave subsection 100(1) a meaning that tracks its wording. In his words, as "the object of subsection 100(1) is to start with the capital gain calculated under the Act and then determine what portion of this gain is a taxable capital gain", and as no gain arose when regard is had to the relevant provisions, particularly the bump rules, subsection 100(1) was not frustrated (reasons, paragraph 217).

[101] It was incumbent upon the Tax Court Judge to conduct an object, spirit and purpose analysis of subsection 100(1). Although he purports to have done so, his

- *Le paragraphe 100(1)*

[98] Le calcul particulier prévu au paragraphe 100(1) s'applique au gain en capital réalisé lors de la vente d'une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d'impôt. L'alinéa 100(1)a prévoit l'application du taux d'inclusion habituel de 50 p. 100 à la partie du gain qui est attribuable à la valeur des immobilisations non amortissables détenues par la société de personnes. Lorsque le gain réalisé lors de la vente d'une participation dans une société de personnes est attribuable à la valeur de biens amortissables, l'alinéa 100(1)b prévoit un taux d'inclusion de 100 p. 100.

[99] La conclusion tirée par le juge de la Cour de l'impôt à l'égard de l'objet et de l'esprit de cette disposition est encore une fois fondée sur le nouveau sous-alinéa 88(1)d(ii.1). Lorsqu'il a rejeté l'argument de la Couronne selon lequel l'objet du paragraphe 100(1) était d'examiner les sociétés de personnes et de percevoir l'impôt sur la récupération latente qui serait autrement impayé en raison du statut d'exonération de l'acheteur, le juge de la Cour de l'impôt a écrit ce qui suit (motifs, paragraphe 216) :

[...] Une analyse textuelle, contextuelle et téléologique du paragraphe 100(1) n'étaye pas un tel objectif. Si le législateur avait prévu un tel résultat, il aurait rédigé le paragraphe 100(1) de manière à ce que cet examen soit requis, c'est-à-dire d'une manière semblable au nouveau sous-alinéa 88(1)d(ii.1) des règles sur la majoration.

[100] Étant donné cette conclusion, le juge de la Cour de l'impôt a donné au paragraphe 100(1) le sens qui correspond à son libellé. Pour reprendre ses propos, « le paragraphe 100(1) a pour objet de commencer par le gain en capital calculé en vertu de la Loi et de déterminer ensuite quelle partie de ce gain représente un gain en capital imposable », et, puisqu'il n'y a eu aucun gain en capital compte tenu des dispositions pertinentes, particulièrement les règles relatives à la majoration, le paragraphe 100(1) n'a pas été contrecarré (motifs, paragraphe 217).

[101] Il incombait au juge de la Cour de l'impôt d'analyser l'objet et l'esprit du paragraphe 100(1). Bien qu'il prétende l'avoir fait, son analyse repose simplement sur

analysis simply tracks the wording of subsection 100(1). As explained, subsection 100(1) brings into income 100 percent of the gain resulting from the sale of a partnership interest to an exempt entity insofar as it is attributable to depreciable property. The question which the Tax Court Judge had to ask is why does this provision provide for such an inclusion? The answer is that Parliament wanted tax to be paid on the latent recapture which would otherwise go unpaid on a subsequent sale of the depreciable property by the tax-exempt purchaser. There is no other answer.

[102] Given this, the inevitable conclusion is that the object, spirit and purpose of subsection 100(1) was frustrated by the result achieved in this case as the latent recapture in the depreciable property held by the second tier partnerships at the time of the sale of the partnership interests to the tax-exempt entities will forever go unpaid.

[103] Before closing the analysis with respect to subsection 100(1), I note that the reassessment issued by the Minister applies a 100 percent rate of inclusion to both the recapture and the capital gain portion of the increase in value attributable to the depreciable property. This is at odds with the normal rate applicable to capital gains, but the Crown maintains that the Minister was required to apply a 100 percent rate of inclusion when regard is had to the object, spirit and purpose of subsection 100(1). Specifically, the Crown argues that the 100 percent rate of inclusion provided for in paragraph 100(1)(b) is explained by the fact that Parliament wanted to “exact a price” in order to “discourage the attempted avoidance of recapture” (memorandum of the Crown, paragraph 106).

[104] I do not believe that this can explain why paragraph 100(1)(b) applies a 100 percent rate of inclusion to all increases in value attributable to depreciable property. First, doubling the tax on capital gains attributable

le libellé du paragraphe 100(1). Comme on l’a déjà expliqué, le paragraphe 100(1) inclut dans le revenu la totalité du gain découlant de la vente d’une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d’impôt, dans la mesure où le gain est attribuable à des biens amortissables. Le juge de la Cour de l’impôt devait se pencher sur la question de savoir pourquoi cette disposition prévoit une telle inclusion. La réponse est la suivante : le législateur voulait prévoir le paiement de l’impôt sur la récupération latente, qui autrement demeurerait impayé lors de la vente subséquente des biens amortissables par un acheteur exonéré d’impôt. C’est la seule réponse possible.

[102] Compte tenu de ce qui précède, force est de conclure que le résultat obtenu en l’espèce a contrecarré l’objet et l’esprit du paragraphe 100(1), parce que l’impôt sur la récupération latente à l’égard des biens amortissables détenus par les sociétés de second palier au moment de la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d’impôt ne sera jamais payé.

[103] Avant de conclure l’analyse relative au paragraphe 100(1), je tiens à souligner que la nouvelle cotisation établie par le ministre applique, dans la mesure où elle s’appuie sur l’augmentation de la valeur attribuable aux biens amortissables, un taux d’inclusion de 100 p. 100 tant à la portion correspondant à la récupération qu’à celle correspondant au gain en capital. Cela ne concorde pas avec le taux d’inclusion qui s’applique normalement aux gains en capital, mais la Couronne soutient que le ministre était tenu d’appliquer un taux d’inclusion de 100 p. 100 compte tenu de l’objet et de l’esprit du paragraphe 100(1). Plus particulièrement, la Couronne fait valoir que le taux d’inclusion de 100 p. 100 prévu à l’alinéa 100(1)(b) s’explique par le fait que le législateur voulait [TRADUCTION] « imposer des conséquences » en vue de [TRADUCTION] « décourager les tentatives d’éviter la récupération » (mémoire de la Couronne, paragraphe 106).

[104] À mon avis, cela n’explique pas pourquoi l’alinéa 100(1)(b) applique un taux d’inclusion de 100 p. 100 à toutes les augmentations de la valeur attribuables aux biens amortissables. Premièrement, le fait de doubler

to depreciable property does not deter attempts to avoid recapture. Indeed, where the attempted avoidance is limited to recapture, the 100 percent rate of inclusion provided for in paragraph 100(1)(b) merely matches the normal rate of inclusion applicable to recapture. If the intent was to “exact a price” on attempts to avoid recapture, subsection 100(1) would be framed differently. Second, there is no logic or reason why Parliament would “exact a price” on attempts to avoid recapture but not on attempts to avoid tax on the other types of property targeted by subsection 100(1).

[105] Rather, it appears that subsection 100(1), like the bump provisions, was drafted with a focus on the 100 percent rate of inclusion applicable to the targeted properties generally. The capital gain aspect of depreciable property which calls for a 50 percent rate of inclusion does not seem to have warranted special attention, perhaps because this type of property is typically consumed in the income-making process and rarely gives rise to capital gains. Whatever the reason, deterring the avoidance of recapture is not part of the explanation.

[106] That said, no definitive conclusion needs be drawn because regardless of the explanation, taxing 100 percent of the capital gain portion of the increase in value attributable to depreciable property, as the Minister did, is not justified when regard is had to the overall result that was achieved. This is the issue to which I now turn.

- *The overall result*

[107] Having concluded that none of the steps which form part of the series of transactions gave rise to an abuse, the Tax Court Judge did not believe it necessary to consider the overall result. There are therefore no reasons to which deference could be given on this part of the analysis.

l'impôt sur les gains en capital attribuables aux biens amortissables ne décourage pas les tentatives d'éviter la récupération. En fait, lorsque la tentative d'évitement est limitée à la récupération, le taux d'inclusion de 100 p. 100 prévu à l'alinéa 100(1)(b) correspond au taux d'inclusion normal qui s'applique à la récupération. Si le législateur avait voulu [TRADUCTION] « imposer des conséquences » aux contribuables qui essaient d'éviter l'impôt sur la récupération, il aurait rédigé le paragraphe 100(1) différemment. Deuxièmement, il n'y a aucune raison logique pour laquelle le législateur [TRADUCTION] « imposerait des conséquences » dans ce cas, mais pas à l'égard des autres types de biens visés par le paragraphe 100(1).

[105] Il semble plutôt que le paragraphe 100(1), à l'instar des dispositions relatives à la majoration, fut rédigé dans l'optique d'un taux d'inclusion de 100 p. 100 qui s'applique de façon générale aux biens ciblés. Les gains en capital liés aux biens amortissables, qui sont visés par un taux d'inclusion de 50 p. 100, ne semblent pas avoir mérité une attention particulière, peut-être parce que ces biens sont habituellement utilisés en vue de gagner un revenu et donnent rarement lieu à des gains en capital. Quoi qu'il en soit, la volonté de décourager les tentatives d'éviter l'impôt sur la récupération ne fait pas partie de l'explication.

[106] Cela étant dit, il n'est pas nécessaire de tirer une conclusion définitive à cet égard, parce que, peu importe l'explication qu'on en donne, le fait d'imposer la totalité de la partie du gain en capital attribuable à l'augmentation de la valeur des biens amortissables, comme le ministre l'a fait, n'est pas justifié compte tenu du résultat global obtenu. Je vais maintenant examiner cette question.

- *Le résultat global*

[107] Ayant conclu qu'aucune des étapes de la série d'opérations ne donnait lieu à un abus, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas jugé nécessaire d'examiner le résultat global. Rien ne justifie donc la retenue à l'égard de cette partie de l'analyse.

[108] The overall result was the circumvention of subsection 100(1) by eliminating the capital gain which would otherwise have resulted from the sale of the partnership interests to the exempt entities. This was achieved by bumping the tax cost of the partnership interests so as to approximate their fair market value, as established by the price paid by the arms' length exempt entities, thereby eliminating any gain on which subsection 100(1) could apply and making the deferral of accrued gains and latent recapture permanent.

[109] Specifically, no gain "[could] reasonably be regarded as attributable to increases ... in the value" of non-depreciable property held by the second tier partnerships pursuant to paragraph 100(1)(a) when the transaction took place, even though the selling price of the partnership interests, as allocated by agreement, revealed that its value stood at \$21 835 816 above its ACB. Similarly, no gain could be regarded as attributable to increases in the value of depreciable property held by the second tier partnerships pursuant to paragraph 100(1)(b), even though the selling price, as allocated by agreement, showed that it had been over depreciated by \$116 591 744 and had a value that stood at \$42 570 999 above its capital cost.

[110] When considering the overall result as it relates to the underlying depreciable property, a distinction must be drawn between the tax treatment of excess depreciation claimed with respect to depreciable property as revealed by the difference between its capital cost and its UCC, and capital gains as revealed by the difference between its capital cost and its value at the time when it is sold. As noted earlier, when depreciable property is disposed of for a price which exceeds its capital cost, the difference between the UCC and the capital cost will give rise to recapture, subject to a 100 percent rate of inclusion, while the excess of the

[108] Le résultat global est le suivant : le paragraphe 100(1) a été contourné grâce à l'élimination du gain en capital qui aurait normalement résulté de la vente des participations dans les sociétés de personnes aux entités exonérées d'impôt. En effet, le coût aux fins de l'impôt des participations dans les sociétés de personnes a été majoré pour qu'il corresponde approximativement à leur juste valeur marchande, établie par le prix que les entités exonérées d'impôt sans lien de dépendance ont payé, ce qui a éliminé tout gain auquel le paragraphe 100(1) aurait pu s'appliquer et reporté de façon permanente les gains accumulés et la récupération latente.

[109] Plus particulièrement, il n'existe aucun gain « qu'il est raisonnable de considérer comme étant attribuable à l'augmentation de la valeur » des biens non amortissables des sociétés de personnes de second palier aux termes de l'alinéa 100(1)a) au moment où l'opération a été effectuée, et ce, même si le prix de vente des participations dans les sociétés de personnes, tel qu'il a été attribué par entente, révèle que ces biens valaient 21 835 816 \$ de plus que le PBR. De même, il n'existait aucun gain qu'il était raisonnable de considérer comme étant attribuable à l'augmentation de la valeur des biens amortissables détenus par les sociétés de personnes de deuxième palier aux termes de l'alinéa 100(1)b), et ce, même si le prix de vente, tel qu'il a été attribué par entente, montre que ces biens avaient fait l'objet d'un amortissement excessif de 116 591 744 \$ et qu'ils valaient 42 570 999 \$ de plus que leur coût en capital.

[110] Lors de l'examen du résultat global lié aux biens amortissables sous-jacents, il faut établir une distinction entre le traitement fiscal applicable à la récupération de l'amortissement excessif des biens amortissables que révèle la différence entre le coût en capital et la FNACC des biens, et le traitement fiscal applicable aux gains en capital que révèle la différence entre le coût en capital des biens et leur valeur au moment de la vente. Comme je l'ai déjà mentionné, lorsqu'on dispose d'un bien amortissable à un prix supérieur au coût en capital, la différence entre la FNACC et le coût en capital donne lieu à la récupération, assujettie à un taux d'inclusion

selling price over the capital cost will give rise to a capital gain, subject to an inclusion rate of 50 percent.

[111] Keeping this distinct treatment in mind, the result achieved insofar as it allowed Oxford to avoid paying tax on latent recapture in the amount of \$116 591 744 frustrates paragraph 100(1)(b). Selling partnership interests to an exempt entity when the underlying property includes depreciable property on which excess CCA has been claimed without triggering the recapture which would have been subject to tax had the property been sold directly is precisely what this provision is intended to prevent. As explained, paragraph 100(1)(b) pre-empts the potential revenue loss which arises by reason of the tax-exempt status of the purchaser by allowing for a look through the partnership, to the partnership property, and making the partners liable for the tax on the latent recapture that would otherwise go unpaid.

[112] However, this provision cannot apply unless the sale of the partnership interests yields a capital gain commensurate with the increase in value of the underlying partnership property. In the present case, Oxford succeeded in rendering paragraph 100(1)(b) inoperative by offsetting this gain by the use of the bumps and creating a dichotomy between the tax cost of the partnership interests and the underlying property. In the process, the rationale for excluding depreciable property from the bumps pursuant to subparagraph 88(1)(c)(iii) and paragraph 98(3)(e) was defeated as the tax cost of the depreciable property was bumped all the way up from its UCC to its capital cost thereby allowing costs originating in property that is subject to a 50 percent rate of inclusion to be used to offset recapture which is subject to a 100 percent rate of inclusion. As well, Oxford abused subsections 97(2) and 97(4) because the UCC elected and deemed to continue in the hands of the first and second tier partnerships had no subsequent application thereby making the deferred recapture permanent.

de 100 p. 100, tandis que la différence entre le prix de vente et le coût en capital donne lieu à un gain en capital, assujetti à un taux d'inclusion de 50 p. 100.

[111] À la lumière de ce traitement distinct, le résultat obtenu contrecarre l'alinéa 100(1)b), dans la mesure où il a permis à Oxford d'éviter de payer de l'impôt sur la récupération latente de 116 591 744 \$. La vente d'une participation dans une société de personnes à une entité exonérée d'impôt lorsque les biens sous-jacents comprennent des biens qui ont fait l'objet d'un amortissement fiscal excessif sans que cela donne lieu à la récupération qui aurait été assujettie à l'impôt si les biens avaient été vendus directement, est le genre de situation que l'alinéa 100(1)b) vise précisément à empêcher. Comme il a déjà été expliqué, l'alinéa 100(1)b) prévient la perte de revenus qui pourrait survenir en raison du statut d'exonération de l'acheteur en permettant un examen qui fait abstraction de la société de personnes pour s'attacher aux biens détenus par elle et en tenant les associés responsables de l'impôt sur la récupération latente qui ne serait autrement jamais payé.

[112] Cependant, cette disposition ne peut s'appliquer à moins que la vente de la participation dans une société de personnes ait donné lieu à un gain en capital comparable à l'augmentation de la valeur des biens sous-jacents de la société de personnes. En l'espèce, Oxford a réussi à rendre l'alinéa 100(1)b) inopérant en ayant recours à des majorations pour annuler le gain en capital et en créant une dichotomie entre le coût fiscal des participations dans les sociétés de personnes et celui des biens sous-jacents. Ainsi, la raison pour laquelle les dispositions relatives à la majoration excluent les biens amortissables, aux termes du sous-alinéa 88(1)c)(iii) et de l'alinéa 98(3)e), a été contrecarrée, parce que le coût aux fins de l'impôt des biens amortissables est passé de la FNACC au coût en capital, ce qui a permis d'utiliser le coût de biens assujettis à un taux d'inclusion de 50 p. 100 pour éliminer la récupération, qui est assujettie à un taux d'inclusion de 100 p. 100. De plus, Oxford a abusé des paragraphes 97(2) et 97(4), parce que la FNACC fut réputée continuer entre les mains des sociétés de personnes de premier et de second paliers sans qu'aucune conséquence ne découle de cette fiction, de sorte que le report de la récupération est devenu permanent.

[113] In my view, the Crown has successfully discharged her burden of identifying the object, spirit and purpose of the provisions used by Oxford to achieve this result, and showing that all were frustrated in the process (*Trustco*, at paragraph 65).

[114] Conversely, it has not been shown that an abuse of paragraph 100(1)(b) or any of the relevant provisions results from the fact that the increased value of the depreciable property, from its capital cost to its fair market value, was not reflected in the capital gain generated by the sale of the partnership interests. This is because this portion of the increase in value of the depreciable property was properly offset by their increased tax cost resulting from the bumps when regard is had to the object, spirit and purpose of paragraphs 88(1)(c), 88(1)(d) and 98(3)(b).

[115] As alluded to earlier, no abuse of these provisions arises when disappearing costs are used to increase the cost of property that is taxed the same way as the property from which the transferred costs originate. This is what has been shown with respect to the part of the disappearing costs that were used to offset the \$42 570 999 increase in the value of the depreciable property from its capital cost up to its fair market value. This result is not abusive because this portion of the capital gain which would otherwise have arisen pursuant to paragraph 100(1)(b) was nullified in a manner consistent with the object, spirit and purpose of the bump provisions.

[116] For the same reason, subsection 97(2), insofar as it was used to defer tax on this part of the increase in the value of the depreciable property, was not abused. In contrast with the deferred recapture, the deferred capital gain did not simply vanish. Rather, it was offset by adding real costs to the capital cost of the depreciable property. The failure to recognize a cost that has been actually incurred but which would disappear on a vertical amalgamation or a partnership dissolution goes against the integrity of the capital gains system because it allows for the subsequent realization of a capital gain in circumstances where there has been no economic

[113] À mon avis, la Couronne s'est acquittée de son fardeau de décrire l'objet et l'esprit des dispositions invoquées par Oxford pour atteindre ce résultat et de démontrer qu'ils ont été contrecarrés (*Trustco*, au paragraphe 65).

[114] À l'inverse, il n'a pas été démontré qu'un abus de l'alinéa 100(1)b) ou de toute autre disposition pertinente avait résulté du fait que l'augmentation de la valeur des biens amortissables, du coût en capital à la juste valeur marchande, n'était pas reflétée dans le gain en capital réalisé lors de la vente des participations dans les sociétés de personnes. Il en est ainsi, parce que, compte tenu de l'objet et de l'esprit des alinéas 88(1)c), 88(1)d) et 98(3)b), cette partie de l'augmentation de la valeur des biens amortissables a été correctement compensée par l'augmentation de leur coût fiscal résultant des majorations.

[115] Comme je l'ai évoqué plus haut, il n'y a aucun abus de ces dispositions lorsque les coûts qui autrement disparaîtraient sont utilisés pour augmenter le coût de biens qui sont imposés de la même façon que les biens auxquels les coûts transférés se rapportent. C'est ce qui a été démontré à l'égard de la partie des coûts qui a été utilisée pour compenser l'augmentation de 42 570 999 \$ de la valeur des biens amortissables, à compter de leur coût en capital jusqu'à leur juste valeur marchande. Ce résultat n'entraîne pas d'abus, parce que cette partie du gain en capital qui aurait normalement été visée par le paragraphe 100(1)b) a été annulée d'une manière conforme à l'objet et à l'esprit des dispositions relatives aux majorations.

[116] Pour la même raison, il n'y a eu aucun abus du paragraphe 97(2), dans la mesure où cette disposition a été invoquée pour reporter l'impôt à payer sur cette partie de l'augmentation de la valeur des biens amortissables. Contrairement à la récupération reportée, le gain en capital reporté n'a pas tout simplement disparu. Il a plutôt été annulé par l'ajout de coûts réels au coût en capital des biens amortissables. Ne pas reconnaître les coûts qui ont réellement été engagés, mais qui disparaîtraient lors de la fusion verticale ou de la dissolution d'une société de personnes, va à l'encontre de l'intégrité du régime des gains en capital parce qu'il

gain. Preventing this outcome is the reason why the bump provisions were enacted.

[117] In the end, the only basis on which the Minister could refuse to give the bumps this limited application is by insisting on a construction of the bump provisions which focuses on the meaning of the words, specifically on the unqualified and express disqualification of depreciable property. However, the Crown cannot have it both ways. In a GAAR context, the same interpretative approach must be applied to both the determination of the abuse and the consequential adjustments required in order to counter it.

[118] I therefore conclude that the Minister could not reassess Oxford on the basis that the overall result achieved by this circumscribed use of the bump provisions was abusive.

[119] The overall result as it applies to the non-depreciable property—i.e.: the land—was achieved essentially the same way—i.e.: by bumping its value from its ACB to its fair market value, thereby offsetting the deemed capital gain in the amount of \$10 917 900 which would otherwise have been attributable to the increase in the value of the land pursuant to paragraph 100(1)(a).

[120] The above reasoning explains why this result does not frustrate subsection 100(1) or any of the provisions relied upon in order to achieve it. The only meaningful difference is that the land, being non-depreciable property, qualifies for the bumps whether the bump provisions are construed with a focus on the meaning of the words or on their object, spirit and purpose.

- *The reasonable GAAR consequences*

[121] The reassessment issued by the Minister nullifies the bumps and applies subsection 100(1) to the

permettrait la réalisation subséquente d'un gain en capital alors qu'il n'y a eu aucun gain économique. C'est pour prévenir ce résultat que les dispositions relatives à la majoration ont été adoptées.

[117] En fin de compte, la seule façon pour le ministre de refuser de reconnaître cette majoration est d'insister sur une interprétation des dispositions en cause qui est axée sur le sens des mots, plus particulièrement sur l'exclusion non limitative des biens amortissables. Cependant, la Couronne ne peut pas avoir le beurre et l'argent du beurre. Lorsque la RGAÉ est invoquée, il faut appliquer la même méthode d'interprétation à la question de savoir s'il y a eu abus et à celle de savoir quels rajustements corrélatifs sont nécessaires pour corriger la situation.

[118] Je conclus par conséquent que le ministre ne pouvait pas établir une nouvelle cotisation à l'égard d'Oxford au motif que le résultat global obtenu par cette utilisation circonscrite des dispositions relatives à la majoration donnait lieu à un abus.

[119] Le résultat global à l'égard des biens non amortissables — c.-à-d. les terrains — a été obtenu essentiellement de la même façon, c'est-à-dire en faisant passer la valeur des biens du PBR à la juste valeur marchande, ce qui a permis d'annuler le gain en capital réputé de 10 917 900 \$ qui aurait autrement été attribuable à l'augmentation de la valeur du terrain aux termes de l'alinéa 100(1)a).

[120] Le raisonnement ci-dessus explique pourquoi le résultat ainsi obtenu ne contrecarre pas le paragraphe 100(1) ou les autres dispositions invoquées. La seule différence, c'est que les terrains, puisqu'il s'agit de biens non amortissables, sont admissibles à la majoration, peu importe si les dispositions relatives à la majoration sont interprétées en fonction du sens des mots utilisés ou de leur objet et de leur esprit.

- *Les conséquences raisonnables fondées sur la RGAÉ*

[121] Dans la nouvelle cotisation qu'il a établie, le ministre annule les majorations et applique le

resulting gain. The disallowance of the bumps decreased the ACB of the partnership interests, and increased the capital gain realized by the respondent on their sale to the tax-exempt entities by the amount of \$148 187 560.

[122] It can be seen from the above analysis that the amounts included under paragraphs 100(1)(a) and 100(1)(b) do not reflect consequences that are reasonable in the circumstances as no abuse results from the avoidance of the taxable capital gain in the amount of \$10 917 900 under the former and the only abuse which was made of the latter pertains to the avoidance of tax on recapture, which the parties agree is in the amount of \$116 591 744.

- *Disposition*

[123] For these reasons, I would allow the appeal in part, set aside the decision of the Tax Court Judge and giving the judgment which the Tax Court Judge ought to have given, I would refer the reassessment back to the Minister for reconsideration and reassessment on the basis that subsection 100(1) gives rise to a taxable capital gain in the amount of \$116 591 744 rather than \$148 187 562. The Crown should have her costs here and below. The award in both cases should be apportioned based on a rounded 80/20 ratio to reflect the respondent's partial success.

DAWSON J.A.: I agree.

RENNIE J.A.: I agree.

ANNEX

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

69 (1) ...

Deemed proceeds of disposition

(11) Where, at any particular time as part of a series of transactions or events, a taxpayer disposes of property

paragraphe 100(1) au gain résultant. L'annulation des majorations a entraîné une diminution du PBR des participations dans les sociétés de personnes et une augmentation de 148 187 560 \$ du gain en capital réalisé par l'intimée lors de la vente des participations aux entités exonérées d'impôt.

[122] L'analyse qui précède montre que les montants inclus au titre des alinéas 100(1)a) et 100(1)b) ne constituent pas une conséquence raisonnable dans les circonstances, puisque le fait d'éviter le gain en capital imposable de 10 917 900 \$ sous le régime de l'alinéa 100(1)a) n'a donné lieu à aucun abus et que le seul abus de l'alinéa 100(1)b) découle de l'évitement de l'impôt sur la récupération, qui s'élève — les parties en conviennent — à 116 591 744 \$.

- *Disposition*

[123] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel en partie, j'annulerais la décision du juge de la Cour de l'impôt et, rendant le jugement que le juge de la Cour de l'impôt aurait dû rendre, je renverrais la nouvelle cotisation au ministre pour nouvel examen et nouvelle cotisation, en tenant pour acquis que l'application du paragraphe 100(1) donne lieu à un gain en capital imposable de 116 591 744 \$ et non de 148 187 562 \$. La Couronne devrait avoir droit à ses dépens tant en appel qu'en première instance. Dans les deux cas, les dépens sont supportés par les parties selon un rapport 80/20, l'intimée ayant eu partiellement gain de cause.

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

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

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1

69 (1) [...]

Produit de disposition réputé

(11) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le contribuable qui, à un moment donné, dispose d'un bien

for proceeds of disposition that are less than its fair market value and it can reasonably be considered that one of the main purposes of the series is

(a) to obtain the benefit of

(i) any deduction (other than a deduction under subsection 110.6(2.1) in respect of a capital gain from a disposition of a share acquired by the taxpayer in an acquisition to which subsection 85(3) or 98(3) applied) in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable under this Act, or

(ii) any balance of undeducted outlays, expenses or other amounts

available to a person (other than a person that would be affiliated with the taxpayer immediately before the series began, if section 251.1 were read without reference to the definition *controlled* in subsection 251.1(3)) in respect of a subsequent disposition of the property or property substituted for the property, or

(b) to obtain the benefit of an exemption available to any person from tax payable under this Act on any income arising on a subsequent disposition of the property or property substituted for the property,

notwithstanding any other provision of this Act, where the subsequent disposition occurs, or arrangements for the subsequent disposition are made, before the day that is 3 years after the particular time, the taxpayer is deemed to have disposed of the property at the particular time for proceeds of disposition equal to its fair market value at the particular time.

...

dans le cadre d'une série d'opérations ou d'événements pour un produit de disposition inférieur à la juste valeur marchande du bien est réputé avoir disposé du bien à ce moment pour un produit de disposition égal à sa juste valeur marchande à ce moment s'il est raisonnable de considérer que l'un des principaux objets de la série consiste :

a) à profiter de l'un des éléments ci-après offert à une personne (sauf une personne qui serait affiliée au contribuable immédiatement avant le début de la série, compte non tenu de la définition de *contrôlé* au paragraphe 251.1(3)) relativement à une disposition ultérieure du bien ou d'un bien de remplacement, à condition que cette disposition soit effectuée, ou des arrangements en vue de cette disposition pris, avant le jour qui suit de trois ans le moment donné :

(i) une déduction (sauf celle visée au paragraphe 110.6(2.1) au titre d'un gain en capital provenant de la disposition d'une action acquise par le contribuable dans le cadre d'une acquisition à laquelle se sont appliqués les paragraphes 85(3) ou 98(3)) dans le calcul du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable en vertu de la présente loi,

(ii) un solde de dépenses ou autres montants non déduits;

b) à profiter d'une exemption offerte à une personne de l'impôt payable en vertu de la présente loi sur un revenu découlant d'une disposition ultérieure du bien ou d'un bien de remplacement, à condition que cette disposition soit effectuée, ou des arrangements en vue de cette disposition pris, avant le jour qui suit de trois ans le moment donné.

[...]

Winding-up

88 (1) Where a taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the “subsidiary”) has been wound up after May 6, 1974 and not less than 90% of the issued shares of each class of the capital stock of the subsidiary were, immediately before the winding-up, owned by another taxable Canadian corporation (in this subsection referred to as the “parent”) and all of the shares of the subsidiary that were not owned by the parent immediately before the winding-up were owned at that time by persons with whom the parent was dealing at arm’s length, notwithstanding any other provision of this Act other than subsection 69(11), the following rules apply:

(a) subject to paragraphs 88(1)(a.1) and 88(1)(a.3), each property (other than an interest in a partnership) of the subsidiary that was distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to have been disposed of by the subsidiary for proceeds equal to

(i) in the case of a Canadian resource property, a foreign resource property or a right to receive production (as defined in subsection 18.1(1)) to which a matchable expenditure (as defined in subsection 18.1(1)) relates, nil, and

...

(iii) in the case of any other property, the cost amount to the subsidiary of the property immediately before the winding-up;

...

(c) subject to paragraph 87(2)(e.3) (as modified by paragraph 88(1)(e.2)), and notwithstanding paragraph 87(2)(e.1) (as modified by paragraph 88(1)(e.2)), the cost to the parent of each property of the subsidiary distributed to the parent on the winding-up shall be deemed to be

(i) in the case of a property that is an interest in a partnership, the amount that but for this paragraph would be the cost to the parent of the property, and

(ii) in any other case, the amount, if any, by which

(A) the amount that would, but for subsection 69(11), be deemed by paragraph 88(1)(a) to be the proceeds of disposition of the property

Liquidation

88 (1) Lorsqu’une société canadienne imposable (appelée « filiale » au présent paragraphe) a été liquidée après le 6 mai 1974, qu’au moins 90 % des actions émises de chaque catégorie de son capital-actions appartenaient, immédiatement avant la liquidation, à une autre société canadienne imposable (appelée « société mère » au présent paragraphe) et que toutes les actions de la filiale qui n’appartenaient pas à la société mère immédiatement avant la liquidation appartenaient alors à des personnes avec lesquelles la société mère n’avait pas de lien de dépendance, les règles suivantes s’appliquent malgré les autres dispositions de la présente loi, exception faite du paragraphe 69(11) :

a) sous réserve des alinéas a.1) et a.3), tout bien de la filiale, à l’exception d’une participation dans une société de personnes, attribué à la société mère lors de la liquidation est réputé avoir fait l’objet d’une disposition par la filiale pour un produit égal :

(i) à zéro, dans le cas d’un avoir minier canadien, d’un avoir minier étranger ou d’un droit aux produits, au sens du paragraphe 18.1(1), auquel se rapporte une dépense à rattacher, au sens de ce paragraphe,

[...]

(iii) au coût indiqué du bien, pour la filiale, immédiatement avant la liquidation, dans le cas de tout autre bien;

[...]

c) sous réserve de l’alinéa 87(2)e.3), modifié par l’alinéa e.2), et malgré l’alinéa 87(2)e.1), modifié par l’alinéa e.2), le coût, pour la société mère, de chaque bien de la filiale attribué à la société mère lors de la liquidation est réputé être :

(i) le coût du bien pour la société mère, compte non tenu de présent alinéa, si le bien est une participation dans une société de personnes,

(ii) sinon, l’excédent éventuel du montant visé à la division (A) sur le montant visé à la division (B) :

(A) le montant qui, sans le paragraphe 69(11), serait réputé en application de l’alinéa a) être le produit de disposition du bien,

exceeds

(B) any reduction of the cost amount to the subsidiary of the property made because of section 80 on the winding-up,

plus where the property was a capital property (other than an ineligible property) of the subsidiary at the time that the parent last acquired control of the subsidiary and was owned by the subsidiary thereafter without interruption until such time as it was distributed to the parent on the winding-up, the amount determined under paragraph 88(1)(d) in respect of the property and, for the purposes of this paragraph, *ineligible property* means

(iii) depreciable property,

...

Contribution of property to partnership

97 (1) Where at any time after 1971 a partnership has acquired property from a taxpayer who was, immediately after that time, a member of the partnership, the partnership shall be deemed to have acquired the property at an amount equal to its fair market value at that time and the taxpayer shall be deemed to have disposed of the property for proceeds equal to that fair market value.

Rules where election by partners

(2) Notwithstanding any other provision of this Act other than subsection 13(21.2), where a taxpayer at any time disposes of any property that is a capital property, Canadian resource property, foreign resource property, eligible capital property or inventory of the taxpayer to a partnership that immediately after that time is a Canadian partnership of which the taxpayer is a member, if the taxpayer and all the other members of the partnership jointly so elect in prescribed form within the time referred to in subsection 96(4),

(a) the provisions of paragraphs 85(1)(a) to 85(1)(f) apply to the disposition as if

(i) the reference therein to “corporation’s cost” were read as a reference to “partnership’s cost”,

(ii) the references therein to “other than any shares of the capital stock of the corporation or a right to

(B) le montant qui, par l’effet de l’article 80, est appliqué en réduction du coût indiqué du bien pour la filiale lors de la liquidation,

plus le montant déterminé selon l’alinéa d) relativement à ce bien, s’il était une immobilisation, autre qu’un bien non admissible, de la filiale au moment où la société mère a acquis pour la dernière fois le contrôle de la filiale et si, par la suite sans interruption jusqu’au moment où il a été attribué à la société mère lors de la liquidation, il appartenait à la filiale; pour l’application du présent alinéa, les biens suivants sont des biens non admissibles :

(iii) les biens amortissables,

[...]

Apport de biens dans une société de personnes

97 (1) Lorsque, après 1971, une société de personnes a acquis des biens auprès d’un contribuable qui, immédiatement après le moment de l’acquisition, faisait partie de la société de personnes, cette dernière est réputée les avoir acquis à un prix égal à leur juste valeur marchande à ce moment et le contribuable est réputé en avoir disposé et en avoir tiré un produit égal à cette juste valeur marchande.

Choix par des associés

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, sauf le paragraphe 13(21.2), dans le cas où un contribuable dispose de son bien — immobilisation, avoir minier canadien, avoir minier étranger, immobilisation admissible ou bien à porter à l’inventaire — en faveur d’une société de personnes qui est, immédiatement après la disposition, une société de personnes canadienne dont il est un associé, les règles suivantes s’appliquent si le contribuable et les autres associés de la société de personnes en font conjointement le choix sur formulaire prescrit dans le délai mentionné au paragraphe 96(4) :

a) les alinéas 85(1)(a) à f) s’appliquent à la disposition comme si la mention :

(i) « pour la société » était remplacée par la mention « pour la société de personnes »,

(ii) « autre que toutes actions du capital-actions de la société ou un droit d’en recevoir » était

receive any such shares” and to “other than shares of the capital stock of the corporation or a right to receive any such shares” were read as references to “other than an interest in the partnership”,

(iii) the references therein to “shareholder of the corporation” were read as references to “member of the partnership”,

(iv) the references therein to “the corporation” were read as references to “all the other members of the partnership”, and

(v) the references therein to “to the corporation” were read as references to “to the partnership”;

(b) in computing, at any time after the disposition, the adjusted cost base to the taxpayer of the taxpayer’s interest in the partnership immediately after the disposition,

(i) there shall be added the amount, if any, by which the taxpayer’s proceeds of disposition of the property exceed the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property, and

(ii) there shall be deducted the amount, if any, by which the fair market value, at the time of the disposition, of the consideration (other than an interest in the partnership) received by the taxpayer for the property so disposed of by the taxpayer exceeds the fair market value of the property at the time of the disposition; and

(c) where the property so disposed of by the taxpayer to the partnership is taxable Canadian property of the taxpayer, the interest in the partnership received by the taxpayer as consideration therefor shall be deemed to be taxable Canadian property of the taxpayer.

...

Where capital cost to partner exceeds proceeds of disposition

(4) Where subsection 97(2) has been applicable in respect of the acquisition of any depreciable property by a partnership from a taxpayer who was, immediately after the taxpayer disposed of the property, a member of the partnership and the capital cost to the taxpayer of the property exceeds the taxpayer’s proceeds of the

remplacée par la mention « autre qu’une participation dans la société de personnes »,

(iii) « actionnaire de la société » était remplacée par la mention « associé de la société de personnes »,

(iv) « la société » était remplacée par la mention « tous les autres associés de la société de personnes »,

(v) « à la société » était remplacée par la mention « à la société de personne »;

b) dans le calcul, à un moment donné après la disposition, du prix de base rajusté, pour le contribuable, de sa participation dans la société de personnes, immédiatement après la disposition :

(i) il doit être ajouté l’excédent éventuel du produit que le contribuable a tiré de la disposition des biens sur la juste valeur marchande, au moment de la disposition, de la contrepartie (autre qu’une participation dans la société de personnes) reçue par le contribuable pour les biens,

(ii) il doit être déduit l’excédent éventuel de la juste valeur marchande, au moment de la disposition, de la contrepartie (autre qu’une participation dans la société de personnes) reçue par le contribuable pour les biens dont il a ainsi disposé sur leur juste valeur marchande au moment de la disposition;

c) lorsque les biens dont le contribuable a ainsi disposé en faveur de la société de personnes sont des biens canadiens imposables du contribuable, la participation dans la société de personnes qu’il a reçue en contrepartie est réputée être un bien canadien imposable du contribuable.

[...]

Cas où le coût en capital supporté par l’associé est supérieur au produit de disposition

(4) Lorsque le paragraphe (2) s’appliquait à l’égard de biens amortissables acquis par une société de personnes auprès d’un contribuable qui, immédiatement après avoir disposé de ces biens, était un associé de la société de personnes et que le coût en capital supporté par le contribuable pour les biens dépasse le produit qu’il a tiré de

disposition, for the purposes of sections 13 and 20 and any regulations made under paragraph 20(1)(a)

(a) the capital cost to the partnership of the property shall be deemed to be the amount that was the capital cost thereof to the taxpayer; and

(b) the excess shall be deemed to have been allowed to the partnership in respect of the property under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for taxation years before the acquisition by the partnership of the property.

...

98 (1) ...

Rules applicable where partnership ceases to exist

(3) Where at any particular time after 1971 a Canadian partnership has ceased to exist and all the partnership property has been distributed to persons who were members of the partnership immediately before that time so that immediately after that time each such person has, in each such property, an undivided interest that, when expressed as a percentage (in this subsection referred to as that person's "percentage") of all undivided interests in the property, is equal to the person's undivided interest, when so expressed, in each other such property, if each such person has jointly so elected in respect of the property in prescribed form and within the time referred to in subsection 96(4), the following rules apply:

(a) each such person's proceeds of the disposition of the person's interest in the partnership shall be deemed to be an amount equal to the greater of

(i) the adjusted cost base to the person, immediately before the particular time, of the person's interest in the partnership, and

(ii) the amount of any money received by the person on the cessation of the partnership's existence, plus the person's percentage of the total of amounts each of which is the cost amount to the partnership of each such property immediately before its distribution;

leur disposition, pour l'application des articles 13 et 20 ainsi que des dispositions réglementaires prises en vertu de l'alinéa 20(1)a :

a) le coût en capital supporté par la société de personnes pour les biens est réputé être celui qui a été supporté par le contribuable pour ces mêmes biens;

b) l'excédent est réputé avoir été admis en déduction en faveur de la société de personnes au titre des biens, en vertu des dispositions réglementaires prises en application de l'alinéa 20(1)a), dans le calcul de son revenu pour des années d'imposition antérieures à l'acquisition de ces biens par la société de personnes.

[...]

98 (1) [...]

Règles applicables lorsqu'une société de personnes cesse d'exister

(3) Lorsque, à un moment donné après 1971, une société de personnes canadienne a cessé d'exister et que tous ses biens ont été attribués à des personnes qui étaient des associés de la société de personnes immédiatement avant ce moment de sorte que, immédiatement après ce moment, chacune de ces personnes possède, sur chacun de ces biens, un droit indivis qui, lorsqu'il est exprimé en pourcentage (appelé le « pourcentage » de cette personne au présent paragraphe) de tous les droits indivis sur ces biens, est égal à son droit indivis, lorsqu'il est ainsi exprimé, sur chacun de ces autres biens, les règles suivantes s'appliquent toutes ces personnes ont fait le choix ensemble relativement à ces biens, selon le formulaire prescrit et dans le délai mentionné au paragraphe 96(4) :

a) le produit que reçoit chacune de ces personnes lors de la disposition de sa participation dans la société de personnes est réputé être un montant égal à la plus élevée des sommes suivantes :

(i) le prix de base rajusté, pour elle, immédiatement avant le moment donné, de sa participation dans la société de personnes,

(ii) le montant qu'elle a reçu en argent lorsque la société de personnes a cessé d'exister, augmenté de son pourcentage du total des montants qui constituent chacun le coût indiqué, pour la société de personnes, de chacun de ces biens, immédiatement avant leur attribution;

(b) the cost to each such person of that person's undivided interest in each such property shall be deemed to be an amount equal to the total of

(i) that person's percentage of the cost amount to the partnership of the property immediately before its distribution,

(i.1) where the property is eligible capital property, that person's percentage of 4/3 of the amount, if any, determined for F in the definition *cumulative eligible capital* in subsection 14(5) in respect of the partnership's business immediately before the particular time, and

(ii) where the amount determined under subparagraph 98(3)(a)(i) exceeds the amount determined under subparagraph 98(3)(a)(ii), the amount determined under paragraph 98(3)(c) in respect of the person's undivided interest in the property;

(c) the amount determined under this paragraph in respect of each such person's undivided interest in each such property that was a capital property (other than depreciable property) of the partnership is such portion of the excess, if any, described in subparagraph 98(3)(b)(ii) as is designated by the person in respect of the property, except that

(i) in no case shall the amount so designated in respect of the person's undivided interest in any such property exceed the amount, if any, by which the person's percentage of the fair market value of the property immediately after its distribution exceeds the person's percentage of the cost amount to the partnership of the property immediately before its distribution, and

(ii) in no case shall the total of amounts so designated in respect of the person's undivided interests in all such capital properties (other than depreciable property) exceed the excess, if any, described in subparagraph 98(3)(b)(ii);

(e) where the property so distributed by the partnership was depreciable property of the partnership of a prescribed class and any such person's percentage of the amount that was the capital cost to the partnership of that property exceeds the amount determined under paragraph 98(3)(b) to be the cost to the person of the person's undivided interest in the property, for the purposes of sections 13 and 20 and any regulations made under paragraph 20(1)(a)

b) le coût que chacune de ces personnes supporte pour son droit indivis sur chacun de ces biens est réputé égal au total des montants suivants :

(i) le pourcentage, pour cette personne, du coût indiqué du bien pour la société de personnes immédiatement avant son attribution,

(i.1) lorsque le bien est une immobilisation admissible, le pourcentage, pour cette personne, des 4/3 du montant représenté par l'élément F de la formule applicable figurant à la définition de *montant cumulatif des immobilisations admissibles* au paragraphe 14(5) titre de l'entreprise de la société de personnes immédiatement avant le moment donné,

(ii) lorsque le montant déterminé en vertu du sous-alinéa a)(i) dépasse le montant déterminé en vertu du sous-alinéa a)(ii), le montant déterminé en vertu de l'alinéa c) relativement à son droit indivis sur ces biens;

c) la somme déterminée en vertu du présent alinéa, relativement au droit indivis de chacune de ces personnes sur chacun de ces biens qui étaient des immobilisations (autres que des biens amortissables) de la société de personnes, est la fraction de l'excédent visé au sous-alinéa b)(ii) qui est désignée par elle, relativement aux biens, sauf que :

(i) en aucun cas la somme ainsi désignée relativement à son droit indivis sur un de ces biens ne peut dépasser l'excédent éventuel de son pourcentage de la juste valeur marchande de ce bien, immédiatement après son attribution, sur son pourcentage du coût indiqué de ce bien, supporté par la société de personnes, immédiatement avant son attribution,

(ii) en aucun cas le total des sommes ainsi désignées relativement à ses droits indivis sur toutes ces immobilisations (autres que les biens amortissables) ne peut être supérieur à l'excédent visé au sous-alinéa b)(ii);

e) lorsque le bien ainsi attribué par la société de personnes était un bien amortissable d'une catégorie prescrite de la société de personnes et que le montant que représente le pourcentage, afférent à l'une de ces personnes, de la somme représentant le coût en capital de ce bien supporté par la société de personnes dépasse le montant déterminé en vertu de l'alinéa b) comme étant le coût, supporté par cette personne, de son droit indivis sur le bien, pour l'application des articles 13 et

(i) the capital cost to the person of the person's undivided interest in the property shall be deemed to be the person's percentage of the amount that was the capital cost to the partnership of the property, and

(ii) the excess shall be deemed to have been allowed to the person in respect of the property under regulations made under paragraph 20(1)(a) in computing income for taxation years before the acquisition by the person of the undivided interest;

...

Disposition of an interest in a partnership

100 (1) Notwithstanding paragraph 38(a), a taxpayer's taxable capital gain for a taxation year from the disposition of an interest in a partnership to any person exempt from tax under section 149 shall be deemed to be

(a) 1/2 of such portion of the taxpayer's capital gain for the year therefrom as may reasonably be regarded as attributable to increases in the value of any partnership property of the partnership that is capital property other than depreciable property,

plus

(b) the whole of the remaining portion of that capital gain.

...

245 (1) ...

Determination of tax consequences

(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,

(a) any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in

20 et des dispositions réglementaires prises en vertu de l'alinéa 20(1)a) :

(i) le coût en capital, supporté par elle, de son droit indivis sur le bien est réputé être son pourcentage de la somme représentant le coût en capital du bien supporté par la société de personnes,

(ii) l'excédent est réputé lui avoir été alloué au titre du bien selon les dispositions réglementaires prises en application de l'alinéa 20(1)a), dans le calcul du revenu pour les années d'imposition antérieures à l'acquisition, par elle, de son droit indivis;

[...]

Disposition d'une participation dans une société de personnes

100 (1) Malgré l'alinéa 38a), un gain en capital imposable d'un contribuable, pour une année d'imposition, tiré de la disposition d'une participation dans une société de personnes en faveur d'une personne exonérée d'impôt en vertu de l'article 149 est réputé être formé du total des sommes suivantes :

a) la moitié de la partie de son gain en capital tiré de cette source, pour l'année, qu'il est raisonnable de considérer comme attribuable à l'augmentation de valeur de tout bien de la société de personnes qui est une immobilisation, sauf un bien amortissable;

b) la totalité de la partie restante de ce gain en capital.

[...]

245 (1) [...]

Attributs fiscaux à déterminer

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2) et malgré tout autre texte législatif, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

a) toute déduction, exemption ou exclusion dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu

Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

(b) any such deduction, exemption or exclusion, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

(c) the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

(d) the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (as amended in 2012)

Winding-up

88 (1) ...

...

(d) ...

...

(ii.1) for the purpose of calculating the amount in subparagraph (ii) in respect of an interest of the subsidiary in a partnership, the fair market value of the interest at the time the parent last acquired control of the subsidiary is deemed to be the amount determined by the formula

$$A - B$$

where

A is the fair market value (determined without reference to this subparagraph) of the interest at that time, and

B is the portion of the amount by which the fair market value (determined without reference to this subparagraph) of the interest at that time exceeds its cost amount

imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

b) tout ou partie de cette déduction, exemption ou exclusion ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

c) la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

d) les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (telle qu'amendée en 2012)

Liquidation

88 (1) [...]

[...]

d) [...]

[...]

(ii.1) pour le calcul de la somme visée au sous-alinéa (ii) relativement à une participation de la filiale dans une société de personnes, la juste valeur marchande de la participation au moment où la société mère a acquis la dernière fois le contrôle de la filiale est réputée correspondre à la somme obtenue par la formule suivante :

$$A - B$$

où :

A représente la juste valeur marchande de la participation à ce moment, déterminée compte non tenu du présent sous-alinéa,

B la partie de l'excédent de la juste valeur marchande de la participation à ce moment, déterminée compte non tenu du présent sous-alinéa, sur son coût indiqué à ce

at that time as may reasonably be regarded as being attributable at that time to the total of all amounts each of which is

(A) in the case of a depreciable property held directly by the partnership or held indirectly by the partnership through one or more other partnerships, the amount by which the fair market value (determined without reference to liabilities) of the property exceeds its cost amount,

(B) in the case of a Canadian resource property or a foreign resource property held directly by the partnership or held indirectly by the partnership through one or more other partnerships, the fair market value (determined without reference to liabilities) of the property, or

(C) in the case of a property that is not a capital property, a Canadian resource property or a foreign resource property and that is held directly by the partnership or held indirectly through one or more other partnerships, the amount by which the fair market value (determined without reference to liabilities) of the property exceeds its cost amount, and

moment qu'il est raisonnable de considérer comme étant attribuable à ce même moment au total des sommes dont chacune représente :

(A) dans le cas d'un bien amortissable que la société de personnes détient soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs autres sociétés de personnes, l'excédent de la juste valeur marchande du bien, déterminée compte non tenu des dettes et autres obligations, sur son coût indiqué,

(B) dans le cas d'un avoir minier canadien ou d'un avoir minier étranger que la société de personnes détient soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs autres sociétés de personnes, la juste valeur marchande de l'avoir, déterminée compte non tenu des dettes et autres obligations,

(C) dans le cas d'un bien qui n'est ni une immobilisation, ni un avoir minier canadien, ni un avoir minier étranger et que la société de personnes détient soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs autres sociétés de personnes, l'excédent de la juste valeur marchande du bien, déterminée compte non tenu des dettes et autres obligations, sur son coût indiqué,

A-443-16
2018 FCA 32

A-443-16
2018 CAF 32

Apotex Inc. (*Appellant*)

Apotex Inc. (*appelante*)

v.

c.

Bayer Inc. and Bayer Pharma Aktiengesellschaft
(*Respondents*)

Bayer Inc. et Bayer Pharma Aktiengesellschaft
(*intimées*)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. BAYER INC.

RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. BAYER INC.

Federal Court of Appeal, Nadon, Stratas and Woods JJ.A.—Toronto, November 2, 2017; Ottawa, February 6, 2018.

Cour d'appel fédérale, les juges Nadon, Stratas et Woods, J.C.A.—Toronto, 2 novembre 2017; Ottawa, 6 février 2018.

Patents — Infringement — Liability — Appeal from Federal Court remedial decision holding that respondents entitled to elect between their damages, accounting of appellant's profits after having decided in previous decision that appellant had infringed respondents' patent 2382426 ('426 patent) — Respondent Bayer Pharma Aktiengesellschaft owner of '426 patent; respondent Bayer Inc. licensee thereof which allowing it to sell oral contraceptives in Canada under brand names Yasmin, Yaz — Appellant, well-known Canadian generic pharmaceutical company selling generic versions of Yasmin, Yaz tablets in Canada under brand names Zamine, Mya — Appellant receiving Notices of Compliance (NOC) for both Mya, Zamine tablets — Respondent commencing infringement proceedings thereafter — In proceedings, respondents seeking right to elect between damages or accounting of appellant's profits while appellants denying respondents' right to do so — Federal Court determining that appellant infringing '426 patent; that respondents, not appellant, entitled to elect; dismissing appellant's contention that, pursuant to Patent Act, s. 57(1), appellant entitled to elect — Whether Federal Court erring in interpreting Act, s. 57(1); whether Act, s. 57(1) allowing for defendant to elect accounting of profits after finding of infringement — Federal Court not erring with respect to Act, s. 57(1) — Legislative history, relevant judicial interpretation thereof examined — Election of final accounting of profits, following determination of infringement, belonging to patentee, subject to Court's discretion — Moreover, Court cannot oblige patentee to accept as remedy accounting of profits if patentee not willing to do so — Thus, Federal Court right in rejecting appellant's submission; right in stating that, by reason of Act, s. 55(1), patentee having right to damages — Consequently, Federal Court correct to say that patentee always having right to damages unless waived by election — Appeal dismissed.

Brevets — Contrefaçon — Responsabilité — Appel d'une décision de la Cour fédérale portant sur la réparation qui a conclu que les intimées avaient le droit de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante après qu'il eut été conclu dans une décision antérieure que l'appelante avait contrefait le brevet 2382426 (le brevet '426) des intimées — L'intimée, Bayer Pharma Aktiengesellschaft, est propriétaire du brevet '426; l'intimée, Bayer Inc., est titulaire d'une licence qui lui permet de vendre des contraceptifs oraux au Canada sous les marques Yasmin et Yaz — L'appelante est une société pharmaceutique générique canadienne bien connue qui vend ses versions génériques de comprimés Yasmin et Yaz au Canada sous les marques Zamine et Mya — L'appelante a reçu des avis de conformité (AC) pour ses comprimés Mya et Zamine — Les intimées ont intenté une action en contrefaçon par la suite — Dans leurs déclarations, les intimées ont demandé le droit de choisir entre des dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante, alors que l'appelante a contesté le droit des intimées de faire ce choix — La Cour fédérale a conclu que le brevet '426 avait été contrefait par l'appelante; que le droit de choisir appartenait aux intimées, et non à l'appelante; elle a rejeté la prétention de l'appelante selon laquelle l'art. 57(1) de la Loi sur les brevets l'autorisait à choisir — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de l'art. 57(1) de la Loi et si l'art. 57(1) de la Loi permet au défendeur d'opter pour la restitution des bénéfices une fois la contrefaçon établie — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur au sujet de l'art. 57(1) de la Loi — L'historique législatif de la disposition et son interprétation judiciaire ont été examinés — Le choix de la restitution finale des bénéfices, une fois la contrefaçon établie, appartient au breveté, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour — En outre, la Cour ne saurait

obliger le breveté à accepter une restitution des bénéfices s'il n'est pas disposé à le faire — La Cour fédérale a donc rejeté l'argument de l'appelante à juste titre; elle avait raison d'affirmer qu'en raison de l'art. 55(1) de la Loi, le breveté a droit à des dommages-intérêts — Par conséquent, la Cour fédérale a eu raison de dire que le breveté a toujours droit à des dommages-intérêts à moins qu'il y renonce par choix — Appel rejeté.

This was an appeal from a Federal Court remedial decision holding that the respondents were entitled to elect between their damages and an accounting of the appellant's profits after it had been decided in a previous decision that the respondents' patent 2382426 (the '426 patent) had been infringed by the appellant. The appellant argued that, in the circumstances of the present matter, subject to the Court's discretion, it could elect the remedy to which the respondents were entitled and, in this case, the appellant elected an accounting of its profits.

The respondent Bayer Pharma Aktiengesellschaft is the owner of the '426 patent and the respondent Bayer Inc. is a licensee thereof which allows it to sell, with the accord of the patent owner, oral contraceptives in Canada containing drospirenone and ethinylestradiol under the brand names Yasmin and Yaz. The appellant is a well-known Canadian generic pharmaceutical company which sells its generic versions of Yasmin and Yaz tablets in Canada under the brand names of Zamine and Mya. Following litigation between the parties, pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the Federal Court held, in respect of the respondents' Yaz tablets, that the respondents had not met their burden of proving that the appellant's allegations of non-infringement were not justified. The appellant thus received a Notice of Compliance (NOC) from the Minister of Health for its Mya tablets and the respondents commenced infringement proceedings against it thereafter. As for the Yasmin tablets, the appellant also received a NOC in respect of its Zamine tablets and the respondents subsequently commenced infringement proceedings against the appellant in the Federal Court. In their proceedings, the respondents sought as a remedy the right to elect between damages or an accounting of the appellant's profits while the appellants denied the respondents' right to do so.

The Federal Court determined that specific claims of the '426 patent were valid and had been infringed by the appellant. It also held that the respondents, not the appellant, were entitled to elect. The Federal Court dismissed the appellant's contention that pursuant to subsection 57(1) of the *Patent Act*,

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale portant sur la réparation qui a conclu que les intimées avaient le droit de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante après qu'il eut été conclu dans une décision antérieure que l'appelante avait contrefait le brevet 2382426 (le brevet '426) des intimées. L'appelante a plaidé que, dans les circonstances de la présente affaire et sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour, elle pouvait choisir la réparation à laquelle les intimées avaient droit et, en l'espèce, l'appelante a choisi la restitution des bénéfices.

L'intimée, Bayer Pharma Aktiengesellschaft, est propriétaire du brevet '426, alors que l'intimée, Bayer Inc., est titulaire d'une licence qui lui permet de vendre, avec l'accord du propriétaire du brevet, des contraceptifs oraux contenant de la drospirénone et de l'éthinylestradiol au Canada sous les marques Yasmin et Yaz. L'appelante est une société pharmaceutique générique canadienne bien connue qui vend ses versions génériques de comprimés Yasmin et Yaz au Canada sous les marques Zamine et Mya. À la suite d'un litige intervenu entre les parties sur le fondement du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, la Cour fédérale a conclu que les intimées ne s'étaient pas acquittées du fardeau qui leur incombait de prouver que les allégations de non-contrefaçon des comprimés Yaz formulées par l'appelante n'étaient pas fondées. En conséquence de cette décision, l'appelante a reçu un avis de conformité (AC) du ministre de la Santé pour ses comprimés Mya, et les intimées ont intenté une action en contrefaçon contre l'appelante par la suite. En ce qui concerne les comprimés Yasmin, l'appelante a reçu également un avis de conformité à l'égard de ses comprimés Zamine et les intimées ont par la suite intenté contre elle une action en contrefaçon devant la Cour fédérale. Dans leurs déclarations, les intimées ont demandé, à titre de réparation, le droit de choisir entre des dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante, alors que l'appelante a contesté le droit des intimées de faire ce choix.

La Cour fédérale a conclu que certaines revendications en particulier du brevet '426 étaient valides et qu'elles avaient été contrefaites par l'appelante. La Cour a aussi conclu que le droit de choisir appartenait aux intimées, et non à l'appelante. La Cour fédérale a rejeté la prétention de l'appelante qui affirmait

it was entitled to elect. It was of the opinion that by reason of subsection 55(1) of the Act, which grants a patentee the right to damages following a finding of infringement, the Court had no discretion to deny the respondents a right given to them by Parliament.

The issue was whether the Federal Court erred in interpreting subsection 57(1) of the Act. More particularly, whether subsection 57(1) of the Act allows for the defendant to elect an accounting of profits after a finding of infringement.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err with respect to subsection 57(1) of the Act and the appellant's argument that the subsection clearly allows both a plaintiff and a defendant to request the Court to grant the plaintiff an accounting of profits was rejected. Subsection 55(1) of the Act was examined. The Federal Court held that this subsection impliedly prevents an infringer from electing under subsection 57(1) of the Act. It was difficult to agree with the proposition put forward by the appellant that it, the infringing party, can choose the remedy which the Court should grant to the respondents even though its proposition was expressed differently. The respondents' argument that there can be no doubt that subsection 55(1) grants patentees the right to claim the damages resulting from the infringement of their patents and that this right can be waived or displaced only if a patentee seeks an election, pursuant to subsection 57(1) of the Act, of the infringer's profits in lieu of damages was accepted. To properly understand the meaning of subsection 57(1), the legislative history of the provision and the relevant judicial interpretation were examined. It is clear from *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.* that the election of a final accounting of profits, following a determination of infringement, necessarily belongs to a patentee, subject to the Court's discretion. Moreover, the Court cannot oblige the patentee to accept as a remedy an accounting of profits if it is not willing to do so. Thus, the Federal Court was right in rejecting the appellant's submission. The Federal Court was also right in stating that, by reason of subsection 55(1), the patentee has a right to damages. Subsection 55(1) clearly gives the patentee a right to damages that cannot be abrogated by the infringing party or the Court. Consequently, the Federal Court was correct to say that, in light of the legislation and the authorities, a patentee always has a right to damages unless waived by election.

que le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les brevets* l'autorisait à choisir. Selon la Cour, en raison du paragraphe 55(1) de la Loi, qui accorde au breveté le droit à des dommages-intérêts par suite d'une décision concluant à une contrefaçon, la Cour ne pouvait, à sa discrétion, priver les intimées d'un droit conféré par le législateur.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation du paragraphe 57(1) de la Loi. Plus particulièrement, si le paragraphe 57(1) de la Loi permet au défendeur d'opter pour la restitution des bénéfices une fois la contrefaçon établie.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a commis aucune erreur au sujet du paragraphe 57(1) de la Loi, et les arguments de l'appelante selon lesquels tant le plaignant que le défendeur peuvent demander à la Cour d'accorder au plaignant la restitution des bénéfices ont été rejetés. Le paragraphe 55(1) de la Loi a été examiné. La Cour fédérale a conclu que ce paragraphe empêche implicitement le contrefacteur de faire le choix prévu au paragraphe 57(1) de la Loi. Il était difficile de souscrire à la proposition de l'appelante voulant qu'elle-même, la partie contrefaisante, puisse choisir la réparation que la Cour devrait accorder aux intimées, bien que sa proposition ait été formulée différemment. L'argument des intimées selon lequel il ne fait aucun doute que le paragraphe 55(1) accorde au breveté le droit de réclamer des dommages-intérêts par suite de la contrefaçon de son brevet, et que ce droit ne peut être écarté ni faire l'objet d'une renonciation que si le breveté choisit, conformément au paragraphe 57(1) de la Loi, de demander la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur plutôt que des dommages-intérêts, a été retenu. Pour bien comprendre le sens du paragraphe 57(1), l'historique législatif de la disposition et son interprétation judiciaire ont été examinés. Il ressort clairement de l'arrêt *Beloit Canada Ltée. c. Valmet-Dominion Inc.* que le choix de la restitution finale des bénéfices, une fois la contrefaçon établie, appartient nécessairement au breveté, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour. En outre, la Cour ne saurait obliger le breveté à accepter une restitution des bénéfices s'il n'est pas disposé à le faire. La Cour fédérale a donc rejeté l'argument de l'appelante à juste titre. Elle avait aussi raison d'affirmer qu'en raison du paragraphe 55(1), le breveté a droit à des dommages-intérêts. Le paragraphe 55(1) confère de toute évidence au breveté le droit à des dommages-intérêts, lequel ne peut être écarté par le contrefacteur ou par la Cour. Par conséquent, la Cour fédérale a eu raison de dire que, à la lumière de la Loi et de la jurisprudence, le breveté a toujours droit à des dommages-intérêts à moins qu'il y renonce par choix.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act respecting Patents of Invention, 1869, 32 & 33 Vict., c. 11, s. 24.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 4, 20.
Patent Act, R.S.C. 1952, c. 203, s. 59.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 55(1), 57.
Patent Law Amendment Act, 1852 (The) (U.K.) 15 & 16 Vict., c. 83, s. 42.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

CASES CITED

APPLIED:

Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc., [1997] 3 F.C. 497, (1997), 73 C.P.R. (3d) 321 (C.A.); *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

CONSIDERED:

Bayer Inc. v. Apotex Inc., 2016 FC 1013, 142 C.P.R. (4th) 1; *Holland v. Fox* (1854), 118 E.R. 1407, 3 El. & Bl. 977; *Vidi v. Smith* (1854), 118 E.R. 1404, 3 El. & Bl. 969; *Hamilton v. Thomson* (1875), 16 N.B.R. 237 (S.C.); *Irwin Specialties Ltd. v. Allied Plastic Pipe Ltd. & Profile Extruders Ltd. et al.* (1967), 54 C.P.R. 29 (Ex. C.R.); *Cutter Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53, [1980] F.C.J. No. 203 (QL) (C.A.).

REFERRED TO:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc., 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; *Huntington v. Lutz et al.* (1863), 13 U.C.C.P. 168; *Lister v. Norton et al.* (1884), 1 R.P.C. 114 (Ch. D.); *Jackson v. Needle* (1884), 1 R.P.C. 174 (C.A.); *Smith v. Grigg Ltd.* (1924), 41 R.P.C. 149 (C.A.); *Teledyne Industries Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1977), 17 O.R. (2d) 111, 33 C.P.R. (2d) 270 (Div. Ct.), affd (1978), 19 O.R. (2d) 740, 41 C.P.R. (2d) 60 (C.A.).

AUTHORS CITED

Frost, Robert. *Treatise on the Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Vol. 1, London: Stevens and Haynes, 1912.
 Webster, Thomas. *The New Patent Law: Its History, Objects, and Provisions*, 3rd ed. London: F. Elsworth, 1853.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Acte concernant les Brevets d'Invention, 1869, 32 & 33 Vict., ch. 11, art. 24.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55(1), 57.
Loi sur les brevets, S.R.C. 1952, ch. 203, art. 59.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 4, 20.
Patent Law Amendment Act, 1852 (The) (U.K.) 15 & 16 Vict., ch. 83, art. 42.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc., [1997] 3 C.F. 497 (C.A.); *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bayer Inc. c. Apotex Inc., 2016 CF 1013; *Holland v. Fox* (1854), 118 E.R. 1407, 3 El. & Bl. 977; *Vidi v. Smith* (1854), 118 E.R. 1404, 3 El. & Bl. 969; *Hamilton v. Thomson* (1875), 16 N.B.R. 237 (C.S.); *Irwin Specialties Ltd. v. Allied Plastic Pipe Ltd. & Profile Extruders Ltd. et al.* (1967), 54 C.P.R. 29 (R.C. de l'É.); *Cutter Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.*, [1980] A.C.F. n° 203 (QL) (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Huntington v. Lutz et al.* (1863), 13 U.C.C.P. 168; *Lister v. Norton et al.* (1884), 1 R.P.C. 114 (Ch. D.); *Jackson v. Needle* (1884), 1 R.P.C. 174 (C.A.); *Smith v. Grigg Ltd.* (1924), 41 R.P.C. 149 (C.A.); *Teledyne Industries Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1977), 17 O.R. (2d) 111, 33 C.P.R. (2d) 270 (C. div.), conf. par (1978), 19 O.R. (2d) 740, 41 C.P.R. (2d) 60 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Frost, Robert. *Treatise on the Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd. vol. 1, London : Stevens and Haynes, 1912.
 Webster, Thomas. *The New Patent Law : Its History, Objects, and Provisions*, 3^e éd. London : F. Elsworth, 1853.

APPEAL from a Federal Court decision (2016 FC 1192, 142 C.P.R. (4th) 374) holding that the respondents were entitled to elect between their damages and an accounting of the appellant's profits after it had been decided in a previous Federal Court decision that the appellant had infringed the respondents' patent 2382426 (the '426 patent). Appeal dismissed.

APPEARANCES

Andrew Brodtkin and Daniel Cappe for appellant.
Jason Markwell and Stephanie Anderson for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Goodmans LLP, Toronto, for appellant.
Belmore Neidrauer LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

NADON J.A.:

I. Introduction

[1] On September 7, 2016, Mr. Justice Fothergill (the Judge) held that the respondents' patent 2382426 (the '426 patent) had been infringed by the appellant: 2016 FC 1013, 142 C.P.R. (4th) 1. On October 27, 2016, he held that the respondents were entitled to elect between their damages and an accounting of the appellant's profits: 2016 FC 1192. The appellant appeals from this remedial decision.

[2] The appellant argued before the Judge, and now argues before us, that in the circumstances of the present matter, subject to the Court's discretion, it can elect the remedy to which the respondents are entitled. Here, the appellant elects an accounting of its profits.

[3] In my view, the appellant cannot make such an election and consequently its appeal should be dismissed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2016 CF 1192), qui a conclu que les intimées avaient le droit de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante après qu'il eut été conclu dans une décision antérieure de la Cour fédérale que l'appelante avait contrefait le brevet 2382426 (le brevet '426) des intimées. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Andrew Brodtkin et Daniel Cappe pour l'appelante.
Jason Markwell et Stephanie Anderson pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Goodmans LLP, Toronto, pour l'appelante.
Belmore Neidrauer LLP, Toronto, pour les intimées.

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

LE JUGE NADON, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Le 7 septembre 2016, le juge Fothergill (le juge) a conclu que l'appelante avait contrefait le brevet 2382426 (le brevet '426) des intimées : 2016 CF 1013. Le 27 octobre 2016, il a conclu que les intimées avaient le droit de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante : 2016 CF 1192. L'appelante interjette appel de cette décision portant sur la réparation.

[2] L'appelante a plaidé devant le juge et plaide maintenant devant nous que, dans les circonstances de la présente affaire et sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour, elle peut choisir la réparation à laquelle les intimées ont droit. En l'espèce, l'appelante choisit la restitution des bénéfices.

[3] À mon avis, l'appelante ne peut faire un tel choix et son appel devrait, par conséquent, être rejeté.

II. Facts and proceedings

[4] The respondent Bayer Pharma Aktiengesellschaft is the owner of the '426 patent and the respondent Bayer Inc. is a licensee thereof which allows it to sell, with the accord of the patent owner, oral contraceptives in Canada containing drospirenone and ethinylestradiol under the brand names Yasmin and Yaz.

[5] The appellant Apotex Inc. is a well-known Canadian generic pharmaceutical company which sells its generic versions of Yasmin and Yaz tablets in Canada under the brand names of Zamine and Mya.

[6] Following litigation between the parties, pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the Regulations), the Federal Court held, in respect of the respondents' Yaz tablets, that the respondents had not met their burden of proving that the appellant's allegations of non-infringement were not justified. As a result of this determination, the appellant received a notice of compliance (NOC) from the Minister of Health (the Minister) for its Mya tablets on May 8, 2014, thus allowing the appellant to come to market with its product. On June 4, 2014, the respondents commenced infringement proceedings against the appellant in the Federal Court.

[7] Because the '426 patent was not listed on the patent registry in respect of the respondents' Yasmin tablets, no litigation under the Regulations took place between the parties in respect of these tablets. On August 15, 2013, the appellant received a NOC from the Minister in respect of its Zamine tablets and on August 30, 2013, the respondents commenced infringement proceedings against the appellant in the Federal Court.

[8] In their statements of claim, the respondents sought, as a remedy, the right to elect between damages or an accounting of the appellant's profits after discovery and inquiry. In its statements of defence, the appellant denied, *inter alia*, the respondents' right to elect as between damages and its profits.

II. Rappel des faits et historique judiciaire

[4] L'intimée, Bayer Pharma Aktiengesellschaft, est propriétaire du brevet '426, alors que l'intimée, Bayer Inc., est titulaire d'une licence qui lui permet de vendre, avec l'accord du propriétaire du brevet, des contraceptifs oraux contenant de la drospirénone et de l'éthinylestradiol au Canada sous les marques Yasmin et Yaz.

[5] L'appelante Apotex Inc. est une société pharmaceutique générique canadienne bien connue qui vend ses versions génériques de comprimés Yasmin et Yaz au Canada sous les marques Zamine et Mya.

[6] Par suite d'un litige intervenu entre les parties sur le fondement du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement), la Cour fédérale a conclu que les intimées ne s'étaient pas acquittées du fardeau qui leur incombait de prouver que les allégations de non-contrefaçon des comprimés Yaz formulées par l'appelante n'étaient pas fondées. En conséquence de cette décision, l'appelante a reçu, le 8 mai 2014, un avis de conformité (AC) du ministre de la Santé (le ministre) pour ses comprimés Mya, ce qui lui a permis de commercialiser son produit. Le 4 juin 2014, les intimées ont intenté une action en contrefaçon contre l'appelante devant la Cour fédérale.

[7] Comme le brevet '426 n'était pas inscrit au registre des brevets en ce qui concerne les comprimés Yasmin des intimées, aucun litige fondé sur le Règlement n'est intervenu entre les parties à l'égard de ces comprimés. Le 15 août 2013, l'appelante a reçu un avis de conformité de la part du ministre à l'égard de ses comprimés Zamine et, le 30 août 2013, les intimées ont intenté contre elle une action en contrefaçon devant la Cour fédérale.

[8] Dans leurs déclarations, les intimées ont demandé, à titre de réparation, le droit de choisir entre des dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante, après analyse et communication préalable raisonnables. Dans sa défense, l'appelante a entre autres contesté le droit des intimées de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par elle.

[9] After a trial of approximately six weeks in January and February 2016, the Judge reserved his decision. On September 7, 2016, he rendered his decision and determined that claims 31, 48 and 49 of the '426 patent were valid and that they had been infringed by the appellant.

[10] Following the September 7, 2016 decision, the parties, as requested by the Judge in his decision, provided written submissions regarding the respondents' right to elect between damages and an accounting of the appellant's profits.

[11] As indicated earlier, on October 27, 2016, the Judge held that the respondents, not the appellant, were entitled to elect. This is the decision under appeal.

III. The Federal Court decision

[12] The issue which the Judge had to determine was whether the respondents or the appellant had the right to elect which remedy should be granted to the respondents.

[13] First, the Judge dismissed the appellant's contention that pursuant to subsection 57(1) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act), it was entitled to elect. In his view, by reason of subsection 55(1) of the Act, which grants a patentee the right to damages following a finding of infringement, the Court had no discretion to deny the respondents of a right given to them by Parliament.

[14] Further, in the Judge's view, the Court had the power to award a patentee the equitable remedy of an accounting of profits, which power was derived from sections 4 and 20 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and subsection 57(1) of the Act. In so concluding, the Judge relied on this Court's decision in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 F.C. 497 (C.A.) (*Beloit*), at paragraph 97. In the Judge's opinion, it was common practice in cases of the type before him to allow a patentee to elect but that this practice did not establish a right to elect in favour of patentees since the granting of an equitable remedy,

[9] Après un procès qui s'est étalé sur environ six semaines, en janvier et février 2016, le juge a mis l'affaire en délibéré. Le 7 septembre 2016, il a rendu sa décision et a conclu que les revendications 31, 48 et 49 du brevet '426 étaient valides et qu'elles avaient été contrefaites par l'appelante.

[10] À la suite de la décision du 7 septembre 2016, et comme le juge le leur avait demandé, les parties ont présenté des observations écrites concernant le droit des intimées de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante.

[11] Comme nous le mentionnons, le juge a conclu, le 27 octobre 2016, que le droit de choisir appartenait aux intimées, et non à l'appelante. Il s'agit de la décision visée par le présent appel.

III. La décision de la Cour fédérale

[12] La question que le juge devait trancher était de savoir qui, des intimées ou de l'appelante, avait le droit de choisir la réparation qu'il convenait d'accorder aux intimées.

[13] Le juge a d'abord rejeté la prétention de l'appelante qui affirmait que le paragraphe 57(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi) l'autorisait à choisir. Selon lui, en raison du paragraphe 55(1) de la Loi, qui accorde au breveté le droit à des dommages-intérêts par suite d'une décision concluant à une contrefaçon, la Cour ne pouvait, à sa discrétion, priver les intimées d'un droit conféré par le législateur.

[14] Par ailleurs, le juge a estimé que la Cour avait le pouvoir d'accorder au breveté la réparation en *equity* que constitue la restitution des bénéfices, ce pouvoir lui étant conféré par les articles 4 et 20 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 et le paragraphe 57(1) de la Loi. Pour tirer cette conclusion, le juge s'est fondé sur l'arrêt de notre Cour *Beloit Canada Ltée. c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F. 497 (C.A.) (*Beloit*), au paragraphe 97. Selon lui, il était de pratique courante, dans les affaires comme celle dont il était saisi, de permettre au breveté de choisir, mais cette pratique ne permettait pas de conclure que le breveté dispose du droit de

such as an accounting for profits, was in the Court's discretion.

[15] The Judge also made the point that what the appellant was attempting to do was, in effect, to deprive the respondents of their statutory rights to damages. At paragraphs 10 and 11 of his reasons, he made the following remarks:

An unsuccessful defendant cannot invoke the Court's equitable jurisdiction to shield itself from an award of damages. This would turn the doctrines of equity and parliamentary sovereignty on their heads. At most, an unsuccessful defendant may oppose the grant of an equitable remedy based on considerations that have been recognized in the jurisprudence, *e.g.*, the plaintiff's lack of "clean hands"; the plaintiff's undue delay in commencing the proceedings; the plaintiff's undue delay in prosecuting the proceedings; the complexity of an accounting of profits; or the infringer's conduct (see *Varco Canada Ltd v Pason Systems Corp*, 2013 FC 750 at paras 403-410; *Philip Morris Products SA v Marlboro Canada Ltd*, 2015 FC 364 at paras 22-45, *aff'd* 2016 FCA 55). Aside from Apotex's adherence to the *NOC Regulations*, the defendants do not claim that any of these considerations arise here.

Given that Bayer is entitled to damages pursuant to s 55(1) of the *Patent Act*, and all parties agree that an accounting of profits may also be an appropriate remedy, I see no reason to deny Bayer an election between damages and profits.

[16] Thus, the Judge ordered that the respondents, after due inquiry and reasonable discovery, could elect between damages or an accounting of the appellant's profits.

IV. Statutory provisions

[17] Subsections 55(1) and 57(1) of the Act are at the heart of this appeal and I therefore reproduce them:

choisir, puisque l'octroi d'une réparation en *equity*, telle la restitution des bénéfices, relevait du pouvoir discrétionnaire de la Cour.

[15] Le juge a également mentionné que l'appelante tentait en fait de priver les intimées du droit à des dommages-intérêts que leur confère la Loi. Aux paragraphes 10 et 11 de ses motifs, il a formulé les observations suivantes :

Un défendeur n'ayant pas eu gain de cause ne peut invoquer la compétence en *equity* de la Cour pour se soustraire à une condamnation à des dommages-intérêts. Ce serait là dénaturer les principes de l'*equity* et de la souveraineté parlementaire. Tout au plus, le défendeur n'ayant pas eu gain de cause peut s'opposer à l'octroi d'une réparation en *equity* en se fondant sur des considérations reconnues par la jurisprudence, *p. ex.*, le demandeur n'est pas sans reproche; le demandeur a indûment tardé à intenter la poursuite; le demandeur a indûment tardé à poursuivre l'instance; la complexité d'une restitution des bénéfices, ou encore la conduite du contre-facteur (voir *Varco Canada Limited c. Pason Systems Corp.*, 2013 CF 750, aux paragraphes 403 à 410; *Philip Morris Products S.A. c. Marlboro Canada Limited*, 2015 CF 364, aux paragraphes 22 à 45, *conf. par* 2016 CAF 55). Outre qu'Apotex s'est conformée au *Règlement sur les AC*, les défenderesses ne prétendent pas que ces considérations s'appliquent en l'espèce.

Étant donné que Bayer a droit à des dommages-intérêts, conformément au paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets*, et qu'il est constant qu'une restitution des bénéfices puisse aussi être une réparation appropriée, je ne vois aucune raison de refuser à Bayer la possibilité de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices.

[16] Ainsi, le juge a ordonné qu'à l'issue d'une analyse et d'une communication préalable raisonnables, les intimées puissent choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante.

IV. Dispositions législatives

[17] Les paragraphes 55(1) et 57(1) de la Loi sont au cœur du présent appel. C'est pourquoi je les reproduis :

Liability for patent infringement

55 (1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

...

Injunction may issue

57 (1) In any action for infringement of a patent, the court, or any judge thereof, may, on the application of the plaintiff or defendant, make such order as the court or judge sees fit,

(a) restraining or enjoining the opposite party from further use, manufacture or sale of the subject-matter of the patent, and for his punishment in the event of disobedience of that order, or

(b) for and respecting inspection or account,

and generally, respecting the proceedings in the action.

V. Issues

[18] The only issue before us is whether the Judge erred in interpreting subsection 57(1) of the Act. More particularly, does subsection 57(1) allow for the defendant to elect an accounting of profits after a finding of infringement?

VI. Analysis

[19] Before addressing the appellant's submissions on this appeal, a few words concerning the applicable standard of review are necessary.

[20] The appellant says that since the question to be determined is whether the Judge properly interpreted subsection 57(1) of the Act, a question of law is engaged and thus the standard to be applied is that of correctness.

Contrefaçon et recours

55 (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet.

[...]

Interdiction

57 (1) Dans toute action en contrefaçon de brevet, la Cour, ou l'un de ses juges, peut, sur requête du plaignant ou du défendeur, rendre l'ordonnance qu'il juge à propos de rendre :

a) pour interdire ou défendre à la partie adverse de continuer à exploiter, fabriquer ou vendre l'article qui fait l'objet du brevet, et pour prescrire la peine à subir dans le cas de désobéissance à cette ordonnance;

b) pour les fins et à l'égard de l'inspection ou du règlement de comptes,

et d'une façon générale, quant aux procédures de l'action.

V. Questions en litige

[18] La seule question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le juge a commis une erreur dans son interprétation du paragraphe 57(1) de la Loi. Plus particulièrement, le paragraphe 57(1) permet-il au défendeur d'opter pour la restitution des bénéfices une fois la contrefaçon établie?

VI. Analyse

[19] Avant d'examiner les observations formulées par l'appelante dans le présent appel, quelques mots sur la norme de contrôle applicable s'imposent.

[20] L'appelante affirme qu'il nous faut déterminer si le juge a correctement interprété le paragraphe 57(1) de la Loi, de sorte qu'une question de droit est soulevée et que la norme applicable est celle de la décision correcte.

[21] The respondents disagree with the appellant. They say that since the Judge's decision as to whether the respondents can elect between an accounting of the appellant's profits or damages is a discretionary decision, it follows that his decision is one that is entitled to deference. Consequently, the respondents submit, relying on this Court's decision in *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588, which relied on the Supreme Court decision in *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at pages 404–405, that the standard applicable to the decision at issue is whether the Judge gave sufficient weight to all of the relevant considerations.

[22] However, the respondent says that if the true issue is the interpretation of subsection 57(1), then the applicable standard is correctness.

[23] The standard applicable here is correctness. The question before us is the meaning of subsection 57(1), a question of law. I would, however, remind the parties that in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331, this Court held that the standard applicable to discretionary decisions of judges of the Federal Court was the standard enunciated by the Supreme Court in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. In other words, with respect to questions of law, the applicable standard is that of correctness and with respect to mixed questions of fact and law and questions of fact, the applicable standard is the palpable and overriding error standard.

[24] I now turn to the appellant's submissions as to why we should intervene in the present appeal.

[25] First, the appellant says that the Judge misinterpreted subsection 57(1) of the Act. Second, it says that because of his error in interpreting subsection 57(1), the Judge failed to consider and address those circumstances which the appellant says ought to have led him

[21] Les intimées ne sont pas d'accord avec l'appelante. Elles disent que, puisque la décision du juge quant à savoir si les intimées peuvent choisir entre la restitution des bénéfices réalisés par l'appelante ou des dommages-intérêts est une décision discrétionnaire, il s'ensuit qu'elle commande la retenue. Par conséquent, les intimées se fondent sur la décision de notre Cour dans l'arrêt *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588, elle-même fondée sur l'arrêt de la Cour suprême *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, aux pages 404 et 405, pour affirmer que la norme applicable à la décision en cause est celle de savoir si le juge a accordé suffisamment de poids à l'ensemble des considérations pertinentes.

[22] Toutefois, les intimées affirment que, si la véritable question en litige est celle de l'interprétation du paragraphe 57(1), alors la norme applicable est celle de la décision correcte.

[23] En l'espèce, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La question dont nous sommes saisis est celle du sens à donner au paragraphe 57(1), ce qui est une question de droit. J'aimerais toutefois rappeler aux parties que, dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, la Cour a conclu que la norme applicable aux décisions discrétionnaires rendues par les juges de la Cour fédérale était celle énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. En d'autres termes, la norme applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte, et la norme applicable aux questions mixtes de fait et de droit ainsi qu'aux questions de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante.

[24] J'examine maintenant les observations de l'appelante quant à la raison pour laquelle nous devrions intervenir dans le présent appel.

[25] L'appelante dit d'une part que le juge a mal interprété le paragraphe 57(1) de la Loi. Elle dit d'autre part qu'à cause de cette erreur d'interprétation du paragraphe 57(1), le juge n'a pas tenu compte des circonstances qui, selon elle, auraient dû l'amener à exercer

to exercise his discretion in its favour; i.e., to allow it to elect an accounting of its profits as the proper remedy for the respondents.

[26] Because I conclude that the Judge made no error in regard to subsection 57(1) of the Act, I need only address the appellant's first submission.

[27] The appellant's arguments regarding subsection 57(1) of the Act are quite straight-forward. Relying on the language of the subsection, the appellant says that the subsection clearly allows both a plaintiff and a defendant to request the Court to grant the plaintiff an accounting of profits.

[28] Subsection 55(1) provides that "[a] person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement." The Judge held that this subsection impliedly prevents an infringer from electing under subsection 57(1). The appellant says there is no basis for that holding. In the appellant's view, a proper reading of subsections 55(1) and 57(1) leads to the conclusion that a patentee is entitled to damages "unless *either* party to a litigation [*sic*] applies successfully to the Court for the right to elect an account of profits rather than an award of damages" (emphasis in original) (appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 31). In support of that view, the appellant says that nothing in the Act supports the contention that subsection 55(1) is paramount to any other section of the Act, adding that had Parliament intended subsection 55(1) to be paramount, it would have used express language to that effect.

[29] Thus, according to the appellant, following the Judge's determination that the '426 patent was infringed, both parties, by reason of subsection 57(1), could apply to the Court to elect an accounting of profits.

son pouvoir discrétionnaire en sa faveur; c'est-à-dire, qu'il lui permette de choisir la restitution des bénéfices qu'elle a réalisés à titre de réparation appropriée pour les intimées.

[26] Puisque je conclus que le juge n'a commis aucune erreur au sujet du paragraphe 57(1) de la Loi, je me bornerai à examiner la première observation de l'appelante.

[27] Les arguments de l'appelante concernant le paragraphe 57(1) de la Loi sont assez simples. S'appuyant sur le libellé de la disposition, elle affirme qu'il est évident que tant le plaignant que le défendeur peut demander à la Cour d'accorder au plaignant la restitution des bénéfices.

[28] Le paragraphe 55(1) dispose que « [q]uiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l'octroi du brevet ». Le juge a conclu que ce paragraphe empêche implicitement le contrefacteur de faire le choix prévu au paragraphe 57(1). L'appelante dit que cette conclusion ne repose sur aucun fondement. Selon elle, une interprétation adéquate des paragraphes 55(1) et 57(1) mène à la conclusion que le breveté a droit à des dommages-intérêts [TRADUCTION] « à moins que *l'une ou l'autre* des parties au litige s'adresse à la Cour et obtienne le droit de choisir la restitution des bénéfices plutôt que l'octroi de dommages-intérêts » (caractère gras dans l'original) (mémoire des faits et du droit de l'appelante, au paragraphe 31). À l'appui de ce point de vue, l'appelante affirme que rien dans la Loi n'étaye la prétention que le paragraphe 55(1) a prépondérance sur toute autre disposition de la Loi, ajoutant que, si le législateur avait voulu que le paragraphe 55(1) ait prépondérance, il l'aurait expressément indiqué.

[29] Ainsi, selon l'appelante, après que le juge a conclu que le brevet '426 avait été contrefait, les deux parties pouvaient demander à la Cour, en vertu du paragraphe 57(1), le droit de choisir la restitution des bénéfices.

[30] The appellant then addresses the remarks made by the Judge at paragraph 10 of his reasons, which, for ease of reference, I again reproduce:

An unsuccessful defendant cannot invoke the Court's equitable jurisdiction to shield itself from an award of damages. This would turn the doctrines of equity and parliamentary sovereignty on their heads. At most, an unsuccessful defendant may oppose the grant of an equitable remedy based on considerations that have been recognized in the jurisprudence, *e.g.*, the plaintiff's lack of "clean hands"; the plaintiff's undue delay in commencing the proceedings; the plaintiff's undue delay in prosecuting the proceedings; the complexity of an accounting of profits; or the infringer's conduct (see *Varco Canada Ltd v Pason Systems Corp*, 2013 FC 750 at paras 403-410; *Philip Morris Products SA v Marlboro Canada Ltd*, 2015 FC 364 at paras 22-45, *aff'd* 2016 FCA 55). Aside from Apotex's adherence to the *NOC Regulations*, the defendants do not claim that any of these considerations arise here.

[31] The appellant says that this passage is wrong in law. In its view, nothing prevents the Court from exercising its equitable jurisdiction in favour of an infringer if the circumstances so warrant. At paragraph 42 of its Memorandum of Fact and Law, the appellant makes its point in the following terms:

Engaging the Court's general equitable jurisdiction and the explicit equitable discretion conferred to it by section 57 of the *Patent Act* serves to promote Parliamentary sovereignty rather than undermining it.

[32] In my respectful view, the appellant's submissions are without merit. On a proper reading of subsection 57(1) of the Act, it follows that the appellant does not have the right to seek an accounting of profits. My reasons for this conclusion are as follows.

[33] I begin by saying that, leaving aside for a moment subsection 57(1), the proposition that the infringer of a patent can determine the remedy to which the patentee is entitled is an astounding proposition.

[30] L'appelante reprend ensuite les observations faites par le juge au paragraphe 10 de ses motifs, que je reproduis encore une fois par souci de commodité :

Un défendeur n'ayant pas eu gain de cause ne peut invoquer la compétence en *equity* de la Cour pour se soustraire à une condamnation à des dommages-intérêts. Ce serait là dénaturer les principes de l'*equity* et de la souveraineté parlementaire. Tout au plus, le défendeur n'ayant pas eu gain de cause peut s'opposer à l'octroi d'une réparation en *equity* en se fondant sur des considérations reconnues par la jurisprudence, *p. ex.*, le demandeur n'est pas sans reproche; le demandeur a indûment tardé à intenter la poursuite; le demandeur a indûment tardé à poursuivre l'instance; la complexité d'une restitution des bénéfices, ou encore la conduite du contre-facteur (voir *Varco Canada Limited c. Pason Systems Corp.*, 2013 CF 750, aux paragraphes 403 à 410; *Philip Morris Products S.A. c. Marlboro Canada Limited*, 2015 CF 364, aux paragraphes 22 à 45, *conf. par* 2016 CAF 55). Outre qu'Apotex s'est conformée au *Règlement sur les AC*, les défenderesses ne prétendent pas que ces considérations s'appliquent en l'espèce.

[31] L'appelante dit que ce passage est erroné en droit. À son avis, rien n'empêche la Cour d'exercer sa compétence en *equity* en faveur d'un contrefacteur si les circonstances le justifient. Au paragraphe 42 de son mémoire des faits et du droit, l'appelante s'explique dans les termes suivants :

[TRADUCTION] L'exercice par la Cour de sa compétence générale en *equity* et de son pouvoir discrétionnaire explicite que lui confère l'article 57 de la *Loi sur les brevets* favorise, plutôt qu'elle ne le la mine, la souveraineté parlementaire.

[32] À mon humble avis, les arguments de l'appelante sont sans fondement. Une interprétation juste du paragraphe 57(1) de la Loi m'amène à conclure que l'appelante n'a pas le droit de demander la restitution des bénéfices. Cette conclusion repose sur les motifs suivants.

[33] Je dirai tout d'abord que, si l'on fait abstraction pour un moment du paragraphe 57(1), la proposition selon laquelle le contrefacteur d'un brevet peut décider de la réparation à laquelle le breveté a droit est une proposition étonnante.

[34] If a patentee does not seek an election as between damages and an accounting of the infringer's profits, the Court, pursuant to subsection 55(1), must determine and award the damages suffered by the patentee. In other words, the Court cannot force an aggrieved patentee to choose an accounting of profits over its damages, unless it is willing to seek such a remedy.

[35] It is difficult to agree with the proposition put forward by the appellant that it, the infringing party, can choose the remedy which the Court should grant to the respondents. To be fair to the appellant, it does not express its proposition in the way that I have expressed it. It says that by reason of subsection 57(1) it, like the respondents, can also apply to the Court for an order that the proper remedy be determined to be an accounting of its profits.

[36] In my respectful opinion, the difference in the expression of the proposition before us is a distinction without substance. What the appellant truly seeks is, in effect, to impose upon the respondents the remedy of an accounting of profits even if they do not want it.

[37] The respondents argue that there can be no doubt that subsection 55(1) grants patentees the right to claim the damages resulting from the infringement of their patents and that this right can be waived or displaced only if a patentee seeks an election, pursuant to subsection 57(1), of the infringer's profits in lieu of damages.

[38] I see no basis to disagree with the respondents' proposition which appears to be based on the statutory provisions and a long line of jurisprudence. It is worth pointing out that the appellant was unable to point to a single case where an infringer was given the right to elect the remedy which should be granted to an aggrieved patentee.

[39] However, again in fairness to the appellant, the fact that no such case appears to exist on a novel point

[34] Si le breveté ne demande pas à choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur, la Cour doit, conformément au paragraphe 55(1), déterminer le montant des dommages subis par le breveté et l'indemniser en conséquence. En d'autres termes, la Cour ne peut pas forcer un breveté lésé à choisir entre la restitution des bénéfices et des dommages-intérêts, à moins qu'il ne consente à demander une telle réparation.

[35] Il est difficile de souscrire à la proposition de l'appelante voulant qu'elle-même, la partie contrefaisante, puisse choisir la réparation que la Cour devrait accorder aux intimées. Pour être juste envers l'appelante, sa proposition n'est pas formulée de la façon dont je l'ai formulée. Elle dit que, en raison du paragraphe 57(1), elle peut elle aussi, à l'instar des intimées, demander à la Cour d'ordonner la restitution des bénéfices à titre de réparation appropriée.

[36] À mon humble avis, la différence qui existe entre les façons de formuler la proposition qui nous est soumise est sans importance. Ce que l'appelante cherche vraiment, en réalité, c'est d'imposer aux intimées la réparation que constitue la restitution des bénéfices même si elles ne le veulent pas.

[37] Les intimées soutiennent qu'il ne fait aucun doute que le paragraphe 55(1) accorde au breveté le droit de réclamer des dommages-intérêts par suite de la contrefaçon de son brevet, et que ce droit ne peut être écarté ou faire l'objet d'une renonciation que si le breveté choisit, conformément au paragraphe 57(1), de demander la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur plutôt que des dommages-intérêts.

[38] Je ne vois aucune raison de ne pas être d'accord avec les intimées dont la proposition semble reposer sur les dispositions législatives applicables et sur un long courant jurisprudentiel. Soulignons que l'appelante n'a pas été en mesure de citer une seule décision dans laquelle le contrefacteur aurait obtenu le droit de choisir la réparation devant être accordée au breveté lésé.

[39] Toutefois, et encore là par souci de justice envers l'appelante, je précise que ce n'est pas parce qu'il ne

such as this, does not mean that the appellant's submissions are without merit. In the end, the determination of the issue rests squarely on the interpretation of subsection 57(1) which, the appellant says, grants to both a plaintiff and a defendant the right to seek an accounting of profits.

[40] To properly understand the meaning of subsection 57(1), it will be useful to examine the legislative history of the provision and the relevant judicial interpretation. As the following discussion will demonstrate, this subsection originates in English law and was understood at the time to grant to the common law courts the power to order both interlocutory accounts as well as a final remedy of an accounting of profits. This final remedy of an accounting of profits existed at equity prior to codification, and was available on the application of a patentee. After the codification of the remedy of an accounting, courts have allowed patentees to elect their choice of remedy. Subsection 57(1) is not intended to grant this election to an infringing party.

[41] To begin with, it is important to point out that, prior to 1852, the law of patents in the United Kingdom, was dealt with both by the courts of common law and the courts of equity. An aggrieved party could prove infringement and seek damages in a court of common law, but was required to go to the Court of Chancery to seek an injunction and account. To eliminate the need to go to two different courts, *The Patent Law Amendment Act, 1852* (U.K.) 15 & 16 Vict., c. 83 (British Patent Act of 1852) was enacted. Section 42 read as follows:

Courts of Common Law may grant Injunction in case of Infringement.

XLII. In any Action in any of her Majesty's Superior Courts of Record at *Westminster* and in *Dublin* for the Infringement of Letters Patent, it shall be lawful for the Court in which such Action is pending, if the Court shall be sitting, or if the Court be not sitting then for a Judge of such Court, on the Application of the Plaintiff

semble exister aucune décision sur un point nouveau, comme celui de l'espèce, que les arguments de l'appellante sont mal fondés. En fin de compte, la réponse à la question repose entièrement sur l'interprétation du paragraphe 57(1) qui, selon l'appellante, confère au demandeur et au défendeur le droit de demander la restitution des bénéfices.

[40] Pour bien comprendre le sens du paragraphe 57(1), il sera utile d'examiner l'historique législatif de la disposition et son interprétation judiciaire. Comme le démontrera l'analyse qui suit, ce paragraphe trouve son origine dans le droit anglais et il était interprété au départ comme conférant aux tribunaux de common law le pouvoir d'ordonner, à titre interlocutoire, une reddition de compte ainsi que la réparation définitive que constitue la restitution des bénéfices. Cette dernière réparation existait en *equity* avant la codification, et le breveté pouvait s'en prévaloir sur demande. Après que la restitution des bénéfices a été codifiée, les tribunaux ont permis aux brevetés de choisir leur réparation. Le paragraphe 57(1) ne vise pas à accorder ce choix à la partie contrefaisante.

[41] Tout d'abord, il importe de mentionner qu'avant 1852, le droit des brevets au Royaume-Uni relevait à la fois des tribunaux de common law et des tribunaux d'*equity*. Si la partie lésée pouvait prouver la contrefaçon et demander des dommages-intérêts devant un tribunal de common law, elle devait s'adresser à la Cour de la chancellerie pour obtenir une injonction et la restitution. Pour qu'il ne soit plus nécessaire de s'adresser à deux tribunaux différents, *The Patent Law Amendment Act, 1852* (U.K.) 15 & 16 Vict., ch. 83 (British Patent Act de 1852) a été promulguée. L'article 42 est ainsi rédigé :

[TRANSDUCTION]

Les cours de common law peuvent accorder une injonction en cas de contrefaçon.

XLII. Dans toute action intentée devant une des cours supérieures d'archives de Sa Majesté à Westminster et à Dublin relativement à la contrefaçon de lettres patentes, la Cour, devant laquelle cette action est en instance, est autorisés, si elle siège ou, un juge de cette Cour si elle ne siège pas, sur requête du demandeur ou du défendeur,

or Defendant respectively, to make such Order for an Injunction, Inspection, or Account, and to give such Direction respecting such Action, Injunction, Inspection, and Account, and the Proceedings therein respectively, as to such Court or Judge may seem fit. [My emphasis.]

[42] In his treatise, *The New Patent Law: Its History, Objects, and Provisions*, 3rd ed. (London: F. Elsworth, 1853), at page 36, Thomas Webster described the purpose of section 42 in the following terms:

But the most important provision for the protection of property under letters patent, is the power conferred (s. 42) on the courts and judges of common law of granting injunctions and an account, in cases of infringement, in the same manner as heretofore was done by the judges in equity only.

[43] In *Holland v. Fox* (1854), 118 E.R. 1407, 3 El. & Bl. 977 (U.K. Q.B.) (*Holland*), at page 1410 (Lord Campbell C.J.), the Court of Queen's Bench dealt with section 42 as follows:

...We conceive the meaning of the Legislature, in the enactment relied upon, to have been to vest in the Courts of common law, in which actions for the infringement of patent rights may be brought, the power to order an injunction, inspection and account, heretofore exclusively exercised by Courts of equity; so that suitors may be saved the vexation, delay and expense to which they had before been exposed, in being obliged to go to a Court of equity for an injunction, then being sent to law to establish their legal right by an action, and then being compelled to go back to equity for full redress.

[44] The language of section 42 of the British Patent Act 1852 was introduced into Canadian law with the enactment of *An Act respecting Patents of Invention*, 1869 (32 & 33 Vict.), c. 11, section 24 (Patent Act of 1869), which reads as follows:

Action for infringement of patent.

24. An action for the infringement of a Patent may be brought before any Court of Record having jurisdiction

respectivement, à rendre une ordonnance d'injonction, d'inspection ou de restitution et à donner les directives relatives à l'action, l'injonction, l'inspection et la restitution et aux procédures y afférentes respectivement, que cette Cour ou ce juge estime appropriées. [Je souligne.]

[42] À la page 36 de son traité, *The New Patent Law : Its History, Objects, and Provisions*, 3^e éd. (Londres : F. Elsworth, 1853), Thomas Webster décrit l'objet de l'article 42 dans les termes suivants :

[TRADUCTION] [...] Cependant, la disposition la plus importante en matière de protection de biens régis par des lettres patentes est celle (article 42) qui confère aux tribunaux et aux juges de common law le pouvoir d'accorder des injonctions et d'ordonner la restitution, dans les affaires de contrefaçon, tout comme seuls les juges en *equity* le faisaient auparavant.

[43] Dans l'arrêt *Holland v. Fox* (1854), 118 E.R. 1407, 3 El. & Bl. 977 (U.K. Q.B.) (*Holland*), à la page 1410 (lord juge en chef Campbell), la Cour du Banc de la Reine a dit ce qui suit au sujet de l'article 42 :

[TRADUCTION] [...] Nous pensons que, s'agissant de la disposition législative invoquée, l'intention du législateur était de conférer aux tribunaux de common law, devant lesquels les actions en contrefaçon de brevet peuvent être intentées, le pouvoir jusqu'ici exclusivement exercé par les cours d'*equity* de rendre une ordonnance d'injonction, d'inspection et de restitution, de sorte que le plaideur puisse échapper aux contrariétés, retards et dépenses auxquels il était auparavant exposé, alors qu'il était obligé de s'adresser à un tribunal d'*equity* pour obtenir une injonction, avant d'être ensuite renvoyé devant un tribunal de common law pour intenter une action visant à faire établir son droit légal, et finalement revenir devant un tribunal d'*equity* pour obtenir pleine réparation.

[44] Le libellé de l'article 42 de la British Patent Act de 1852 a été introduit en droit canadien lors de l'adoption de l'*Acte concernant les Brevets d'Invention*, 1869 (32 & 33 Vict.), ch. 11, (Acte concernant les Brevets de 1869), dont l'article 24 se lit comme suit :

Action pour violation de brevets.

24. Il pourra être porté une action pour contrefaçon de brevet devant tout tribunal ayant juridiction jusqu'à

to the amount of damages asked for and having its sittings within the Province in which the infringement is said to have taken place, and being at the same time, of the Courts of such jurisdiction within such Province, the one of which the place of holding is nearest to the place of residence or business of the defendant; and such Court shall decide the case and determine as to costs; in any action for the infringement of a Patent, the Court, if sitting, or any judge thereof in Chambers if the Court be not sitting may, on the application of the plaintiff or defendant respectively, make such order for an injunction, restraining the opposite party from further use, manufacture or sale of the subject matter of the patent, and for his punishment in the event of the disobedience to such order, or for inspection or account, and respecting the same and the proceedings in the action, as the Court or judge may see fit;—but from such order an appeal shall lie under the same circumstances and to the same Court, as from other judgments or orders of the Court in which the order was made. [My emphasis.]

[45] Although the above section has been amended on a number of occasions since 1869, its essential structure and language has remained unchanged. In my view, the changes to the subsection do not bear upon its meaning for the purposes of this case.

[46] In *Vidi v. Smith* (1854), 118 E.R. 1404, 3 El. & Bl. 969 (U.K. Q.B.) (*Vidi*) (Lord Campbell C.J.), the defendant sold barometers that were alleged to infringe the plaintiff's patent. Relying on section 42 of the British Patent Act of 1852, the Court held that it was empowered to order the defendant to keep an account of all barometers sold after a certain time, until further order of the Court. At page 1407, the Court made the following order:

... “that an account be kept by the defendants of all such barometers as they shall sell upon the principle alleged by plaintiff to be an infringement of the plaintiff's patent, and of the profits made therefrom, until such further order as this Court may make; on condition of the plaintiff agreeing to waive all claim to recover more than nominal damages at the trial of the action; and on condition of, in case the verdict and judgment in the action be for the defendants, the plaintiff undertaking to pay to the defendants the expense of keeping such accounts”.

concurrence des dommages-intérêts réclamés et siégeant dans la province où la contrefaçon sera représentée avoir été commise, et se trouvant, des tribunaux qui auront une telle juridiction dans cette province celui dont le siège sera le plus près du lieu de résidence ou d'affaire du défendeur; et ce tribunal prononcera et adjugera les dépens; dans toute action pour contrefaçon de brevet, le tribunal, s'il siège, ou un de ses juges en chambre, si le tribunal n'est pas en session, pourra, sur requête soit du demandeur, soit du défendeur, rendre tel ordre d'injonction, interdisant à la partie adverse l'usage, la manufacture ou la vente de la chose brevetée et portant une peine en cas de transgression du dit ordre, ou rendre tel ordre d'inspection, ou de production de compte, et tel ordre concernant ces choses et les procédures dans la cause, que le tribunal ou le juge croira justes; mais on pourra interjeter appel de cet ordre dans les circonstances et au tribunal où se porteront les appels des jugements et ordres du tribunal qui aura décerné cet ordre. [Je souligne.]

[45] Bien que cette disposition ait été modifiée à de nombreuses reprises depuis 1869, l'essentiel de sa structure et de son libellé est resté le même. À mon avis, les modifications apportées à la disposition n'ont pas, pour les besoins de la présente affaire, d'incidence sur son sens.

[46] Dans l'affaire *Vidi v. Smith* (1854), 118 E.R. 1404, 3 El. & Bl. 969 (U.K. Q.B.) (*Vidi*) (lord juge en chef Campbell), le défendeur avait vendu des baromètres dont il était allégué qu'ils contrefaisaient le brevet du demandeur. S'appuyant sur l'article 42 de la British Patent Act de 1852, la Cour a déclaré qu'elle avait le pouvoir d'ordonner au défendeur de faire rapport de tous les baromètres vendus après un certaine date, jusqu'à nouvel ordre de la Cour. À la page 1407, la Cour a rendu l'ordonnance suivante :

[TRADUCTION] [...] Que les défendeurs tiennent un compte de tous les baromètres qu'ils vendront en violation du brevet du demandeur, ainsi que des bénéfices tirés de ces ventes, et ce, jusqu'à nouvel ordre de la cour; à la condition que le demandeur accepte de renoncer à toute prétention de recouvrer plus que des dommages-intérêts symboliques lors du procès; et à la condition que, dans le cas où le verdict et le jugement soient favorables aux défendeurs, le demandeur s'engage à rembourser à ceux-ci les frais engagés pour la tenue de ce compte.

[47] The report of the proceedings in the English Reports (page 1405) includes the following editorial comments:

.... To understand the equity cases, care must be taken to distinguish between the two classes of account. The one class comprises orders for an account, to be kept in future by the defendant: such accounts are ordered by the consent of the defendant, and indeed on his application, as a condition for dissolving an interim injunction. The other class of accounts comprises those ordered to be taken before the Master: such accounts are ordered only on the final decree, when the injunction is made perpetual; and the account thus ordered to be taken embraces the account of all by-gone profits. [My emphasis.]

[48] *Vidi* has been cited twice in Canadian jurisprudence. Once in *Hamilton v. Thomson* (1875), 16 N.B.R. 237 (S.C.) (*Hamilton*) and a second time in *Huntington v. Lutz et. al.* (1863), 13 U.C.C.P. 168. In *Hamilton*, at paragraph 1 [on page 239], the Court wrote as follows:

... This was an application for an injunction under the Patent Act 32 and 33 Vic., c. 11, sec. 24, which Act was repealed, and 35 Vic., c. 26, sec. 24, substituted in its place. This section is copied from the English Patent Act, 15 and 16 Vic., c. 83; the object being to enable Courts of Law to do complete justice between the parties without sending them to a Court of Equity: See *Vidi v. Smith*, and *Holland v. Fox*. [Footnotes omitted.]

[49] The 1912 text by Robert Frost, entitled *Treatise on the Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Vol. 1 (London: Stevens and Haynes, 1912), at page 448, describes the refusal of injunctions as follows:

When an interim injunction is refused, either on the ground that the infringement is doubtful, or on the ground of delay, the usual course is to order the defendant to keep an account. [Footnotes omitted.]

[47] Le compte rendu de l'instance qui figure dans les English Reports (page 1405) renferme les commentaires suivants :

[TRADUCTION] [...] Pour comprendre les affaires d'*equity*, il faut prendre soin d'établir une distinction entre deux catégories de compte. La première est composée des comptes que le défendeur doit, en vertu d'une ordonnance, tenir à l'avenir : la tenue de ces comptes est ordonnée sur consentement du défendeur et l'est, en fait, à sa demande, en plus d'être conditionnelle à l'annulation de l'injonction provisoire. L'autre catégorie de compte est composée des comptes dont la reddition doit être faite devant le protonotaire : cette reddition n'est ordonnée que lors du jugement définitif, lorsque l'injonction devient permanente et que la reddition de compte ainsi ordonnée comprend un compte rendu de tous les bénéfices perdus. [Je souligne.]

[48] L'arrêt *Vidi* a été cité deux fois dans la jurisprudence canadienne. Une première fois dans la décision *Hamilton v. Thomson* (1875), 16 N.B.R. 237 (C.S.) (*Hamilton*) et une deuxième dans la décision *Huntington v. Lutz et. al.* (1863), 13 U.C.C.P. 168. Au paragraphe 1 de la décision *Hamilton*, la Cour a écrit ce qui suit [à la page 239] :

[TRADUCTION] [...] La Cour est saisie d'une demande d'injonction fondée sur l'*Acte concernant les Brevets d'Invention*, 32 & 33 Vic., ch. 11, art. 24, qui a été abrogé, et sur 35 Vic., ch. 26, art. 24, qui l'a remplacé. Cette disposition est tirée de la loi britannique sur les brevets, 15 et 16 Vic. ch. 83; elle vise à permettre aux tribunaux judiciaires de rendre complètement justice aux parties sans les renvoyer devant un tribunal d'*equity* : Voir *Vidi c. Smith*, et *Holland c. Fox*. [Notes en bas de page omises.]

[49] L'ouvrage publié en 1912 par Robert Frost, *Treatise on the Law and Practice relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd. vol. 1 (Londres : Stevens et Haynes, 1912), à la page 448, décrit le refus d'accorder une injonction comme suit :

[TRADUCTION] Lorsqu'une injonction provisoire est refusée, parce que la contrefaçon est douteuse, ou pour cause de retard, la procédure habituelle consiste à ordonner au défendeur de rendre compte. [Notes en bas de page omises.]

[50] The English cases include numerous examples of a defendant providing an undertaking to keep an account in the place of the Court ordering an injunction; see for example *Lister v. Norton et al.* (1884), 1 R.P.C. 114 (Ch.D.); *Jackson v. Needle* (1884), 1 R.P.C. 174 (C.A.), and *Smith v. Grigg Ltd.* (1924), 41 R.P.C. 149 (C.A.).

[51] Canadian cases have also allowed defendants to provide an interlocutory account in place of an injunction; see the decisions in *Teledyne Industries Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1977), 17 O.R. (2d) 111, 33 C.P.R. (2d) 270 (Div. Ct.), affd (1978), 19 O.R. (2d) 740, 41 C.P.R. (2d) 60 (C.A.) and *Irwin Specialties Ltd. v. Allied Plastic Pipe Ltd. & Profile Extruders Ltd. et al.* (1967), 54 C.P.R. 29 (Ex. C.R.) (*Irwin*), paragraph 11. In *Irwin*, the Exchequer Court identified section 59 [of the *Patent Act*, R.S.C. 1952, c. 203], which is section 57 of the current Act, as empowering it to order an interlocutory account. In *Cutter Ltd. v. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.* (1980), 47 C.P.R. (2d) 53 (F.C.A.) [at pages 55–56], at paragraph 7 [of [1980] F.C.J. No. 203 (QL)], the principle was stated as follows:

In this Court the grant of an interlocutory injunction in a patent infringement action is not a common occurrence in most instances, the result of an application for an interlocutory injunction, where infringement and validity are in issue, is that the defendant gives a satisfactory undertaking to keep an account and upon that being done the application is dismissed with costs in the cause. The same practice has been followed in industrial design actions and was the ultimate result of the application in *Lido Industrial Products Ltd. v. Melnor Mfg. Ltd. et al.* (1968), 55 C.P.R. 171, 69 D.L.R. (2d) 256, [1968] S.C.R. 769. The principal reason for this practice is, in my opinion, the fact that in most instances the nature of the patent rights involved is such that damages (provided there is some reasonably accurate way of measuring them) will be an adequate remedy for such infringement of the rights as may occur pending the trial and because when the matter turns on the balance of convenience if the defendant undertakes to keep an account and there is no reason to believe that he will be unable to pay such damages as may be awarded, the balance will generally be in favour of refusing the injunction. It is always necessary to bear in mind that the damages that can be caused to a

[50] Les décisions anglaises comptent de nombreux exemples où, en lieu et place d'une ordonnance d'injonction prononcée par le tribunal, le défendeur s'est engagé à rendre compte; voir par exemple *Lister v. Norton et al.* (1884), 1 R.P.C. 114 (Ch. D.); *Jackson v. Needle* (1884), 1 R.P.C. 174 (C.A.), et *Smith v. Grigg Ltd.* (1924), 41 R.P.C. 149 (C.A.).

[51] Dans certaines décisions canadiennes, le tribunal a autorisé les défendeurs à fournir une reddition de compte interlocutoire plutôt que de prononcer une injonction; voir *Teledyne Industries Inc. et al. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1977), 17 O.R. (2d) 111, 33 C.P.R. (2d) 270 (C. div.), conf. par (1978), 19 O.R. (2d) 740, 41 C.P.R. (2d) 60 (C.A.) et *Irwin Specialties Ltd. v. Allied Plastic Pipe Ltd. & Profile Extruders Ltd. et al.* (1967), 54 C.P.R. 29 (R.C. de l'É.) (*Irwin*), au paragraphe 11. Dans l'arrêt *Irwin*, la Cour de l'Échiquier a précisé que l'article 59 [de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1952, ch. 203], qui correspond à l'article 57 de la loi actuelle, lui conférerait le pouvoir d'ordonner une reddition de compte interlocutoire. Dans l'arrêt *Cutter Ltd. c. Baxter Travenol Laboratories of Canada, Ltd. et al.*, [1980] A.C.F. n° 203 (QL) (C.A.), au paragraphe 7, le principe était énoncé comme suit :

Il est rare que dans une action en contrefaçon de brevet, la Cour de céans décerne une injonction interlocutoire. Dans la plupart des cas, une requête en injonction interlocutoire introduite dans le cours d'une action en contrefaçon de brevet ou en contestation de validité, a pour effet d'amener le défendeur à s'engager à tenir une comptabilité à la satisfaction du demandeur, ce qui entraîne le rejet de la requête avec dépens réservés. C'est ce qui a été observé dans les actions en contre façon de dessin industriel et qui a été la suite donnée à la requête introduite dans l'affaire *Lido Industrial Products Ltd. c. Melnor Manufacturing Ltd. et al.* À mon avis, cet usage tient surtout à ce que dans la plupart des cas, la nature de la propriété industrielle en cause est telle que des dommages-intérêts (à condition que ceux-ci soient évalués de manière raisonnablement exacte) constituent une réparation adéquate de la violation de cette propriété, qui pourrait se produire pendant le procès. Il s'explique par le fait que si l'on considère la balance des inconvénients, et si le défendeur s'engage à tenir une comptabilité et qu'il n'y ait aucune raison de penser qu'il ne sera pas en mesure de payer les dommages-intérêts alloués, l'on doit pencher pour le rejet de la requête en injonction. Il

defendant in being restrained, for a period that may run into several years, from doing what, if he succeeds, he was, but for the injunction, entitled to do in the meantime, may have consequences that are as serious for him as any that his infringement, if he does not succeed, may have for the patentee. [My emphasis; footnote omitted.]

[52] I now turn to our decision in *Beloit*, where one of the issues before the Court was whether Beloit, the patentee, had the right, following a finding of infringement, to elect as a remedy an accounting of the profits made by Valmet, the infringer.

[53] At paragraphs 65 and 67 of its reasons in *Beloit*, the Court reproduced both subsections 55(1) and 57(1), indicating at paragraph 71 that “[i]n Canada, the cause of action for patent infringement arises solely under the *Patent Act*.”

[54] Commencing at paragraph 86 of its reasons, the Court dealt with the remedy of accounting of profits. First, it indicated that Valmet took the position that the only remedy available to a patentee, following a finding of infringement, was the remedy of damages found at subsection 55(1) of the Act and that the Court did not have jurisdiction to grant the remedy of accounting of profits. In Valmet’s view, the remedies which could be granted pursuant to subsection 57(1) were limited to remedies in interlocutory proceedings. In other words, remedies resulting from final proceedings were not within the purview of subsection 57(1).

[55] At paragraph 97 of its reasons in *Beloit*, the Court held that the Federal Court “does have and has always had jurisdiction to award the remedy of accounting of profits and that that jurisdiction is found in paragraph 57(1)(b) of the Act and in sections 3 and 20 of the *Federal Courts Act*.” The Court then proceeded to explain its conclusion.

[56] At paragraph 100 of its reasons, the Court explained the origins of an accounting of profits as a remedy:

ne faut jamais oublier que l’interdiction faite au défendeur, durant une période susceptible de se prolonger pendant des années, de faire ce que, n’eût été l’injonction, il aurait le droit de faire s’il avait gain de cause, pourrait avoir pour lui des effets tout aussi graves que le préjudice causé au breveté. Par suite de la contrefaçon, si le défendeur devait succomber. [Je souligne; note en bas de page omise.]

[52] Je passe maintenant à l’arrêt *Beloit* de notre Cour, où l’une des questions dont nous étions saisis était de savoir si Beloit, le breveté, avait le droit, après que l’on eut conclu à la contrefaçon, de choisir à titre de réparation la restitution des bénéfices réalisés par Valmet, le contrefacteur.

[53] Aux paragraphes 65 et 67 de ses motifs dans l’arrêt *Beloit*, la Cour a reproduit les paragraphes 55(1) et 57(1), indiquant au paragraphe 71 qu’« [a]u Canada, la cause d’action de la contrefaçon d’un brevet procède exclusivement de la *Loi sur les brevets* ».

[54] À partir du paragraphe 86 de ses motifs, la Cour a analysé la réparation que constitue la restitution des bénéfices. Premièrement, elle a indiqué que Valmet avait soutenu que la seule réparation possible pour le breveté, une fois la contrefaçon établie, était celle des dommages-intérêts prévue au paragraphe 55(1) de la Loi, et que la Cour n’avait pas compétence pour accorder la restitution des bénéfices. De l’avis de Valmet, les réparations possibles en vertu du paragraphe 57(1) ne pouvaient être accordées que dans les instances interlocutoires. Autrement dit, les réparations accordées à l’issue d’une instance finale ne relevaient pas du paragraphe 57(1).

[55] Au paragraphe 97 de ses motifs dans l’arrêt *Beloit*, la Cour a statué que la Cour fédérale « a et a toujours eu compétence pour accorder la restitution des bénéfices et que cette compétence découle de l’alinéa 57(1)(b) de la Loi ainsi que des articles 3 et 20 de la *Loi sur la Cour fédérale* ». La Cour a ensuite expliqué sa conclusion.

[56] Au paragraphe 100 de ses motifs, la Cour a expliqué les origines de la réparation consistant en la restitution des bénéfices :

The equitable remedy of an account was granted against the infringer of a patent, ... on the premise that the infringer acted as the agent of the owner of the right and was therefore obliged to account for the profits earned through the infringement. Accordingly, the owner of a patent who claimed an account of profits was considered to have condoned the infringement and could not claim damages in addition to the account. The House of Lords then determined that the plaintiff ... having succeeded, is entitled to an election either for damages or an account of profits. Since 1858, the remedy of accounting, therefore, continues to exist as an equitable remedy in patent infringement cases within the jurisdiction of courts vested with the authority to administer both law and equity. [Footnotes omitted.]

[57] At paragraph 103 of its reasons, the Court found that in enacting section 24 of the Patent Act of 1869, Parliament's intention was to adopt English law regarding the remedy of accounting in patent infringement cases.

[58] Then, after stating at paragraph 105 that "the origin of the right to a patent remains one of prerogative even if it is merged in the statutory right", the Court concluded that the remedy of an accounting was clearly expressed in paragraph 57(1)(b) of the Act and that that remedy was an equitable remedy over which the Court had jurisdiction by reason of section 20 of the *Federal Courts Act* which conferred upon the Federal Court the power to grant equitable remedies. Consequently, the Court found, at paragraph 107 of its reasons, that it had "jurisdiction to grant the remedy to successful patentees in infringement cases, in a proper case."

[59] The Court then turned to the question of whether the remedy of accounting of profits was discretionary and whether, in the circumstances of the case, the judge below had properly exercised his discretion in refusing to grant the remedy to Beloit.

[60] After stating at paragraph 109 of its reasons that Beloit agreed that the Court had discretion to either

Dans le cadre de l'*equity*, la restitution était accordée à l'encontre de la personne qui avait violé un brevet [...] au motif que celle-ci avait agi à titre de mandataire du titulaire du droit auquel il avait été porté atteinte et qu'elle était donc tenue de rendre compte des bénéfices réalisés par suite de cette atteinte. En conséquence, on considérait que le titulaire de brevet qui demandait une restitution des bénéfices avait admis l'atteinte et ne pouvait réclamer des dommages-intérêts en sus de la restitution. La Chambre des lords a ensuite décidé que dans une action en contrefaçon de brevet, le demandeur qui a gain de cause a le droit de choisir entre des dommages-intérêts et la restitution des bénéfices. Depuis 1858, la restitution continue donc d'exister à titre de réparation d'*equity* dans les affaires de contrefaçon de brevet relevant de la compétence des tribunaux investis du pouvoir de statuer en droit et en *equity*. [Notes en bas de page omises.]

[57] Au paragraphe 103 de ses motifs, la Cour a conclu qu'en donnant force à l'article 24 de l'Acte des brevets de 1869, le législateur avait l'intention d'adopter le droit anglais en matière de restitution dans les affaires de contrefaçon de brevet.

[58] Ensuite, après avoir déclaré au paragraphe 105 que « le droit d'obtenir un brevet participe toujours de la nature de la prérogative même s'il a été incorporé dans une loi », la Cour a conclu que la restitution était expressément prévue à l'alinéa 57(1)b) de la Loi et que, s'agissant d'une réparation d'*equity*, la Cour avait le pouvoir de l'accorder en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Cours fédérales* qui lui conférait le pouvoir d'accorder des réparations d'*equity*. Par conséquent, la Cour a conclu, au paragraphe 107 de ses motifs, qu'elle avait « compétence pour accorder cette réparation aux brevetés qui ont gain de cause dans les affaires de contrefaçon, si cela est opportun ».

[59] La Cour s'est ensuite employée à déterminer si la réparation que constitue la restitution des bénéfices était discrétionnaire et si, dans les circonstances de l'affaire, le juge de première instance avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant d'accorder la réparation à Beloit.

[60] Après avoir dit au paragraphe 109 de ses motifs que Beloit ne contestait pas le pouvoir discrétionnaire

refuse or grant the remedy of an accounting of profits, the Court emphasised the fact that its jurisprudence was to the effect that the decision to be made in regard to the proper remedy, i.e., damages or accounting of profits, was not a decision that could be left entirely in the hands of a successful patentee. At paragraph 111 of its reasons, the Court made the point in the following terms:

The appellants rely on English authorities to establish that a successful plaintiff has a *prima facie* right to elect an accounting of profits. However, without commenting on the efficacy of those authorities, we note that the jurisprudence in this Court, by which we are bound, is that “the choice between the two remedies [damages or accounting profits] cannot be left entirely to the successful plaintiff”. In *Unilever PLC v. Proctor Gamble Inc.*, this Court held that the decision to award an accounting of profits in patent cases is within the discretion of the judge or prothonotary. That case affirmed the earlier decision of this Court in *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, where Mahoney J.A. stated that “(t)he award of the option of an election of profits is, in any event, clearly discretionary”. The jurisprudence of this Court has identified several circumstances under which an accounting of profits may reasonably be refused, such as excessive delay and any misconduct on the part of the patentee. In the present case, the Trial Judge chose not to grant the accounting of profits on the basis that there was a lengthy delay in the proceedings; that the relief would lead to further delay and expense; and, that the infringing parties acted in good faith when they entered the contracts in suit at a time when the Trial Division of this Court had decided that the patent in suit was invalid. [Footnotes omitted.]

[61] On the facts before it in *Beloit*, the Court, after examining the factors which the judge below had considered in refusing to exercise his discretion in favor of an accounting of profits, concluded that the judge had made no error in the exercise of his discretion and consequently, held that *Beloit* could only claim its damages.

de la Cour de refuser ou d’accorder la réparation par restitution des bénéfices, la Cour a insisté sur le fait que, selon sa jurisprudence, la décision relative à la réparation à accorder, c’est-à-dire des dommages-intérêts ou la restitution des bénéfices, n’est pas une décision qui pouvait être laissée entièrement à la discrétion du breveté. Au paragraphe 111 de ses motifs, la Cour s’est exprimé dans les termes suivants :

Les appelantes se fondent sur la jurisprudence anglaise pour établir que le demandeur qui a gain de cause dispose du droit *prima facie* de choisir la restitution des bénéfices. Toutefois, sans nous prononcer sur l’autorité de cette jurisprudence, nous soulignons que la jurisprudence de la présente Cour, par laquelle nous sommes liés, porte que « le choix entre les deux redressements [dommages-intérêts ou restitution des bénéfices] ne peut être laissé entièrement à la discrétion de la partie demanderesse qui a gain de cause ». Dans l’arrêt *Unilever PLC c. Proctor & Gamble Inc.*, la présente Cour a statué que la décision d’accorder la restitution des bénéfices dans les affaires de brevet relève du pouvoir discrétionnaire du juge ou du protonotaire. Cet arrêt confirmait l’arrêt antérieur de la présente Cour *Lubrizol Corp. c. Imperial Oil Ltd.*, où le juge Mahoney, J.C.A., a dit que « la comptabilisation des bénéfices est un redressement de nature nettement discrétionnaire ». La jurisprudence de la présente Cour a relevé certaines circonstances dans lesquelles la restitution des bénéfices peut raisonnablement être refusée, telles que le retard excessif et toute mauvaise conduite de la part du breveté. En l’espèce, le juge de première instance a choisi de ne pas accorder de restitution des bénéfices parce que l’instance durait depuis longtemps, que ce recours pouvait entraîner d’autres retards et frais, et que les parties censées avoir commis la contrefaçon avaient agi de bonne foi lorsqu’elles avaient conclu les contrats en cause alors que la Section de première instance de la présente Cour avait déclaré le brevet en cause invalide. [Notes en bas de page omises.]

[61] À la lumière des faits dont elle était saisie dans l’arrêt *Beloit*, la Cour, après avoir examiné les facteurs que le juge avait examinés en refusant d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’accorder la restitution des bénéfices, a conclu que le juge n’avait commis aucune erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire et que, par conséquent, *Beloit* ne pouvait réclamer que des dommages-intérêts.

[62] What are we to take from the legislative history and the above cases, in particular *Beloit*?

[63] First, in my view, is the idea that the remedy of an accounting of profits was known to equity prior to the enactment of the British Patent Act of 1852 and that it was available to a patentee whose patent had been infringed.

[64] Second, the British Patent Act of 1852 in section 42 provided for this remedy. The intention of this enactment was limited to providing to the common law courts the power to make certain orders that had previously only been available in the courts of equity. Prior to 1852, and subsequent thereto, there is no authority whatsoever for the proposition that the remedy of an accounting of profits was also available to the infringer of a patent following a finding of infringement. The Act did not change this.

[65] Third, Parliament enacted the Patent Act of 1869 which, by way of section 24, adopted English law as it appears in section 42 of the British Patent Act of 1852.

[66] Fourth, *Vidi* stands for the proposition that there are two types of accounts, i.e., interlocutory accounts and a final accounting of profits. A defendant, such as the appellant, can request an interlocutory account for the purpose of dispensing with an interlocutory injunction. An undertaking by a defendant to keep an account in the place of an injunction has been known to law since the introduction of the concept of an account into statutes in England. It will be recalled that in *Beloit*, Valmet argued that subsection 57(1) was limited to interlocutory accounts. In dismissing that argument and in holding that the provisions could not be so limited, our Court did not and could not conclude that an interlocutory account was not contemplated by the provision. To the contrary, in my respectful view, it is clear from the wording of the provision that interlocutory matters fall within the purview of subsection 57(1).

[62] Que devons-nous retenir de l'historique législatif et des décisions susmentionnées, en particulier l'arrêt *Beloit*?

[63] À mon avis, nous devons premièrement retenir que la réparation que constitue la restitution des bénéfices était connue en *equity* avant l'adoption de la British Patent Act de 1852 et qu'elle était accessible au breveté dont le brevet avait été contrefait.

[64] Deuxièmement, l'article 42 de la British Patent Act de 1852 prévoyait cette réparation. L'objet de cette disposition était seulement d'accorder aux tribunaux de common law le pouvoir de rendre certaines ordonnances autrefois réservées aux tribunaux d'*equity*. Avant 1852 et par la suite, aucune source ne permettait d'affirmer que le contrefacteur d'un brevet pouvait également bénéficier de la réparation par restitution des bénéfices une fois la contrefaçon établie. La Loi n'a pas changé les choses à cet égard.

[65] Troisièmement, le législateur a adopté l'Acte des brevets de 1869 qui, par son article 24, a adopté le droit anglais tel qu'il figure à l'article 42 de la British Patent Act de 1852.

[66] Quatrièmement, l'arrêt *Vidi* appuie la proposition selon laquelle il existe deux types de reddition de compte, c'est-à-dire la reddition de compte interlocutoire et la réparation définitive que constitue la restitution des bénéfices. Un défendeur, tel que l'appelante, peut demander à fournir une reddition de compte interlocutoire pour échapper à une injonction interlocutoire. L'engagement du défendeur à rendre compte en lieu et place d'une injonction est connu en droit depuis l'introduction de la notion de reddition de compte dans les lois anglaises. On se rappellera que, dans l'arrêt *Beloit*, Valmet soutenait que le paragraphe 57(1) se limitait aux redditions de compte interlocutoires. En rejetant cet argument et en concluant que ce paragraphe ne pouvait être aussi limité, notre Cour n'a pas conclu et ne pouvait conclure qu'il n'envisageait pas la reddition de compte interlocutoire. Au contraire, à mon humble avis, il ressort clairement du libellé du paragraphe 57(1) que les questions interlocutoires relèvent de son champ d'application.

[67] Fifth, it is clear from *Beloit* that the election of a final accounting of profits, following a determination of infringement, necessarily belongs to a patentee, subject to the Court's discretion. In other words, the Court can refuse to grant the remedy of accounting in which case the patentee shall be entitled to its damages. It is also clear that the Court cannot oblige the patentee to accept as a remedy an accounting of profits if it is not willing to do so.

[68] Consequently, I agree with the Judge when he says at paragraph 10 of his reasons that the appellant's submission, if accepted "would turn the doctrines of equity and parliamentary sovereignty on their heads."

[69] It necessarily follows that I also agree with the Judge that by reason of subsection 55(1), the patentee has a right to damages. In my view, this conclusion does not turn on whether subsection 55(1) is paramount to subsection 57(1). Rather, it is clear that subsection 55(1) gives the patentee a right to damages that cannot be abrogated by the infringing party or the Court.

[70] In *Beloit* the idea that an accounting, following a finding of infringement, might also be available to the infringer does not appear to have been considered by the Court. The fact that the issue raised by the appellant in these proceedings was not raised by Valmet in *Beloit* is, in the end, irrelevant. It is clear from the Court's reasons that the entitlement to damages remains with the patentee. The Court accepted that a patentee had a right to elect subject to its discretion and that where the Court, as it did in *Beloit*, refuses the remedy of accounting, the patentee was entitled to its damages. The appellant's proposition regarding subsection 57(1) cannot be reconciled with the reasons in *Beloit*. The two positions are diametrically opposed.

[67] Cinquièmement, il ressort clairement de l'arrêt *Beloit* que le choix de la restitution finale des bénéficiaires, une fois la contrefaçon établie, appartient nécessairement au breveté, sous réserve du pouvoir discrétionnaire de la Cour. En d'autres termes, la Cour peut refuser d'accorder la réparation par restitution, auquel cas le breveté a droit à des dommages-intérêts. Il est également clair que la Cour ne saurait obliger le breveté à accepter à une restitution des bénéfices s'il n'est pas disposé à le faire.

[68] Par conséquent, je suis d'accord avec le juge lorsqu'il dit, au paragraphe 10 de ses motifs, que s'il est retenu, l'argument de l'appelante viendrait « dénaturer les principes de l'*equity* et de la souveraineté parlementaire ».

[69] Il s'ensuit nécessairement que je conviens également avec le juge qu'en raison du paragraphe 55(1), le breveté a droit à des dommages-intérêts. À mon avis, cette conclusion ne dépend pas de la question de savoir si le paragraphe 55(1) a prépondérance sur le paragraphe 57(1). En fait, le paragraphe 55(1) confère de toute évidence au breveté le droit à des dommages-intérêts, lequel ne peut être écarté par le contrefacteur ou par la Cour.

[70] Dans l'arrêt *Beloit*, il semble que la Cour n'ait pas envisagé l'idée que, par suite d'une décision concluant à la contrefaçon, le contrefacteur puisse se prévaloir de la restitution des bénéficiaires. Le fait que la question soulevée par l'appelante en l'espèce n'a pas été soulevée par Valmet dans l'arrêt *Beloit* est, en fin de compte, dénué de pertinence. Il est évident à la lecture des motifs de la Cour que le droit à des dommages-intérêts appartient au breveté. La Cour a reconnu que, sous réserve de son pouvoir discrétionnaire, le breveté avait le droit de choisir et que, lorsque la Cour refuse la réparation que constitue la restitution, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Beloit*, le breveté avait droit à des dommages-intérêts. La thèse avancée par l'appelante au sujet du paragraphe 57(1) ne peut être conciliée avec les motifs de l'arrêt *Beloit*. Les deux positions sont diamétralement opposées.

[71] Consequently, the Judge was correct to say that, in light of the legislation and the authorities, a patentee always has a right to damages unless waived by election.

[72] In my view, the inclusion of the word “defendant” in subsection 57(1) of the Act does not give the Court the power to grant an election to a defendant following a finding of infringement. Such a remedy is unknown to equity and, as a result, is not a remedy which, in my respectful view, is envisioned in subsection 57(1). However, as I indicated earlier, when faced with a demand for an interlocutory injunction, a defendant may seek, upon application to the Court, to have the demand dismissed upon an undertaking to keep an account.

[73] Before concluding, a few additional remarks are in order.

[74] First, both in its written and oral submissions, the respondents invited us to dismiss the appeal, *inter alia*, because the appellant did not plead a right to elect. Because of the conclusion which I reach, I need not deal with this argument.

[75] Second, in seeking to explain the meaning of the word “defendant” found in subsection 57(1), the respondents argued essentially that the meaning of the word, found in various provisions of the Act, depended on the context in which it was used and that hence a “defendant” did not always mean an infringer. More particularly, the respondents asserted that in subsection 57(1) “defendant” meant patentee. As is clear from the analysis above, it is not the case that “defendant” in subsection 57(1) means patentee.

VII. Conclusion

[76] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

STRATAS J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

[71] Par conséquent, le juge a eu raison de dire que, à la lumière de la Loi et de la jurisprudence, le breveté a toujours droit à des dommages-intérêts à moins qu’il y renonce par choix.

[72] À mon avis, le mot « défendeur » au paragraphe 57(1) de la Loi ne confère pas à la Cour le pouvoir d’accorder un choix au défendeur par suite d’une conclusion de contrefaçon. Une telle réparation est inconnue en *equity* et j’estime, par conséquent, qu’il ne s’agit pas d’une réparation envisagée au paragraphe 57(1). Toutefois, comme je l’ai indiqué plus tôt, le défendeur qui est visé par une demande d’injonction interlocutoire peut s’adresser à la Cour pour que la demande soit rejetée sur engagement de sa part à rendre compte.

[73] Avant de conclure, quelques remarques supplémentaires sont nécessaires.

[74] Premièrement, dans leurs observations écrites et orales, les intimées nous ont invités à rejeter l’appel, entre autres parce que l’appelante n’a pas plaidé qu’elle avait un droit de choisir. Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, il n’est pas nécessaire que j’examine cet argument.

[75] Deuxièmement, en cherchant à expliquer le sens du mot « défendeur » au paragraphe 57(1), les intimées ont soutenu essentiellement que le sens de ce mot, qui se trouve dans plusieurs dispositions de la Loi, dépendait du contexte dans lequel il était utilisé et que, par conséquent, un « défendeur » n’est pas toujours un contrefacteur. Plus particulièrement, elles ont affirmé qu’au paragraphe 57(1), le « défendeur » s’entend du breveté. Comme il ressort clairement de l’analyse ci-dessus, le terme « défendeur » au paragraphe 57(1) ne s’entend pas du breveté.

VII. Conclusion

[76] Pour ces motifs, je rejetterais l’appel avec dépens.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d’accord.

T-1450-15
2018 FC 298

T-1450-15
2018 CF 298

Radu Hociung (*Plaintiff*)

Radu Hociung (*demandeur*)

v.

c.

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Defendant*)

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: HOCIUNG v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : HOCIUNG c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Gleeson J.—Ottawa, March 15, 2018.

Cour fédérale, juge Gleeson—Ottawa, 15 mars 2018.

Customs and Excise — Customs Act — Motion in writing in which defendant seeking summary judgment dismissing plaintiff's action in entirety — Plaintiff's action arising from Canada Border Services Agency's (CBSA) seizure of U.S. Treasury gold, silver coins from plaintiff upon return to Canada from U.S. — Coins, purchased in U.S. for US\$5 700, having face value of US\$220 — CBSA seizing coins as forfeit for contravention of Customs Act, s. 12 on basis that plaintiff failing to declare coins as "goods" upon entry into Canada — Plaintiff requesting decision of defendant on whether Customs Act contravened — Defendant's delegate concluding reporting requirement contravened — Plaintiff commencing action pursuant to Customs Act, s. 135 appealing contravention decision — Whether action commenced pursuant to Customs Act, s. 135 limited to determination of whether Act contravened; whether precious-metal coins in question "goods" pursuant to Customs Act and/or "currency" pursuant to Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act; whether precious-metal coins "goods" that must be reported under Customs Act, s. 12 — Customs Act, s. 135(1) statutory right of appeal limited to Customs Act, s. 131 decision — Action brought pursuant to Customs Act, s. 135(1) limited to determining single issue of whether Act contravened — U.S. Treasury-issued legal tender collector coins both "goods" under Customs Act, "currency" under Proceeds Act — With respect to Proceeds Act, plaintiff under no obligation to report importation of currency herein since amount well below specified threshold — However, tax-exempt or not, plaintiff required to report importation of coins under Customs Act; failure to do so contravening Customs Act — Finally, issue of overlapping legislative provisions discussed; however, in present case no true conflict arising — Motion granted, action dismissed.

Douanes et Accise — Loi sur les douanes — Requête par écrit dans laquelle le défendeur a demandé un jugement sommaire rejetant l'action du demandeur dans son ensemble — L'action du demandeur a résulté de la saisie des pièces de monnaie d'or et d'argent du Trésor américain du demandeur par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) lors de sa rentrée au Canada des États-Unis — La valeur nominale des pièces de monnaie, achetées aux États-Unis au coût de 5 700 \$US, était de 220 \$US — L'ASFC a saisi les pièces de monnaie à titre de confiscation pour infraction de l'art. 12 de la Loi sur les douanes, au motif d'omission de déclarer les pièces de monnaie à titre de « marchandises » de la part du demandeur lors de son arrivée au Canada — Le demandeur a demandé une décision du défendeur à l'égard de la question de savoir si la Loi sur les douanes avait été violée — Le délégué du défendeur a conclu qu'il y avait eu une infraction à l'égard de l'exigence de déclaration — Le demandeur a intenté une action en vertu de l'art. 135 de la Loi sur les douanes, en appelant la décision concernant l'infraction — Il s'agissait de savoir si une action intentée en vertu de l'art. 135 de la Loi sur les douanes était limitée à déterminer la question de savoir s'il y a eu une infraction à la Loi; si les pièces de monnaie de métal précieux en litige étaient des « marchandises » en vertu de la Loi sur les douanes et/ou des « espèces » en vertu de la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes; et si les pièces de monnaie de métal précieux étaient des « marchandises » qui devaient être déclarées en vertu de l'art. 12 de la Loi sur les douanes — Le droit d'appel prévu par l'art. 135(1) de la Loi sur les douanes est limité à la décision de l'art. 131 de la Loi sur les douanes — Une action intentée en vertu de l'art. 135(1) de la Loi sur les douanes est limitée à déterminer la seule question de savoir s'il y a eu une infraction à la Loi — Les pièces de monnaie légale produites par le département du Trésor des États-Unis sont considérées comme des « marchandises » en vertu de la Loi sur les

Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — Motion in which defendant seeking summary judgment dismissing in entirety plaintiff's action which arose from Canada Border Services Agency's (CBSA) seizure of U.S. Treasury gold, silver coins from plaintiff upon plaintiff's return to Canada from U.S. — Whether precious-metal coins "currency" that must be reported under Proceeds Act, s. 12 — In context of Canadian-issued coins, non-circulation coins that are legal tender "currency" as term used in Proceeds Act — Reporting obligations provided for at Proceeds Act, s. 12(1) therefore triggered in specific circumstances where, on import or export, denominational or face value of non-circulation coins together with any other currency or monetary instruments being imported or exported of value equal to or greater than prescribed amount at Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations (Reporting Regulations), s. 2 — Plaintiff's U.S. Treasury-issued, legal tender coins currency subject to reporting requirements set out in Proceeds Act but given denominational value of coins US\$220, plaintiff under no obligation to report importation of currency in his possession under Proceeds Act — Currency well below amount specified at Reporting Regulations, s. 2.

This was a motion in writing, pursuant to rules 221 and 369 of the *Federal Courts Rules*, in which the defendant was seeking summary judgment dismissing the plaintiff's action in its entirety. The plaintiff's action arose from the Canada Border Services Agency's (CBSA) seizure of United States Treasury gold and silver coins from the plaintiff upon his return to Canada from the United States. The coins, purchased in the United States at a cost of US\$5 700, had a face value of US\$220. CBSA seized the coins as forfeit for contravention

douanes et des « espèces » en vertu de la Loi sur le recyclage des produits — En ce qui concerne la Loi sur le recyclage des produits, le demandeur n'était pas obligé de déclarer l'importation de ces espèces, qui étaient nettement au-dessous du montant décrit — Peu importe si elles étaient exonérées de la taxe, le demandeur devait déclarer l'importation de ces pièces de monnaie en vertu de la Loi sur les douanes; sa omission de le faire a violé la Loi sur les douanes — Enfin, la question du chevauchement des dispositions législatives a été analysée; toutefois, dans la présente affaire, aucun conflit ne s'est produit — Requête accueillie, action rejetée.

Douanes et Accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Requête dans laquelle le défendeur a demandé un jugement sommaire rejetant l'action du demandeur dans son ensemble, action qui a résulté de la saisie des pièces de monnaie d'or et d'argent du Trésor américain du demandeur par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) lors de sa rentrée au Canada des États-Unis — Il s'agissait de savoir si les pièces de monnaie de métal précieux étaient des « espèces » qui devaient être déclarées en vertu de l'art. 12 de la Loi sur le recyclage des produits — Dans le cadre des monnaies émises au Canada, les pièces de monnaie hors circulation ont pouvoir libératoire et elles sont des « espèces » dans le sens du terme utilisé par la Loi sur le recyclage des produits — Les obligations en matière de déclaration prévues par l'art. 12(1) de la Loi sur le recyclage des produits sont, par conséquent, applicables aux importations et aux exportations où la valeur nominale ou faciale des pièces de monnaie hors circulation, ensemble avec tout autre espèce ou effet importés ou exportés, est égale ou supérieure au montant réglementaire prévu par l'art. 2 du Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets (Règlement sur la déclaration) — Les pièces de monnaie légale du demandeur, émises par le département du Trésor des États-Unis, étaient des espèces faisant l'objet des exigences de déclaration prévues par la Loi sur le recyclage des produits, mais puisque la valeur nominale des pièces de monnaie était de 220 \$US, le demandeur n'était pas obligé de déclarer l'importation de ces espèces en vertu de la Loi sur le recyclage des produits — Les pièces de monnaie étaient nettement au-dessous du montant décrit à l'art. 2 du Règlement sur la déclaration.

Il s'agissait d'une requête par écrit en vertu des règles 221 et 369 des *Règles des Cours fédérales*, dans laquelle le défendeur a demandé un jugement sommaire rejetant l'action du demandeur dans son ensemble. L'action du demandeur a résulté de la saisie des pièces de monnaie d'or et d'argent du Trésor américain du demandeur par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) lors de sa rentrée au Canada des États-Unis. La valeur nominale des pièces de monnaie, achetées aux États-Unis au coût de 5 700 \$US, était de

of section 12 of the *Customs Act* on the basis that the plaintiff failed to declare the coins as “goods” upon entry into Canada. Pursuant to section 129 of the *Customs Act*, the plaintiff requested a decision of the defendant on the issue of whether the *Customs Act* had been contravened. The defendant’s delegate concluded that there had been a contravention of this reporting requirement and further found that, upon the payment of \$321.39, to be held as forfeit, the coins would be returned to the plaintiff. The plaintiff commenced an action pursuant to section 135 of the *Customs Act* appealing the contravention decision.

The issues were whether an action commenced pursuant to section 135 of the *Customs Act* is limited to a determination of whether there has been a contravention of the *Customs Act* and whether the precious-metal coins in question are “goods” pursuant to the *Customs Act* and/or “currency” pursuant to the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* (Proceeds Act). The sub-issues were whether the precious-metal coins are “currency” that must be reported under section 12 of the Proceeds Act and whether precious-metal coins are “goods” that must be reported under section 12 of the *Customs Act*.

Held, the motion should be granted and the action dismissed.

A decision of the defendant pursuant to section 131 of the *Customs Act* relates solely to the question of whether there has been a contravention of the Act. The subsection 135(1) statutory right of appeal has been consistently found to be limited to the section 131 decision. It was concluded that an action brought pursuant to subsection 135(1) of the *Customs Act* is limited to determining a single issue—whether there has been a contravention of that Act—and that this was the sole issue before the Court in the present action. This action differed from judicial review as the Court was to make a *de novo* determination of the issue.

As to the plaintiff’s coins, regardless of their circulation status or collectability, U.S. Treasury-issued legal tender collector coins are both “goods” under the *Customs Act* and “currency” under the Proceeds Act.

220 \$US. L’ASFC a saisi les pièces de monnaie à titre de confiscation pour infraction de l’article 12 de la *Loi sur les douanes*, au motif d’omission de déclarer les pièces de monnaie à titre de «marchandises» de la part du demandeur lors de son arrivée au Canada. En vertu à l’article 129 de la *Loi sur les douanes*, le demandeur a demandé une décision du défendeur à l’égard de la question de savoir si la *Loi sur les douanes* avait été violée. Le délégué du défendeur a conclu qu’il y avait eu une infraction à l’égard de cette exigence de déclaration et il a en outre conclu qu’après le paiement de 321,39 \$ pour la confiscation, les pièces de monnaie seraient retournées au demandeur. Le demandeur a intenté une action en vertu de l’article 135 de la *Loi sur les douanes*, en appelant la décision concernant l’infraction.

Il s’agissait de savoir si une action intentée en vertu de l’article 135 de la *Loi sur les douanes* était limitée à déterminer la question de savoir s’il y a eu une infraction à la *Loi sur les douanes* et si les pièces de monnaie de métal précieux en litige étaient des «marchandises» en vertu de la *Loi sur les douanes* et/ou des «espèces» en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (Loi sur le recyclage des produits). Les sous-questions étaient de savoir si les pièces de monnaie de métal précieux étaient des «espèces» qui devaient être déclarées en vertu de l’article 12 de la Loi sur le recyclage des produits et si les pièces de monnaie de métal précieux étaient des «marchandises» qui devaient être déclarées en vertu de l’article 12 de la *Loi sur les douanes*.

Jugement : la requête doit être accueillie et l’action doit être rejetée.

Une décision du défendeur en vertu de l’article 131 de la *Loi sur les douanes* concerne seulement la question de savoir s’il y a eu une infraction à cette loi. Le droit d’appel prévu par le paragraphe 135(1) a été constamment jugé limité à la décision de l’article 131. Il a été conclu qu’une action intentée en vertu du paragraphe 135(1) de la *Loi sur les douanes* est limitée à déterminer une seule question, celle de savoir s’il y a eu une infraction à la Loi, et que cette question était la seule question présentée devant la Cour dans la présente mesure. Cette action différerait du contrôle judiciaire, car la Cour devait effectuer un examen *de novo* de la question.

Pour ce qui est des pièces en litige, malgré leur statut d’espèces en circulation ou de pièces de collection, les pièces de monnaie légale de collection produites par le département du Trésor des États-Unis ayant une qualité de monnaie légale sont considérées comme des «marchandises» en vertu de la *Loi sur les douanes* et des «espèces» en vertu de la Loi sur le recyclage des produits.

With respect to the Proceeds Act, the meaning of “currency” is not defined therein nor in any of its Regulations. In the context of Canadian-issued coins, considering the relevant provisions of the *Royal Canadian Mint Act* and the *Currency Act*, non-circulation coins that are legal tender are “currency” as that term is used in the Proceeds Act. The reporting obligations provided for at subsection 12(1) of the Proceeds Act are therefore triggered where, on import or export, the denominational or face value of the non-circulation coins together with any other currency or monetary instruments being imported or exported is of a value that is equal to or greater than the prescribed amount at section 2 of the *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations* (Reporting Regulations). The plaintiff’s U.S. Treasury-issued, legal tender coins are currency that is subject to the reporting requirements set out in the Proceeds Act. However as the face or denominational value of the coins is US\$220, the plaintiff was under no obligation to report the importation of this currency in his possession under the Proceeds Act, which amount was well below the one specified at section 2 of the Reporting Regulations.

Concerning whether the coins at issue were “goods” that had to be reported under section 12 of the *Customs Act*, the definition of “goods” at subsection 2(1) of the *Customs Act* was examined. The plaintiff’s non-circulation legal tender collector coins have a market value far in excess of their face value. It is this unique characteristic coupled with the *Customs Act*’s broad definition of “goods” that led to the conclusion that the plaintiff’s coins were goods that had to be reported under that Act. All “goods”, subject to prescribed circumstances and conditions, are to be reported on importation. There were no reasons to exclude highly valuable collector coins from this reporting obligation. Tax-exempt or not, the plaintiff was required to report the importation of these coins and his failure to do so did, as found by the defendant’s delegate, contravene the *Customs Act*.

The issue of overlapping legislative provisions was discussed. In this case, no true conflict arose. Treating non-circulation legal tender collector coins as “goods” for the purposes of the *Customs Act* was not inconsistent with treating them as “currency” under the Proceeds Act. It was neither impossible nor contradictory to impose a dual reporting requirement in those circumstances where the reporting obligations of both Acts were triggered. This result ensured both the *Customs*

En ce qui concerne la Loi sur le recyclage des produits, le terme « espèces » n’est pas défini dans la Loi ni dans ses règlements. Dans le cadre des monnaies émises au Canada, un examen des dispositions pertinentes de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne* et de la *Loi sur la monnaie* révèle que les pièces de monnaie hors circulation ont pouvoir libératoire et elles sont des « espèces » dans le sens du terme utilisé par la Loi sur le recyclage des produits. Les obligations en matière de déclaration prévues par le paragraphe 12(1) de la Loi sur le recyclage des produits sont, par conséquent, applicables aux importations et aux exportations où la valeur nominale ou faciale des pièces de monnaie hors circulation, ensemble avec tout autre espèce ou effet importés ou exportés, est égale ou supérieure au montant réglementaire prévu par l’article 2 du *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets* (Règlement sur la déclaration). Les pièces de monnaie légale du demandeur, émises par le département du Trésor des États-Unis, sont des espèces faisant l’objet des exigences de déclaration prévues par la Loi sur le recyclage des produits. Cependant, puisque la valeur faciale ou nominale des pièces de monnaie était de 220 \$US, le demandeur n’était pas obligé de déclarer l’importation de ces espèces en vertu de la Loi sur le recyclage des produits, ces espèces étant nettement au-dessous du montant décrit à l’article 2 du Règlement sur la déclaration.

En ce qui concerne la question de savoir si les pièces de monnaie en cause étaient des « marchandises » qui devaient être déclarées en vertu de l’article 12 de la *Loi sur les douanes*, la définition de « marchandises » au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les douanes* a été examinée. Les pièces de monnaie légale de collection hors circulation du demandeur avaient une valeur marchande très supérieure à leur valeur faciale. Cette caractéristique unique, combinée avec la définition générale de la *Loi sur les douanes* du terme « marchandises », a mené à conclure que les pièces de monnaie du demandeur étaient des marchandises qui devaient être déclarées en vertu de cette loi. Toutes les « marchandises » assujetties aux circonstances et aux conditions prévues doivent être déclarées au moment de leur importation. Il n’y avait aucune raison d’exonérer ces pièces de monnaie de collection de grande valeur de cette obligation de déclaration. Peu importe si elles étaient exonérées de la taxe, le demandeur devait déclarer l’importation de ces pièces de monnaie et son omission de le faire a, comme l’a conclu le délégué du défendeur, violé la *Loi sur les douanes*.

La question du chevauchement des dispositions législatives a été analysée. Dans la présente affaire, aucun conflit ne s’est produit. Le fait de traiter les pièces de monnaie légale de collection hors circulation comme des « marchandises » aux fins de la *Loi sur les douanes* n’était pas incompatible avec le fait de les traiter comme des « espèces » en vertu de la Loi sur le recyclage des produits. Il n’était ni impossible ni contradictoire d’imposer une exigence double de déclaration

Act and the Proceeds Act were interpreted and applied in a manner that best ensured the attainment of their objects and the intent of legislature.

dans ces circonstances où les exigences de déclaration des deux lois s'appliquaient. Ce résultat s'est assuré que la *Loi sur les douanes* et la Loi sur le recyclage des produits ont été interprétées et appliquées de manière à assurer la réussite de leurs objectifs et l'intention du législateur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412, s. 1(1) "monetary instruments", 2.
Currency Act, R.S.C., 1985, c. C-52, ss. 7, 8.
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp), c. 1, ss. 2(1) "goods", 12, 106(1), 129, 131, 133, 135.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 50, 51, 123(1) "money", Sch. III, Part XI.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 215(2)(b), 221, 369.
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, s. 12.
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations, SOR/2002-184, s. 1(1),(2) "cash", "funds".
Royal Canadian Mint Act, R.S.C., 1985, c. R-9, ss. 2 "non-circulation coin", 6-6.31, 6.4-6.6.

CASES CITED

APPLIED:

- Nguyen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 724, 347 F.T.R. 283; *Starway v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 1208, 381 F.T.R. 16.

CONSIDERED:

- Dokaj v. M.N.R.*, 2005 FC 1437, [2006] 2 F.C.R. 152; *ACL Canada Inc. v M.N.R.* (1993), 107 D.L.R. (4th) 736, 68 F.T.R. 180 (F.C.T.D.); *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340.

AUTHORS CITED

- Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, "currency".
 Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law Inc., 2016.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la monnaie*, L.R.C. (1985), ch. C-52, art. 7, 8.
Loi sur la Monnaie royale canadienne, L.R.C. (1985), ch. R-9, art. 2 « monnaie hors circulation », 6-6.31, 6.4-6.6.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 50, 51, 123(1) « argent », ann. III, partie XI.
Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 12.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 2(1) « marchandises », 12, 106(1), 129, 131, 133, 135.
Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets, DORS/2002-412, art. 1(1) « effets », 2.
Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, DORS/2002-184, art. 1(1),(2) « espèces », « fonds ».
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 215(2)(b), 221, 369.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Nguyen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 724; *Starway c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 1208.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Dokaj c. M.R.N.*, 2005 CF 1437, [2006] 2 R.C.F. 152; *ACL Canada Inc. c. M.R.N.*, [1993] A.C.F. n° 1048 (QL) (1^{re} inst.); *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340.

DOCTRINE CITÉE

- Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, "currency".
 Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3^e éd. Toronto : Irwin Law Inc., 2016.

MOTION pursuant to rules 221 and 369 of the *Federal Courts Rules* seeking summary judgment dismissing in its entirety the plaintiff's action taken pursuant to section 135 of the *Customs Act* appealing the defendant's contravention decision. Motion granted, action dismissed.

APPEARANCES

Radu Hociung on his own behalf.
Eric O. Peterson for defendant

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for defendant

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

GLEESON J.:

I. Overview

[1] The defendant has brought a motion in writing, pursuant to rules 221 and 369 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules) seeking summary judgment. Specifically the defendant seeks:

Summary Judgment dismissing this action in its entirety, on the basis of the statement of claim as it presently stands and as it may be amended on the disposition of the Plaintiff's motion to amend.

[2] The Court has separately considered the plaintiff's motion for leave to amend the statement of claim by: (1) adding defendants; (2) pleading criminal activities; (3) amending the pleadings concerning the characterization of precious metal coins as goods under the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp), c. 1 (*Customs Act*); (4) pleading for additional relief; and (5) updating the plaintiff's contact information. That motion has been denied by way of separate order. This motion for summary judgment has therefore been considered on the basis of the original statement of claim.

REQUÊTE en vertu des règles 221 et 369 des *Règles des Cours fédérales* demandant un jugement sommaire rejetant dans son ensemble l'action du demandeur, intentée en vertu de l'article 135 de la *Loi sur les douanes*, en appelant la décision concernant l'infraction du défendeur. Requête accueillie, action rejetée.

ONT COMPARU

Radu Hociung pour son propre compte.
Eric O. Peterson, pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada, pour le défendeur.

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

LE JUGE GLEESON :

I. Aperçu

[1] Le défendeur a présenté une requête par écrit en vertu des règles 221 et 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) en vue d'obtenir un jugement sommaire. Le défendeur demande plus spécifiquement ce qui suit :

Un jugement sommaire rejetant la présente action dans son ensemble, sur la base de la déclaration, tel qu'elle existe et telle qu'elle peut être modifiée sur la disposition de la requête en modification du défendeur.

[2] La Cour a examiné séparément la requête en autorisation de modifier la déclaration du demandeur en : 1) ajoutant des défendeurs; en 2) plaidant des activités criminelles; en 3) modifiant les plaidoiries concernant la qualification de pièces de monnaie de métal précieux à titre de marchandises en vertu de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1 (la *Loi sur les douanes* ou la Loi); en 4) plaidant pour des mesures de réparation supplémentaires; et en 5) mettant à jour les coordonnées du demandeur. La requête a été rejetée par voie d'une ordonnance distincte. La présente requête en

jugement sommaire a, par conséquent, été examinée sur la base de la déclaration initiale.

II. Background

[3] This action arises from the Canada Border Services Agency's (CBSA) seizure of United States Treasury gold and silver coins from the plaintiff upon his return to Canada from the United States. The coins, purchased in the United States at a cost of US\$5 700, consisted of four US\$50 Buffalo Gold Bullion coins and twenty US\$1 Silver Eagle coins. CBSA seized the coins as forfeit for contravention of section 12 of the *Customs Act* on the basis that the plaintiff failed to declare the coins as "goods" upon entry into Canada.

[4] Pursuant to section 129 of the *Customs Act* the plaintiff requested a decision of the Minister on the issue of whether the *Customs Act* had been contravened. The plaintiff maintains that: (1) the coins are money or currency, not goods, and therefore do not need to be declared under the *Customs Act*; and (2) the currency in his possession, including the gold and silver coins, had a face value of less than \$10 000 and therefore did not trigger the reporting obligation under the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 (Proceeds Act).

[5] After reviewing the enforcement action the Minister's delegate determined that "[a]ll goods entering Canada, including gold and silver coins, must be reported to CBSA in accordance with the Customs Act". The Minister's delegate concluded, as provided for at section 131 of the *Customs Act*, there had been a contravention of this reporting requirement. The Minister's delegate further found, as provided for at section 133 of the Act, that upon the payment of \$321.39, to be held as forfeit, the coins would be returned to the plaintiff.

II. Faits

[3] La présente action résulte de la saisie des pièces de monnaie d'or et d'argent du Trésor américain du demandeur par l'Agence de services frontaliers du Canada (ASFC) lors de sa rentrée au Canada des États-Unis. Les pièces de monnaie, achetées aux États-Unis au coût de 5 700 \$US, comprenaient quatre pièces de monnaie d'or Buffalo Gold Bullion de 50 \$US et vingt pièces de monnaie d'argent Silver Eagle de 1 \$US. L'ASFC a saisi les pièces de monnaie à titre de confiscation pour infraction de l'article 12 de la *Loi sur les douanes*, au motif d'omission de déclarer les pièces de monnaie à titre de « marchandises » de la part du demandeur lors de son arrivée au Canada.

[4] En vertu à l'article 129 de la *Loi sur les douanes*, le demandeur a demandé une décision du ministre à l'égard de la question de savoir si la *Loi sur les douanes* a été violée. Le demandeur soutient que : 1) les pièces de monnaie sont de l'argent ou des espèces et non des marchandises et, par conséquent, elles n'ont pas besoin d'être déclarées en vertu de la *Loi sur les douanes*; et 2) les espèces en sa possession, y compris les pièces de monnaie d'or et d'argent, avaient une valeur faciale de moins de 10 000 \$ et, par conséquent, n'ont pas déclenché l'obligation de déclaration imposée par la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 (la Loi sur le recyclage des produits).

[5] Après avoir examiné la mesure d'exécution, le délégué du ministre a décidé que [TRADUCTION] «[toutes] les marchandises qui entrent au Canada, y compris les pièces de monnaie d'or et d'argent, doivent être déclarées devant l'ASFC conformément à la *Loi sur les douanes*». Le délégué du ministre a conclu, comme le prévoit l'article 131 de la *Loi sur les douanes*, qu'il y a eu une infraction à l'égard de cette exigence de déclaration. Le délégué du ministre a en outre conclu, comme prévu par l'article 133 de la Loi, qu'après le paiement de 321,39 \$ pour la confiscation, les pièces de monnaie seraient retournées au demandeur.

[6] The plaintiff commenced an action pursuant to section 135 of the *Customs Act*, appealing the contravention decision.

III. Position of the parties

A. *Defendant's submissions (the moving party on the motion for summary judgment)*

[7] In seeking summary judgment, the defendant submits that only two issues are raised in the plaintiff's action:

1. Whether the plaintiff may claim damages and seek *mandamus* in an appeal of a ministerial decision by way of action brought under section 135 of the *Customs Act*; and
2. Whether collector coins are currency or goods for the purpose of the *Customs Act*.

[8] The defendant submits that on a motion for summary judgment, where the Court is satisfied there is no genuine issue for trial, the Court shall grant summary judgment. The defendant further submits that where the Court is satisfied the only genuine issue is a question of law the Court may determine the issue and grant summary judgment pursuant to paragraph 215(2)(b) of the Rules.

- (1) Whether a plaintiff may claim damages and seek *mandamus* by way of action brought under section 135 of the *Customs Act*.

[9] The defendant submits that the sole issue before the Court in an action instituted under section 135 of the *Customs Act* is whether there was a contravention of the Act or its regulations. An action under section 135 does not permit a plaintiff to make claims for damages arising from CBSA officers' performance of their duties, nor does it allow for other damages or the extraordinary remedies available under section 18.1 of the

[6] Le demandeur a intenté une action en vertu de l'article 135 de la *Loi sur les douanes*, en appelant la décision concernant l'infraction.

III. La position des parties

A. *Les arguments du défendeur (la partie qui a présenté la requête en jugement sommaire)*

[7] En vue d'obtenir un jugement sommaire, le défendeur soutient que seulement deux questions sont soulevées dans l'action du demandeur :

1. Le demandeur peut-il demander des dommages-intérêts et obtenir une ordonnance de *mandamus* dans le cadre d'un appel d'une décision ministérielle par voie d'action intentée sur le fondement de l'article 135 de la *Loi sur les douanes*?
2. Les pièces de monnaie de collection sont-elles des espèces ou des marchandises aux fins de la *Loi sur les douanes*?

[8] Le défendeur soutient que, par suite d'une requête en jugement sommaire, lorsque la Cour est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse, elle rend un jugement sommaire. Le défendeur soutient en outre que, lorsque la Cour est convaincue, la seule question légitime est une question de droit que la Cour peut déterminer la question et accorder un jugement sommaire en vertu de l'alinéa 215(2)b) des Règles.

- 1) Un demandeur peut-il demander des dommages-intérêts et obtenir une ordonnance de *mandamus* par voie d'action intentée sur le fondement de l'article 135 de la *Loi sur les douanes*?

[9] Le défendeur soutient que la seule question devant la Cour à la suite d'une action intentée en vertu de l'article 135 de la *Loi sur les douanes* est de savoir s'il y a eu une infraction à la Loi ou de son règlement. Une action en vertu de l'article 135 ne permet pas au demandeur de demander des dommages-intérêts provenant de l'exercice des fonctions des agents de l'ASFC ni ne permet l'allocation d'autres dommages-intérêts

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7. These remedies, the defendant submits, are available by way of separate action but that separate proceeding cannot be combined with a section 135 action.

- (2) Whether collector coins are currency or goods for the purpose of the *Customs Act*

[10] The defendant submits that the coins in issue are collector coins and as such they are goods rather than currency, and must be declared under the *Customs Act*. The defendant states that although the Proceeds Act requires currency over \$10 000 to be reported at the border, “currency” is not defined in the Proceeds Act. The defendant submits that collector coins have a market value far beyond their face value, are not intended for circulation, and therefore are not “currency” for the purposes of the Proceeds Act.

B. *Plaintiff’s submissions*

[11] The plaintiff submits the summary judgment motion is unnecessary and vexatious because it is identical to a prior failed motion to strike the plaintiff’s pleadings and is simply an attempt to stall discovery.

[12] Although the plaintiff does not challenge the issues as identified by the defendant on this motion, the plaintiff submits there are additional issues identified in the statement of claim. These generally include whether the coins in issue are intended for circulation and the scope of an action and available remedies under section 135 of the *Customs Act*. The plaintiff invites the Court to determine any issues on this motion that may be determined based on the evidence.

ou de recours extraordinaires disponibles en vertu de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Ces recours, soutient le défendeur, sont disponibles par voie d’une action distincte, mais cette mesure distincte ne peut pas être combinée avec une action prévue par l’article 135.

- 2) Les pièces de monnaie de collection sont-elles des espèces ou des marchandises aux fins de la *Loi sur les douanes*?

[10] Le défendeur soutient que les pièces de monnaie en litige sont des pièces de collection et, à ce titre, elles sont des marchandises plutôt que des espèces et elles doivent être déclarées en vertu de la *Loi sur les douanes*. Le défendeur déclare que, même si la Loi sur le recyclage des produits exige que les espèces de plus de 10 000 \$ soient déclarées à la frontière, le terme « espèces » n’est pas défini dans la Loi sur le recyclage des produits. Le défendeur soutient que les pièces de monnaie de collection ont une valeur marchande bien supérieure à leur valeur faciale, elles ne sont pas destinées à la circulation et elles ne sont pas, par conséquent, des « espèces » aux fins de la Loi sur le recyclage des produits.

B. *Les arguments du demandeur*

[11] Le demandeur soutient que la requête en jugement sommaire est inutile et vexatoire, parce qu’elle est identique à une requête antérieure en radiation aux plaidoiries du demandeur qui a été rejetée et elle est seulement une tentative de bloquer l’interrogatoire.

[12] Même si le demandeur ne conteste pas les questions comme le défendeur les a identifiées dans la présente requête, le demandeur soutient qu’il y a des questions supplémentaires indiquées dans la déclaration. Ces questions incluent celle de savoir si les pièces de monnaie en litige sont destinées à la circulation, ainsi que celle de connaître la portée d’une action et les recours disponibles en vertu de l’article 135 de la *Loi sur les douanes*. Le demandeur invite la Cour à déterminer les questions dans la présente requête qui peuvent être décidées en se fondant sur les preuves.

- (1) Whether a plaintiff may claim damages and seek *mandamus* by way of action pursuant to section 135 of the *Customs Act*

[13] The plaintiff argues that he is not seeking *mandamus* in this matter and submits that section 135 of the *Customs Act* allows for a full action in the Federal Court. He further submits that all remedies otherwise available in actions before the Federal Court are available in a section 135 action.

- (2) Whether collector coins are currency or goods for the purpose of the *Customs Act*

[14] The plaintiff submits that the coins in issue are “currency”, not “goods”, and therefore need not be reported pursuant to subsection 12(1) of the *Customs Act* on importation to Canada. He further submits that even if the coins are characterized as goods they are exempt from tax pursuant to the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15.

[15] The plaintiff submits that whether the coins are collectable or in circulation does not affect their status as currency. He further argues that refusing to treat collector coins as currency is inconsistent with, and defeats the purposes and intent of, the *Proceeds Act*.

IV. Are there genuine issues for trial?

[16] The plaintiff does not dispute that the issues identified by the defendant are genuine issues. However, the plaintiff submits there are additional issues raised in the statement of claim to be addressed in the course of the action. I disagree.

- 1) Un demandeur peut-il demander des dommages-intérêts et obtenir une ordonnance de *mandamus* par voie d’action en vertu de l’article 135 de la *Loi sur les douanes*?

[13] Le demandeur soutient qu’il ne cherche pas à obtenir un *mandamus* dans la présente affaire et il soutient que l’article 135 de la *Loi sur les douanes* permet une poursuite devant la Cour fédérale. Il soutient en outre que tous les recours autrement disponibles en actions devant la Cour fédérale sont disponibles dans une mesure prévue par l’article 135.

- 2) Les pièces de monnaie de collection sont-elles des espèces ou des marchandises aux fins de la *Loi sur les douanes*?

[14] Le demandeur soutient que les pièces de monnaie en litige sont des « espèces » et non des « marchandises » et que, par conséquent, il n’est pas nécessaire de les déclarer en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les douanes* dans le cadre de l’importation au Canada. Il soutient en outre que, même si les pièces de monnaie sont qualifiées en tant que marchandises, elles sont exonérées de la taxe en vertu de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15.

[15] Le demandeur soutient que la question de savoir si les pièces de monnaie sont des pièces de collection ou en circulation n’affecte pas leur statut d’espèces. Il soutient en outre que le fait de refuser de traiter les pièces de monnaie de collection à titre d’espèces est non conforme et va à l’encontre de la *Loi sur le recyclage des produits*.

IV. Y a-t-il de véritables questions litigieuses à trancher?

[16] Le demandeur ne conteste pas le fait que les questions identifiées par le défendeur sont des questions véritables. Cependant, le demandeur soutient qu’il y a des questions supplémentaires soulevées dans la déclaration qui doivent être examinées en cours d’instance. Je ne suis pas d’accord.

[17] The claim does raise numerous allegations of general misconduct, including allegations of criminal misconduct in relation to various officers and officials. The statement of claim seeks the payment of damages in relation to the alleged misconduct. In addition the statement of claim seeks to have this Court direct specific action be taken by both the Prime Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness.

[18] In my view these are all matters that fall within the scope of the defendant’s first stated issue, “whether the plaintiff may claim damages and seek *mandamus* in an appeal of a ministerial decision by way of action pursuant to section 135 of the *Customs Act*”. However, to better reflect the true issue to be decided, I would reframe the defendant’s issue statement as “whether an action brought under section 135 of the *Customs Act* is limited to a determination of whether there has been a contravention of the *Customs Act*”.

[19] The plaintiff also submits that there are numerous issues relating to the interpretation of the legislation that has been relied upon by the parties in advancing their respective positions. The parties have cited and relied on a number of different legislative provisions in advancing their positions, but these submissions all seek to resolve a single core issue in dispute as it relates to the contravention finding: “are collector coins ‘currency’ or ‘goods’?”

[20] I am satisfied that the two issues identified by the defendant are genuine issues to be determined in this matter, and are the only issues to be determined.

V. Is the Court in a position to address the genuine issues and grant summary judgment?

[21] Determining whether an action commenced pursuant to section 135 of the *Customs Act* is limited to a

[17] La déclaration soulève de nombreuses allégations d’inconduite générale, y compris des allégations d’inconduite criminelle concernant plusieurs agents et fonctionnaires. La déclaration cherche à obtenir le paiement des dommages-intérêts liés à l’inconduite alléguée. En plus, la déclaration cherche à faire que la Cour prenne des mesures précises dirigées par le premier ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

[18] À mon avis, ce sont là des questions qui relèvent de la portée de la première question déclarée par le défendeur de savoir [TRADUCTION] « si le demandeur peut demander des dommages-intérêts et obtenir une ordonnance de *mandamus* dans un appel d’une décision ministérielle par voie d’action intentée sur le fondement de l’article 135 de la *Loi sur les douanes*. » Cependant, afin de mieux refléter la vraie question à décider, je reformulerais la question du demandeur de manière à savoir « si une action intentée sur le fondement de l’article 135 de la *Loi sur les douanes* est limitée à déterminer s’il y a eu une infraction à la *Loi sur les douanes* ».

[19] Le demandeur soutient également qu’il y a de nombreuses questions liées à l’interprétation de la loi sur lesquelles les parties se sont fondées pour faire valoir leurs positions respectives. Les parties ont cité un certain nombre de différentes dispositions législatives pour faire valoir leurs positions et se sont fondées sur elles, mais ces arguments cherchent tous à répondre à une seule question fondamentale en litige, car elle est liée à la conclusion concernant l’infraction : « les pièces de monnaie de collection sont-elles des “espèces” ou des “marchandises” ? »

[20] Je suis convaincu que les deux questions identifiées par le défendeur sont des questions véritables à déterminer dans la présente affaire et elles sont les seules questions à trancher.

V. La Cour est-elle en position d’examiner les questions véritables et d’accorder un jugement sommaire?

[21] Le fait de décider si une action intentée en vertu de l’article 135 de la *Loi sur les douanes* est limitée à

determination of whether there has been a contravention of the *Customs Act* involves interpretation of that Act. The plaintiff has not disputed the characterization of this matter as being a question of law. I also note there is no factual dispute relating to this discrete issue.

[22] I am of the opinion that “whether collector coins are currency or goods for the purpose of the *Customs Act*” is also a question of law. The core issues to be determined are: (1) are precious-metal coins “currency” that must be reported under section 12 the Proceeds Act; and (2) are precious-metal coins “goods” that must be reported under section 12 of the *Customs Act*? The defendant acknowledges in written submissions that the gold and silver coins in issue are issued by the U.S. Treasury, which “stipulates that its collector coins are legal tender”. Thus no findings of fact are required to determine the core issues.

[23] I am satisfied that both issues can be dealt with by way of summary judgment.

VI. Issues

[24] Having considered the submissions of the parties and the issues identified by the defendant, I have framed the issues as follows:

1. Is an action commenced pursuant to section 135 of the *Customs Act* limited to a determination of whether there has been a contravention of the *Customs Act*?
2. Are the precious-metal coins in question “goods” pursuant to the *Customs Act* and/or “currency” pursuant to the Proceeds Act? This issue requires addressing the following two sub-issues:

déterminer la question de savoir s’il y a eu une infraction à la *Loi sur les douanes* implique l’interprétation de cette loi. Le demandeur n’a pas contesté la qualification de l’espèce à titre de question de droit. Je souligne également qu’il n’y a aucun litige factuel lié à cette question particulière.

[22] Je suis d’avis que la question de savoir «si les pièces de monnaie de collection sont des espèces ou des marchandises aux fins de la *Loi sur les douanes*» est également une question de droit. Les questions fondamentales en litige sont les suivantes : 1) les pièces de monnaie de métal précieux sont-elles des «espèces» qui doivent être déclarées en vertu de l’article 12 de la Loi sur le recyclage des produits; et 2) les pièces de monnaie de métal précieux sont-elles des «marchandises» qui doivent être déclarées en vertu de l’article 12 de la *Loi sur les douanes*? Le défendeur reconnaît dans des arguments écrits que les pièces de monnaie d’or et d’argent en litige sont produites par le département du Trésor des États-Unis, ce qui [TRADUCTION] «prévoit que ses pièces de monnaie de collection sont une monnaie légale.» Ainsi, aucune conclusion de fait n’est exigée afin de déterminer les questions fondamentales.

[23] Je suis convaincu que les deux questions peuvent être examinées par voie de jugement sommaire.

VI. Questions en litige

[24] Après avoir examiné les arguments des parties et les questions indiquées par le défendeur, j’ai formulé les questions comme il suit :

1. Une action intentée en vertu de l’article 135 de la *Loi sur les douanes* est-elle limitée à déterminer la question de savoir s’il y a eu une infraction à la *Loi sur les douanes*?
2. Les pièces de monnaie de métal précieux en litige sont-elles des «marchandises» en vertu de la *Loi sur les douanes* et/ou des «espèces» en vertu de la Loi sur le recyclage des produits? Cette question exige l’examen des sous-questions suivantes :

- i. Are precious-metal coins “currency” that must be reported under section 12 of the Proceeds Act? and
- ii. Are precious-metal coins “goods” that must be reported under section 12 of the *Customs Act*?

VII. Analysis

- A. *Is an action pursuant to section 135 of the Customs Act limited to a determination of whether there has been a contravention of the Customs Act?*

[25] Subsection 106(1) and sections 131 and 135 of the *Customs Act* state:

Limitation of action against officer or person assisting

106 (1) No action or judicial proceeding shall be commenced against an officer for anything done in the performance of his duties under this or any other Act of Parliament or a person called on to assist an officer in the performance of such duties more than three months after the time when the cause of action or the subject-matter of the proceeding arose.

...

Decision of the Minister

131 (1) After the expiration of the thirty days referred to in subsection 130(2), the Minister shall, as soon as is reasonably possible having regard to the circumstances, consider and weigh the circumstances of the case and decide

(a) in the case of goods or a conveyance seized or with respect to which a notice was served under section 124 on the ground that this Act or the regulations were contravened in respect of the goods or the conveyance, whether the Act or the regulations were so contravened;

(b) in the case of a conveyance seized or in respect of which a notice was served under section 124 on the ground that it was made use of in respect of goods in respect of which this Act or the regulations were

- i. Les pièces de monnaie de métal précieux sont-elles des « espèces » qui doivent être déclarées en vertu de l’article 12 de la Loi sur le recyclage des produits?
- ii. Les pièces de monnaie de métal précieux sont-elles des « marchandises » qui doivent être déclarées en vertu de l’article 12 de la *Loi sur les douanes*?

VII. Discussion

- A. *Une action en vertu de l’article 135 de la Loi sur les douanes est-elle limitée à déterminer la question de savoir s’il y a eu une infraction à la Loi sur les douanes?*

[25] Le paragraphe 106(1) et les articles 131 et 135 de la *Loi sur les douanes* déclarent :

Prescription : action contre l’argent ou la personne requise de l’assister

106 (1) Les actions contre l’agent, pour tout acte accompli dans l’exercice des fonctions que lui confère la présente loi ou toute autre loi fédérale, ou contre une personne requise de l’assister dans l’exercice de ces fonctions, se prescrivent par trois mois à compter du fait générateur du litige.

[...]

Décision du ministre

131 (1) Après l’expiration des trente jours visés au paragraphe 130(2), le ministre étudie, dans les meilleurs délais possible en l’espèce, les circonstances de l’affaire et décide si c’est valablement qu’a été retenu, selon le cas :

a) le motif d’infraction à la présente loi ou à ses règlements pour justifier soit la saisie des marchandises ou des moyens de transport en cause, soit la signification à leur sujet de l’avis prévu à l’article 124;

b) le motif d’utilisation des moyens de transport en cause dans le transport de marchandises ayant donné lieu à une infraction aux mêmes lois ou règlements, ou le motif de cette infraction, pour justifier soit la saisie de

contravened, whether the conveyance was made use of in that way and whether the Act or the regulations were so contravened; or

(c) in the case of a penalty assessed under section 109.3 against a person for failure to comply with subsection 109.1(1) or (2) or a provision that is designated under subsection 109.1(3), whether the person so failed to comply.

...

Exception

(1.1) A person on whom a notice is served under section 130 may notify the Minister, in writing, that the person will not be furnishing evidence under that section and authorize the Minister to make a decision without delay in the matter.

Notice of decision

(2) The Minister shall, forthwith on making a decision under subsection (1), serve on the person who requested the decision a detailed written notice of the decision.

Judicial review

(3) The Minister's decision under subsection (1) is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by subsection 135(1).

...

Federal Court

135 (1) A person who requests a decision of the Minister under section 131 may, within ninety days after being notified of the decision, appeal the decision by way of an action in the Federal Court in which that person is the plaintiff and the Minister is the defendant.

Ordinary action

(2) The *Federal Courts Act* and the rules made under that Act applicable to ordinary actions apply in respect of actions instituted under subsection (1) except as varied by special rules made in respect of such actions.

[26] The plaintiff submits that subsection 135(1) allows for a full action in this Court including the joinder of claims. I am not persuaded.

ces moyens de transport, soit la signification à leur sujet de l'avis prévu à l'article 124;

e) le motif de non-conformité aux paragraphes 109.1(1) ou (2) ou à une disposition désignée en vertu du paragraphe 109.1(3) pour justifier l'établissement d'une pénalité en vertu de l'article 109.3, peu importe s'il y a réellement eu non-conformité.

[...]

Exception

(1.1) La personne à qui a été signifié un avis visé à l'article 130 peut aviser par écrit le ministre qu'elle ne produira pas de moyens de preuve en application de cet article et autoriser le ministre à rendre sans délai une décision sur la question.

Avis de la décision

(2) Dès qu'il a rendu sa décision, le ministre en signifie par écrit un avis détaillé à la personne qui en a fait la demande.

Recours judiciaire

(3) La décision rendue par le ministre en vertu du paragraphe (1) n'est pas susceptible d'appel, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues au paragraphe 135(1).

[...]

Cour fédérale

135 (1) Toute personne qui a demandé que soit rendue une décision en vertu de l'article 131 peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la communication de cette décision, en appeler par voie d'action devant la Cour fédérale, à titre de demandeur, le ministre étant le défendeur.

Action ordinaire

(2) La *Loi sur les Cours fédérales* et les règles prises aux termes de cette loi applicables aux actions ordinaires s'appliquent aux actions intentées en vertu du paragraphe (1), sous réserve des adaptations occasionnées par les règles particulières à ces actions.

[26] Le demandeur soutient que le paragraphe 135(1) permet une poursuite devant la Cour, y compris la jonction des demandes. Je ne suis pas convaincu par ces arguments.

[27] A decision of the Minister pursuant to section 131 relates solely to the question of whether there has been a contravention of the *Customs Act*. As Justice Michel Shore explained in *Nguyen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 724, 347 F.T.R. 283 (*Nguyen*), at paragraph 19:

... Subsection 131(3) of the Act is a privative clause within the *Customs Act* that requires decisions made pursuant to s. 131 of the Act be subject to review only as described in s. 135(1) of the Act. Subsection 135(1) of the Act requires that a Minister's decision made under s. 131 of the Act be appealed by way of an action. [Emphasis in original.]

[28] Although this type of situation has been described as “awkward and inconvenient” (*Dokaj v. M.N.R.*, 2005 FC 1437, [2006] 2 F.C.R. 152, at paragraph 39) and “anomalous” (*ACL Canada Inc. v M.N.R.* (1993), 107 D.L.R. (4th) 736, 68 F.T.R. 180 (F.C.T.D.), at paragraph 55), the subsection 135(1) statutory right of appeal has been consistently found to be limited to the section 131 decision.

[29] The jurisprudence has held that penalties imposed pursuant to section 133 and resulting from a subsection 131(1) contravention finding are not reviewable in a subsection 135(1) action (*Starway v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 1208, 381 F.T.R. 16 (*Starway*), at paragraph 23). Similarly, a subsection 131(1) decision has been found not to be reviewable in a proceeding challenging a penalty imposed under section 133 (*Nguyen*, at paragraph 20).

[30] The plaintiff argues that *Starway* does not stand for the principle that the exclusive issue to be determined in a subsection 135(1) action is a contravention of the *Customs Act*. I disagree. In *Starway* Justice Harrington states at paragraph 27 that “[i]n accordance with section 135 of the Act, this is an ordinary action. The only special rule imposed is that the issue is limited to whether Mr. Starway made an untrue statement.” In other words although a section 135 action is in all other respects an ordinary action before this Court, it is an action that is

[27] Une décision du ministre en vertu de l'article 131 concerne seulement la question de savoir s'il y a eu une infraction à la *Loi sur les douanes*. Comme l'a expliqué le juge Michel Shore dans la décision *Nguyen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 724 (*Nguyen*), au paragraphe 19 :

[...] Le paragraphe 131(3) de la Loi est une clause privative de la Loi sur les douanes qui prévoit que les décisions rendues en vertu de l'article 131 de la Loi ne sont susceptibles d'appel que selon les modalités prévues au paragraphe 135(1) de la Loi, lequel prévoit que la décision prise par le ministre en vertu de l'article 131 de la Loi ne peut faire l'objet d'un appel que par voie d'action. [Souligné dans l'original.]

[28] Même si ce type de situation a été décrit comme «maladroit et inconvenient» (*Dokaj c. M.R.N.*, 2005 CF 1437, [2006] 2 R.C.F. 152, au paragraphe 39) et «anormal» (*ACL Canada Inc. c. M.N.R.*, [1993] A.C.F. n° 1048 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 55), le droit d'appel prévu par le paragraphe 135(1) a été constamment jugé limité à la décision de l'article 131.

[29] La jurisprudence a soutenu que les pénalités imposées en vertu de l'article 133 et qui ont résulté de la conclusion d'infraction du paragraphe 131(1) ne sont pas susceptibles de contrôle dans une mesure prévue par le paragraphe 135(1) (*Starway c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 1208 (*Starway*), au paragraphe 23). De la même façon, une décision prise en vertu du paragraphe 131(1) a été jugée non susceptible de contrôle dans une instance contestant une pénalité imposée en vertu de l'article 133 (*Nguyen*, au paragraphe 20).

[30] Le demandeur soutient que la décision *Starway* n'appuie pas le principe selon lequel la question exclusive à déterminer dans les mesures prévues par le paragraphe 135(1) est une infraction à la *Loi sur les douanes*. Je ne suis pas d'accord. Dans la décision *Starway*, le juge Harrington déclare au paragraphe 27 que «[c]onformément à l'article 135 de la Loi, il s'agit d'une action ordinaire. La seule règle particulière imposée est que la question en litige ne porte que sur la question de savoir si M. Starway a fait une fausse déclaration.» Autrement

limited to addressing whether there has been a *Customs Act* contravention. I agree with Justice Harrington.

[31] In reaching this conclusion I note that the limited scope of a subsection 135(1) action does not prevent a plaintiff from advancing broader claims or seeking broader relief in other proceedings. The *Customs Act* itself contemplates proceedings being brought against officers for acts done in the performance of their duties (subsection 106(1)); judicial review of some decisions (for example, penalties imposed under section 133) is available under the *Federal Courts Act*.

[32] I conclude that an action brought pursuant to subsection 135(1) of the *Customs Act* is limited to determining a single issue, whether there has been a contravention of that Act, and that this is the sole issue before the Court in the action. This action differs from judicial review as the Court is to make a *de novo* determination of the issue (*Starway*, at paragraph 24).

B. *Are the plaintiff's coins "goods" pursuant to the Customs Act and/or "currency" pursuant to the Proceeds Act?*

[33] In making the decision under appeal, the Minister's delegate found that circulation was a key factor in concluding the U.S. Treasury coins were goods rather than currency:

In the context of this enforcement action, the coins were not intended for circulation. Consequently, they are not considered to be currency subject to the reporting requirements of the [Proceeds Act], but they are considered goods subject to the reporting requirements of the Customs Act.

dit, même si une mesure prévue par l'article 135 est, à tous autres égards, une action ordinaire devant la Cour, elle s'agit d'une action limitée à examiner la question de savoir s'il y a eu une infraction à la *Loi sur les douanes*. Je partage l'avis du juge Harrington.

[31] En arrivant à cette conclusion, je souligne que la portée limitée d'une mesure prévue par le paragraphe 135(1) n'empêche pas le demandeur de présenter des demandes plus amples ou de chercher à obtenir un recours plus ample dans d'autres procédures. La *Loi sur les douanes* elle-même prévoit des instances présentées contre des agents à l'égard de mesures prises dans l'exécution de leurs fonctions (paragraphe 106(1)); le contrôle judiciaire de certaines décisions (par exemple, les pénalités imposées en vertu de l'article 133) est disponible en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[32] Je conclus qu'une action intentée en vertu du paragraphe 135(1) de la *Loi sur les douanes* est limitée à déterminer une seule question, celle de savoir s'il y a eu une infraction à la Loi et que cette question est la seule question présentée devant la Cour dans la mesure. Cette action diffère du contrôle judiciaire, car la Cour doit effectuer un examen *de novo* de la question (*Starway*, au paragraphe 24).

B. *Les pièces de monnaie de métal précieux du demandeur sont-elles des « marchandises » en vertu de la Loi sur les douanes et/ou des « espèces » en vertu de la Loi sur le recyclage des produits?*

[33] Dans la prise de décision visée par l'appel, le délégué du ministre a conclu que la circulation était un facteur clé dans la conclusion que les pièces de monnaie produites par le département du Trésor des États-Unis étaient des marchandises plutôt que des espèces :

[TRADUCTION] Dans le contexte de cette mesure d'exécution, les pièces de monnaie n'étaient pas destinées à la circulation. Par conséquent, elles ne sont pas considérées comme des espèces faisant l'objet des exigences de déclaration de la [Loi sur le recyclage des produits], mais elles sont considérées comme des marchandises faisant l'objet des exigences de déclaration de la *Loi sur les douanes*.

[34] In advancing their respective positions, the parties in this action have similarly adopted the view that the coins in issue are to be characterized in a binary fashion. They are either “goods” under the *Customs Act*, as the defendant has argued, or “currency” pursuant to the *Proceeds Act*, as the plaintiff has argued.

[35] For the reasons that follow, I am of the view that, regardless of their circulation status or collectability, U.S. Treasury-issued legal tender collector coins are both “goods” under the *Customs Act* and “currency” under the *Proceeds Act*. If I am correct in this view then reporting obligations under both the *Customs Act* and the *Proceeds Act* apply where such coins are imported.

- (1) Are the coins at issue “currency” that must be reported under section 12 of the *Proceeds Act*?

[36] The *Proceeds Act* imposes an obligation on every person to report the importation or exportation of currency or monetary instruments that equal or exceed a prescribed value:

Currency and monetary instruments

12 (1) Every person or entity referred to in subsection (3) shall report to an officer, in accordance with the regulations, the importation or exportation of currency or monetary instruments of a value equal to or greater than the prescribed amount.

[37] The *Proceeds Act* in concert with the *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412 (Reporting Regulations) prescribe an amount of \$10 000 as triggering the obligation to report the importation or exportation of currency or monetary instruments.

[34] Dans la présentation de leurs positions respectives, les parties dans la présente action ont adopté de la même façon le point de vue selon lequel les pièces de monnaie en litige doivent être qualifiées de manière binaire. Elles sont des « marchandises » en vertu de la *Loi sur les douanes*, comme l’a soutenu le défendeur, ou des « espèces » en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits*, comme l’a soutenu le demandeur.

[35] Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que, malgré leur statut d’espèces en circulation ou de pièces de collection, les pièces de monnaie légale de collection produites par le département du Trésor des États-Unis ayant une qualité de monnaie légale sont considérées comme des « marchandises » en vertu de la *Loi sur les douanes* et des « espèces » en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits*. Si j’ai raison dans cet avis, donc, les obligations en matière de déclaration en vertu de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur le recyclage des produits* s’appliquent lorsque de telles pièces de monnaie sont importées.

- 1) Les pièces de monnaie en litige sont-elles des « espèces » qui doivent être déclarées en vertu de l’article 12 de la *Loi sur le recyclage des produits*?

[36] La *Loi sur le recyclage des produits* impose une obligation à chaque personne de déclarer l’importation ou l’exportation d’espèces ou effets d’une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire :

Déclaration

12 (1) Les personnes ou entités visées au paragraphe (3) sont tenues de déclarer à l’agent, conformément aux règlements, l’importation ou l’exportation des espèces ou effets d’une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire.

[37] La *Loi sur le recyclage des produits*, conjointement avec le *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets*, DORS/2002-412 (Règlement sur la déclaration), établit un montant de 10 000 \$ pour donner naissance à l’obligation de déclarer les espèces ou effets d’importation ou d’exportation.

[38] Neither party takes the position that the coins are “monetary instruments”, a term that is defined at subsection 1(1) of the Reporting Regulations. The dispute arises in respect of the meaning of “currency,” which is not defined in the Proceeds Act or any of its regulations.

[39] Both parties rely on the definition of “cash” set out at subsection 1(2) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations*, SOR/2002-184 (Proceeds Regulations) to assist in interpreting the meaning of “currency”. However, such reliance is misplaced.

[40] Not all definitions in the Proceeds Regulations apply to its enabling Act. The Proceeds Regulations set out definitions at subsection 1(1) that “apply in the Act and these Regulations”, whereas the definitions at subsection 1(2) only “apply in these Regulations.” Cash is defined at subsection 1(2) and therefore the definition is of no application when interpreting the Proceeds Act. This conclusion is reinforced by the Proceeds Regulations definition of “funds”, also found at subsection 1(2), which distinguishes between “cash” and “currency”. Were this distinction to be extended to the Proceeds Act the requirement to report currency pursuant to subsection 12(1) would not include a requirement to report cash; such a result would undermine the purpose of the Proceeds Act. I am of the view that the Proceeds Regulations’ definition of cash is of no assistance in this matter.

[41] The defendant also points to the *Oxford English Dictionary* definition of currency to support its position: “[t]hat which is current as a medium of exchange; the circulating medium (whether coins or notes); the money of a country in actual use”. Relying on this definition the defendant notes the market value of non-circulation collector coins, coupled with the value placed upon them by collectors, renders them much more valuable than their face value. As such they are

[38] Aucune des parties ne soutient que les pièces de monnaie soient des «effets», un terme qui est défini au paragraphe 1(1) du Règlement sur la déclaration. Le litige découle concernant la définition du terme «espèces», qui n’est pas défini dans la Loi sur le recyclage des produits ni dans ses règlements.

[39] Les deux parties se fondent sur la définition du terme «espèces» établie par le paragraphe 1(2) du *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184 (Règlement sur le recyclage des produits), pour soutenir l’interprétation de la définition de «monnaie». Cependant, ce fondement n’apporte rien en l’espèce.

[40] Ce ne sont pas toutes les définitions dans le Règlement sur le recyclage des produits qui s’appliquent à cette loi constitutive. Le Règlement sur le recyclage des produits établit des définitions au paragraphe 1(1) qui «s’appliquent à la Loi et [à ce] règlement,» alors que les définitions au paragraphe 1(2) «ne s’appliquent [qu’à ce] règlement». Les espèces sont définies au paragraphe 1(2) et, par conséquent, la définition ne s’applique pas au moment d’interpréter la Loi sur le recyclage des produits. Cette conclusion est renforcée par la définition du terme «fonds» du Règlement sur le recyclage des produits, qui se trouve aussi au paragraphe 1(2), qui distingue entre «espèces» et «monnaie». Si cette distinction était étendue à l’exigence de déclaration de monnaies en vertu du paragraphe 12(1) de la Loi sur le recyclage des produits, elle n’inclurait pas une exigence de déclarer des espèces; une telle situation qui compromettrait l’importance de la Loi sur le recyclage des produits. Je suis d’avis que la définition du Règlement sur le recyclage des produits concernant la définition d’espèces n’est d’aucune aide en l’espèce.

[41] Le défendeur cite également la définition de l’*Oxford English Dictionary* du terme monnaie afin de soutenir sa position : [TRADUCTION] «[c]ela ayant cours légal en tant que moyen d’échange; le moyen en circulation (soit des pièces de monnaie soit des billets); l’argent actuellement utilisé dans un pays». En se fondant sur cette définition, le défendeur souligne que la valeur marchande des pièces de monnaie de collection qui ne sont pas en circulation, combinée avec la valeur

not intended for circulation and are not “money of a country in actual use”.

[42] The defendant similarly relies on section 2 of the *Royal Canadian Mint Act*, R.S.C., 1985, c. R-9 (Mint Act) which defines both circulation and non-circulation coins, and section 8 of the *Currency Act*, R.S.C., 1985, c. C-52 (*Currency Act*) which limits the legal tender value of coins.

[43] The defendant’s argument might be best summarized as follows: (1) collector coins are significantly more valuable in the market place than the face value of the coins or the maximum value provided for such coins at section 8 of the *Currency Act*; (2) as a result a rational person would not tender collector coins to pay for goods and services; (3) the coins are non-circulation coins and therefore cannot be characterized as money in actual use even though “[t]he U.S. Treasury stipulates that its collector coins are legal tender;” and (4) as a result collector coins are not “currency” as that term is used in the Proceeds Act.

[44] The parties have cited Canadian legislation relating to non-circulation coins in support of their respective positions on whether such coins are “currency”. The parties have also taken the position that the U.S. Treasury coins in issue would be characterized in the same manner as Canadian legal tender non-circulation coins. Having considered the legislation cited and relied upon by the parties I am of the view that Canadian legal tender non-circulation coins are “currency” and would extend this conclusion to include the coins that are the subject of this dispute.

attribuée à elles par les collecteurs, leur donne une valeur beaucoup plus grande que leur valeur faciale. Par conséquent, elles ne sont pas destinées à la circulation et elles ne sont pas « d’argent actuellement utilisé dans un pays ».

[42] Le défendeur se fonde de la même façon sur l’article 2 de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne*, L.R.C. (1985), ch. R-9 (*Loi sur la Monnaie royale canadienne*) qui définit les monnaies en circulation et les monnaies hors circulation, ainsi que sur l’article 8 de la *Loi sur la monnaie*, L.R.C. (1985), ch. C-52 (*Loi sur la monnaie*), qui limite la valeur à titre de monnaie légale des pièces de monnaie.

[43] L’argument du défendeur peut être résumé comme suit : 1) les pièces de monnaie de collection ont une valeur considérablement plus grande dans le marché que leur valeur faciale ou que la valeur maximale accordée à telles pièces de monnaie par l’article 8 de la *Loi sur la monnaie*; 2) par conséquent, une personne raisonnable n’utiliserait pas des pièces de monnaie de collection pour payer des biens et services; 3) les pièces de monnaie sont des monnaies hors circulation et, par conséquent, elles ne peuvent pas être qualifiées en tant que monnaies utilisées actuellement, même si « le département du Trésor des États-Unis prévoit que ses pièces de monnaie de collection sont une monnaie légale; » et 4) par conséquent, les pièces de monnaie de collection ne sont pas des « monnaies » de la façon dont le terme est utilisé dans la *Loi sur le recyclage des produits*.

[44] Les parties ont cité la loi canadienne concernant les monnaies hors circulation pour soutenir leurs positions respectives à l’égard de savoir si telles pièces de monnaie sont des « espèces ». Les parties ont également adopté la position selon laquelle les pièces de monnaie en litige produites par le département du Trésor des États-Unis seraient qualifiées de la même manière en tant que monnaies légales canadiennes hors circulation. Après avoir examiné la loi citée et sur laquelle les parties se fondaient, je suis d’avis que les monnaies légales canadiennes hors circulation sont des « espèces » et j’étendrais la présente conclusion afin d’inclure les pièces de monnaie en litige dans la présente affaire.

[45] The *Currency Act*, at section 7, describes “Current coins” as:

Current coins

7 (1) A coin is current for the amount of its denomination in the currency of Canada if it was issued under the authority of

(a) the *Royal Canadian Mint Act*; or

(b) the Crown in any province of Canada before it became part of Canada and if the coin was, immediately before October 15, 1952, current and legal tender in Canada.

Defaced coins not current

(2) No coin that is bent, mutilated or defaced, or that has been reduced in weight otherwise than by abrasion through ordinary use, shall pass current. [Emphasis added.]

[46] According to paragraph 7(1)(a) of the *Currency Act*, a coin issued under the Mint Act, is current for its face value in the currency of Canada. There is no distinction made between circulating and non-circulating coins, both of which are issued under the Mint Act.

[47] Non-circulation coins are defined in the Mint Act as follows:

Definitions

2 ...

non-circulation coin means a coin composed of base metal, precious metal or any combination of those metals that is not intended for circulation and that is listed in Part 1 of the schedule.

[48] Section 6 of the Mint Act provides for the issuance of non-circulation coins and section 6.31 states the following:

\$350 non-circulation coins

6.31 Non-circulation coins of the currency of Canada in the denomination of \$350 that are dated 1999, 2000,

[45] La *Loi sur la monnaie*, à l'article 7, décrit les «pièces ayant cours légal» comme suit :

Pièces de monnaie ayant cours légal

7 (1) Ont cours légal, pour la valeur faciale qui y figure en monnaie canadienne, les pièces émises :

a) sous le régime de la Loi sur la Monnaie royale canadienne;

b) dans le cadre des attributions de la Couronne dans une province avant que celle-ci ne fasse partie du Canada et qui, avant le 15 octobre 1952, avaient cours légal et pouvoir libératoire au Canada.

Pièces défigurées

(2) Les pièces tordues, mutilées ou défigurées, ou dont le poids a été réduit autrement que par le frottement, n'ont pas cours légal. [Non souligné dans l'original.]

[46] Selon l'alinéa 7(1)a de la *Loi sur la monnaie*, une pièce émise en vertu de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne* a cours légal pour sa valeur faciale dans la monnaie canadienne. Il n'y a aucune distinction entre les monnaies en circulation et hors circulation, qui sont émises en vertu de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne*.

[47] Les monnaies hors circulation sont définies dans la *Loi sur la Monnaie royale canadienne* comme suit :

Définitions

2 [...]

monnaie hors circulation Les pièces de monnaie composées de métal commun ou de métal précieux, ou d'une combinaison de ces métaux, qui ne sont pas destinées à la circulation et sont énumérées à la partie 1 de l'annexe.

[48] L'article 6 de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne* prévoit l'émission des monnaies hors circulation et l'article 6.31 déclare le suivant :

Pièces de monnaie hors circulation de trois cent cinquante dollars

6.31 Toute pièce de monnaie hors circulation dont la valeur faciale est de trois cent cinquante dollars et sur

2001, 2002, 2003, 2004, 2005 or 2006 are current and legal tender in Canada as of the year that they are dated.

[49] The Mint Act describes the coins of Canada, encompassing non-circulation coins addressed at sections 6–6.31 and circulation coins addressed at sections 6.4–6.6. Section 7 describes non-circulation coins and circulation coins collectively as “coins of the currency of Canada”:

Coins to be delivered to Minister of Finance

7 (1) All coins of the currency of Canada that are produced at or supplied by the Mint shall be delivered to the Minister of Finance or such person as the Minister of Finance may designate.

Storage, preparation and movement of coins

(2) The Mint shall comply with such instructions as the Minister of Finance may give respecting the storage of coins of the currency of Canada or the preparation and movement of shipments of such coins to or from the Mint.

Payments to Mint to be made from C.R.F.

(3) Payments for the production, storage, preparation or movement of coins of the currency of Canada shall be made out of the Consolidated Revenue Fund on the authorization of the Minister of Finance. [Emphasis added.]

[50] Returning now to the *Currency Act*, section 8 describes when the payment of money is legal tender:

Legal tender

8 (1) Subject to this section, a tender of payment of money is a legal tender if it is made

(a) in coins that are current under section 7; and

(b) in notes issued by the Bank of Canada pursuant to the *Bank of Canada Act* intended for circulation in Canada.

Limitation

(2) A payment in coins referred to in subsection (1) is a legal tender for no more than the following amounts for the following denominations of coins:

laquelle figure l’année 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 ou 2006 a cours légal et pouvoir libératoire au Canada depuis l’année qui y figure.

[49] La *Loi sur la Monnaie royale canadienne* décrit les monnaies canadiennes, y compris les monnaies hors circulation mentionnées aux articles 6 à 6.31, ainsi que les monnaies en circulation mentionnées aux articles 6.4 à 6.6. L’article 7 décrit les monnaies hors circulation et les monnaies en circulation collectivement comme des «pièces de monnaie canadienne» :

Remise des pièces de monnaie canadienne au ministre des Finances

7 (1) Toutes les pièces de monnaie canadienne fabriquées ou fournies par la Monnaie sont remises au ministre des Finances ou à la personne désignée par celui-ci.

Entreposage, préparation et transport des pièces

(2) La Monnaie est tenue de se conformer aux instructions du ministre des Finances concernant l’entreposage des pièces de monnaie canadienne ou la préparation de chargements de ces pièces et leur acheminement au départ ou à destination de l’établissement.

Prélèvements sur le Trésor

(3) Les fonds requis pour la production, l’entreposage, la préparation ou le transport des pièces de monnaie canadienne sont prélevés sur le Trésor avec l’autorisation du ministre des Finances. [Non souligné dans l’original.]

[50] Pour en revenir maintenant à la *Loi sur la monnaie*, l’article 8 décrit le moment où une pièce de monnaie a pouvoir libératoire :

Pouvoir libératoire

8 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, ont pouvoir libératoire :

a) les pièces qui ont cours légal en vertu de l’article 7;

b) les billets destinés à circuler au Canada et émis par la Banque du Canada aux termes de la *Loi sur la Banque du Canada*.

Limites

(2) Les offres de paiement effectuées avec des pièces visées au paragraphe (1) ont pouvoir libératoire jusqu’à concurrence des montants suivants :

(a) forty dollars if the denomination is two dollars or greater but does not exceed ten dollars;

(b) twenty-five dollars if the denomination is one dollar;

(c) ten dollars if the denomination is ten cents or greater but less than one dollar;

(d) five dollars if the denomination is five cents; and

(e) twenty-five cents if the denomination is one cent.

Coins of denominations greater than ten dollars

(2.1) In the case of coins of a denomination greater than ten dollars, a payment referred to in subsection (1) may consist of not more than one coin, and the payment is a legal tender for no more than the value of a single coin of that denomination.

Different amounts payable on the same day

(3) For the purposes of subsections (2) and (2.1), where more than one amount is payable by one person to another on the same day under one or more obligations, the total of those amounts is deemed to be one amount due and payable on that day. [Emphasis added.]

[51] In sum: (1) section 7 of the *Currency Act* provides that a “coin is current for the amount of its denomination in the currency of Canada” if issued under the authority of the Mint Act; (2) non-circulation coins are issued under the Mint Act and are therefore current under section 7 of the *Currency Act*; (3) section 8 of the *Currency Act* provides that payment in coins that are current is a legal tender; and (4) section 6.31 of the Mint Act explicitly acknowledges the existence of “[n]on-circulation coins of the currency of Canada”.

[52] While it may be irrational to use non-circulation collector coins to purchase goods and services, section 7 of the *Currency Act* does not prevent one from doing so. The defendant has, in my view, conflated the concept of “the money of a country in actual use” with the concept of “money of a country in frequent or regular use”. While non-circulation collector coins are not

a) les pièces de deux à dix dollars : quarante dollars;

b) les pièces de un dollar : vingt-cinq dollars;

c) les pièces de dix cents et plus mais de moins d’un dollar : dix dollars;

d) les pièces de cinq cents : cinq dollars;

e) les pièces de un cent : vingt-cinq cents.

Pièces de plus de dix dollars

(2.1) Dans le cas des pièces de plus de dix dollars, toutefois, l’offre ne peut consister en plus d’une pièce; son pouvoir libératoire correspond alors à la valeur faciale de la pièce.

Montants exigibles le même jour

(3) Pour l’application des paragraphes (2) et (2.1), plusieurs paiements à faire le même jour par la même personne au même créancier, qu’il s’agisse ou non de la même créance, sont réputés constituer un paiement unique. [Non souligné dans l’original.]

[51] En résumé : 1) l’article 7 de la *Loi sur la monnaie* prévoit que les pièces de monnaie « ont cours légal, pour la valeur faciale qui y figure en monnaie canadienne » si elles sont émises en vertu du régime de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne*; 2) les monnaies hors circulation sont émises en vertu de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne* et, par conséquent, elles ont cours légal en vertu de l’article 7 de la *Loi sur la monnaie*; 3) l’article 8 de la *Loi sur la monnaie* prévoit que les pièces de monnaie ayant cours légal ont pouvoir libératoire; et 4) l’article 6.31 de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne* reconnaît expressément l’existence de « [m]onnaies hors circulation des monnaies canadiennes. »

[52] Même s’il peut être irrationnel d’utiliser des pièces de monnaie de collection hors circulation pour acheter des biens et services, l’article 7 de la *Loi sur la monnaie* n’empêche personne de le faire. Le défendeur a, à mon avis, confondu la notion d’« argent utilisé actuellement dans un pays » avec celle d’« argent utilisé dans un pays de façon fréquente ou régulière ». Même

frequently or regularly used as currency, they are legal tender and as such are, in my opinion, in actual use in Canada.

[53] In the context of Canadian-issued coins, considering the relevant provisions of the Mint Act and the *Currency Act*, I am satisfied that non-circulation coins that are legal tender are “currency” as that term is used in the Proceeds Act. The reporting obligations provided for at subsection 12(1) of the Proceeds Act are therefore triggered where, on import or export, the denominational or face value of the non-circulation coins together with any other currency or monetary instruments being imported or exported is of a value that is equal to or greater than the prescribed amount at section 2 of the Reporting Regulations.

[54] So what then, of the plaintiff’s coins? The defendant acknowledges in its submissions that the principles in respect of non-circulation coins as set out in the Mint Act are the principles that apply in respect of U.S. Treasury Buffalo Gold Bullion Coins and silver coins. They too, the defendant acknowledges, are legal tender.

[55] I therefore conclude that the plaintiff’s U.S. Treasury-issued, legal tender coins are currency that is subject to the reporting requirements set out in the Proceeds Act. However as the face or denominational value of the coins was US\$220, the plaintiff was under no obligation to report the importation of this currency under the Proceeds Act. The currency in his possession was well below the amount at section 2 of the Reporting Regulations.

si les pièces de monnaie de collection hors circulation ne sont pas fréquemment ou régulièrement utilisées en tant qu’espèces, elles ont pouvoir libératoire et, par conséquent, à mon avis, elles sont utilisées actuellement au Canada.

[53] Dans le cadre des monnaies émises au Canada, après avoir examiné les dispositions pertinentes de la *Loi sur la Monnaie royale canadienne* et de la *Loi sur la monnaie*, je suis convaincu que les pièces de monnaie hors circulation ont pouvoir libératoire et qu’elles sont des « espèces » dans le sens du terme utilisé par la Loi sur le recyclage des produits. Les obligations en matière de déclaration prévues par le paragraphe 12(1) de la Loi sur le recyclage des produits sont, par conséquent, applicables aux importations et aux exportations où la valeur nominale ou faciale des pièces de monnaie hors circulation, ensemble avec tout autre espèce ou effet importés ou exportés, est égale ou supérieure au montant réglementaire prévu par l’article 2 du Règlement sur la déclaration.

[54] Alors, quoi faire avec les pièces de monnaie du demandeur? Le défendeur reconnaît dans son argument que les principes concernant les pièces de monnaie hors circulation, comme le prévoit la *Loi de la Monnaie royale canadienne*, sont les principes qui s’appliquent à l’égard des pièces de monnaie d’or Buffalo Gold Bullion et d’argent produites par le département du Trésor des États-Unis. Le défendeur et le demandeur reconnaissent également que les pièces de monnaie sont des monnaies légales.

[55] Je conclus, par conséquent, que les pièces de monnaie légale du demandeur, émises par le département du Trésor des États-Unis, sont des espèces faisant l’objet des exigences de déclaration prévues par la Loi sur le recyclage des produits. Cependant, puisque la valeur faciale ou nominale des pièces de monnaie était de 220 \$US, le demandeur n’était pas obligé de déclarer l’importation de ces espèces en vertu de la Loi sur le recyclage des produits. Les espèces en sa possession étaient nettement au-dessous du montant décrit à l’article 2 du Règlement sur la déclaration.

(2) Are the coins at issue “goods” that must be reported under section 12 of the *Customs Act*?

[56] The plaintiff also submits that he had no obligation to report the collector coins having a face value of US\$220 as goods despite having paid US\$5 700 to a coin broker to acquire the coins. He submits that they are currency, not “goods” as that term is defined in the *Customs Act*. I disagree. As stated above, I am of the opinion that the legal tender non-circulation collector coins are both “currency” and “goods”.

[57] The plaintiff further submits that even if the coins are “goods” they are exempt from taxes that would be imposed pursuant to section 50 of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (*Excise Tax Act*) due to the operation of section 51 and Schedule III Part XI of the *Excise Tax Act*. As discussed below, there is a difference between goods being “exempt from taxes” under the *Excise Tax Act* and “exempt from reporting” under the *Customs Act*.

(a) **Goods under the *Customs Act***

[58] Goods are very broadly defined at subsection 2(1) of the *Customs Act*:

Definitions

2(1) ...

goods, for greater certainty, includes conveyances, animals and any document in any form; (*marchandises*)

[59] This broad declaratory definition does not seek to exclude items from its scope but rather ensures items that might not normally be viewed as goods, including conveyances, animals and documents are captured within the scope of the definition.

2) Les pièces de monnaie en litige sont-elles des «marchandises» qui doivent être déclarées en vertu de l’article 12 de la *Loi sur les douanes*?

[56] Le demandeur soutient également qu’il n’avait aucune obligation de déclarer les pièces de monnaie de collection ayant une valeur faciale de 220 \$US à titre de marchandises, malgré le fait d’avoir payé 5 700 \$US à un courtier en monnaie. Il soutient qu’elles sont des espèces et non des «marchandises» de la manière dont ce terme est défini dans la *Loi sur les douanes*. Je ne suis pas d’accord. Comme il a été mentionné ci-dessous, je suis d’avis que les pièces de monnaie légale de collection hors circulation sont des «espèces» et des «marchandises».

[57] Le demandeur soutient en outre que, même si les pièces de monnaie sont des «marchandises», elles sont exonérées de la taxe qui serait imposée en vertu de l’article 50 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (*Loi sur la taxe d’accise*) en raison de l’application de l’article 51 et de l’annexe III, partie XI de la *Loi sur la taxe d’accise*. Comme c’est expliqué ci-après, il y a une différence entre les marchandises qui sont «exonérées de la taxe» en vertu de la *Loi sur la taxe d’accise* et celles qui sont «exonérées de l’obligation d’être déclarées» en vertu de la *Loi sur les douanes*.

a) **Marchandises en vertu de la *Loi sur les douanes***

[58] Les marchandises sont définies de manière très générale au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les douanes* :

Définitions

2(1) [...]

marchandises Leur sont assimilés, selon le contexte, les moyens de transport et les animaux, ainsi que tout document, quel que soit son support. (*goods*)

[59] Cette définition déclaratoire générale ne cherche pas à exclure des éléments de sa portée, mais elle s’assure plutôt de saisir dans la portée de la définition les éléments qui ne seraient pas normalement considérés comme des marchandises, y compris les moyens de transport, les animaux et tout type de document.

[60] The *Customs Act* definition of goods is adopted at Part IX, subsection 123(1) of the *Excise Tax Act* where “money” is also defined as follows:

Definitions

123 (1) ...

money includes any currency, cheque, promissory note, letter of credit, draft, traveller’s cheque, bill of exchange, postal note, money order, postal remittance and other similar instrument, whether Canadian or foreign, but does not include currency the fair market value of which exceeds its stated value as legal tender in the country of issuance or currency that is supplied or held for its numismatic value; (*argent*) [Emphasis added.]

[61] For the purpose of Part IX of the *Excise Tax Act*, currency with a fair market value higher than its face value is no longer money. Its status as currency does not change, but its treatment under the law does.

[62] Although I have found collector coins may be proffered as legal tender in exchange for goods or services on the basis of their denominational or face value, it is accepted by the parties that the plaintiff’s non-circulation legal tender collector coins have a market value far in excess of their face value. It is this unique characteristic, coupled with the *Customs Act*’s broad definition of “goods” that leads me to conclude the plaintiff’s coins are goods that must be reported under that Act. I also note that treating currency whose fair market value exceeds its face value as “goods” under the *Customs Act* is consistent with the definition of “money” at Part IX of the *Excise Tax Act*: fair market value establishes the line at which those instruments we normally think of as “money” may become “goods”.

[60] La définition de la *Loi sur les douanes* concernant les marchandises est adoptée à la partie IX, au paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*, où le terme « argent » est défini comme suit :

Définitions

123 (1) [...]

argent Y sont assimilés la monnaie, les chèques, les billets à ordre, les lettres de crédit, les traites, les chèques de voyage, les lettres de change, les bons de poste, les mandats-poste, les versements postaux et tout autre effet, canadien ou étranger, de même nature. La présente définition exclut la monnaie dont la juste valeur marchande dépasse la valeur nominale dans le pays d’origine et celle fournie ou détenue pour sa valeur numismatique. (*money*) [Non souligné dans l’original.]

[61] À des fins de la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise*, les espèces ayant une juste valeur marchande supérieure à sa valeur faciale ne sont plus d’argent. Leur statut à titre d’espèces ne change pas, mais leur traitement en vertu de la loi change.

[62] Même si j’ai conclu qu’il se peut que les pièces de monnaie de collection aient été présentées en tant que des monnaies légales en échange de biens ou services en fonction de leur valeur nominale ou faciale, les parties acceptent le fait que les pièces de monnaie légale de collection hors circulation du demandeur aient une valeur marchande très supérieure à leur valeur faciale. Cette caractéristique unique, combinée avec la définition générale de la *Loi sur les douanes* du terme « marchandises », me mène à conclure que les pièces de monnaie du demandeur sont des marchandises qui doivent être déclarées en vertu de cette Loi. Je fais remarquer également que le fait de traiter des espèces ayant une juste valeur marchande supérieure à sa valeur faciale en tant que des « marchandises » en vertu de la *Loi sur les douanes* est conforme à la définition du terme « argent » de la partie IX de la *Loi sur la taxe d’accise* : la juste valeur marchande établit la ligne à laquelle ces effets dont on considère normalement comme de « l’argent » deviennent des « marchandises ».

(b) Exemption from tax

[63] The plaintiff argues that even if the coins in issue are found to be goods, they are exempt from taxes that would be imposed pursuant to section 50 of the *Excise Tax Act* due to the operation of section 51 and Schedule III Part XI of the *Excise Tax Act*. This seems to be true. The Minister's delegate acknowledged in a postscript to the decision in issue that the coins were "duty free and tax exempt".

[64] However, the issue raised in this action is not whether taxes or duties are payable but whether the plaintiff had contravened the *Customs Act*. In that respect subsection 12(1) imposes a duty to report goods that are imported:

Report

12 (1) Subject to this section, all goods that are imported shall, except in such circumstances and subject to such conditions as may be prescribed, be reported at the nearest customs office designated for that purpose that is open for business.

[65] The plaintiff has not argued that the coins, if found to be goods, are exempt from the reporting requirement set out at subsection 12(1). In addition, he does not dispute that he purchased the coins in the United States, was importing them into Canada, and failed to report them to customs officials.

[66] My conclusion that non-circulation legal tender collector coins are "goods" recognizes the unique characteristics of this form of "currency" and reflects the broader purpose and scheme of the *Customs Act* and subsection 12(1) in particular. All "goods" subject to prescribed circumstances and conditions are to be reported on importation. There are no reasons to exclude highly valuable collector coins from this reporting obligation.

b) Exonération de la taxe

[63] Le demandeur soutient que, même si les pièces de monnaie en litige sont considérées comme des marchandises, elles sont exonérées de la taxe qui serait imposée en vertu de l'article 50 de la *Loi sur la taxe d'accise* en raison de l'application de l'article 51 et de l'annexe III, partie XI de la *Loi sur la taxe d'accise*. Il semble que ce soit vrai. Le délégué du ministre a reconnu dans un post-scriptum à la décision en litige que les pièces de monnaie étaient «en franchise et exonérées de la taxe».

[64] Cependant, la question soulevée dans la présente action n'est pas celle de savoir si les taxes ou les droits de douane doivent être payés, mais celle de savoir si le demandeur a violé la *Loi sur les douanes*. À cet égard, le paragraphe 12(1) impose une obligation de déclarer les marchandises importées :

Déclaration

12 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, ainsi que des circonstances et des conditions réglementaires, toutes les marchandises importées doivent être déclarées au bureau de douane le plus proche, doté des attributions prévues à cet effet, qui soit ouvert.

[65] Le demandeur n'a pas soutenu que les pièces de monnaie, si elles sont considérées comme des marchandises, sont exonérées de l'obligation de déclaration prévue par le paragraphe 12(1). De plus, il ne conteste pas le fait qu'il a acheté les pièces de monnaie aux États-Unis, les a importées au Canada et a omis de les déclarer devant les agents des douanes.

[66] Ma conclusion selon laquelle les pièces de monnaie légale de collection hors circulation sont des «marchandises» reconnaît les caractéristiques uniques de cette forme d'«espèces» et reflète l'objectif et le cadre plus larges de la *Loi sur les douanes* et du paragraphe 12(1) en particulier. Toutes les «marchandises» assujetties aux circonstances et aux conditions prévues doivent être déclarées au moment de leur importation. Il n'y a aucune raison d'exonérer ces pièces de monnaie de collection de grande valeur de cette obligation de déclaration.

[67] Tax-exempt or not, the plaintiff was required to report the importation of these coins. I conclude that the plaintiff's failure to do so did, as found by the Minister's delegate, contravene the *Customs Act*.

VIII. Overlapping legislative provisions

[68] Having concluded both the *Customs Act* and the Proceeds Act apply concurrently to non-circulation legal tender coins I will address the issue of overlapping legislative provisions.

[69] Where two or more legislative schemes apply to the same set of facts, the common law presumes legislative coherence. There is a presumption that "the legislature knows its own statute book and intends all additions to that statute book to produce consistent rules and coherent schemes" (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3rd ed (Toronto: Irwin Law Inc., 2016) (Sullivan), at page 317).

[70] The courts have recognized that the scope and application of different legislative provisions may conflict and overlap. This circumstance was addressed by Justice Cromwell, writing for the majority of the Supreme Court of Canada in *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, where he states at paragraphs 89 and 92:

Courts presume that legislation passed by Parliament does not contain contradictions or inconsistencies and only find that they exist when provisions are so inconsistent that they are incapable of standing together. Even where provisions overlap in the sense that they address aspects of the same subject, they are interpreted so as to avoid conflict wherever this is possible.

...

The legal framework that governs this question is not complicated. First, courts take a restrictive approach to what constitutes a conflict in this context. Second, courts find that there is a conflict only when the existence of the conflict, in the restrictive sense of the word, cannot

[67] Peu importe si elles sont exonérées de la taxe, le demandeur devait déclarer l'importation de ces pièces de monnaie. Je conclus que l'omission du demandeur de le faire a, comme l'a conclu le délégué du ministre, violé la *Loi sur les douanes*.

VIII. Chevauchement de dispositions législatives

[68] Ayant conclu que la *Loi sur les douanes* et la Loi sur le recyclage des produits s'appliquent en même temps aux pièces de monnaie légale hors circulation, j'examinerai la question concernant le chevauchement de dispositions législatives.

[69] Lorsque deux ou plusieurs régimes législatifs s'appliquent au même ensemble des faits, le droit commun présume la cohérence législative. Il y a une présomption selon laquelle [TRADUCTION] «le législateur connaît ses propres lois et il a l'intention de faire que toutes les modifications concernant ces lois produisent des règles conformes et des régimes cohérents» (Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law Inc., 2016) (Sullivan), à la page 317).

[70] Les tribunaux ont reconnu que la portée et l'application de différentes dispositions législatives peuvent causer des conflits et des chevauchements. Cette circonstance a été examinée par le juge Cromwell, au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, où il déclare aux paragraphes 89 et 92 :

Les tribunaux présumant que les lois adoptées par le législateur ne contiennent ni contradiction ni incohérence, et ils ne concluent à l'existence de l'une ou l'autre que si les dispositions en cause sont à ce point incompatibles qu'elles ne peuvent coexister. Même lorsqu'elles se chevauchent, en ce sens où elles traitent des aspects d'une même matière, elles sont interprétées de façon à éviter les conflits chaque fois que cela est possible.

[...]

Le cadre législatif qui régit cette question n'est pas compliqué. Premièrement, les tribunaux adoptent une interprétation restrictive de ce qui constitue un conflit dans un tel contexte. Deuxièmement, les tribunaux estiment qu'il y a un conflit seulement lorsque le conflit, au sens strict

be avoided by interpretation. Overlap, on its own, does not constitute conflict in this context, so that even where the ambit of two provisions overlaps, there is a presumption that they both are meant to apply, provided that they can do so without producing absurd results. This presumption may be rebutted if one of the provisions was intended to cover the subject matter exhaustively. Third, only where a conflict is unavoidable should the court resort to statutory provisions and principles of interpretation concerned with which law takes precedence over the other. This case turns on the first two of these principles and I will explore them in somewhat more detail.

[71] In effect it is presumed that Parliament does not intend contradictions or inconsistencies between legislative provisions and that a restrictive approach is to be taken to what constitutes a conflict. A true conflict between legislative provisions arises “only if it would be impossible or contradictory or would defeat the legislature’s purpose if both provisions were applied” (Sullivan, at page 319). Overlap on its own does not constitute a conflict.

[72] In this case no true conflict arises. Treating non-circulation legal tender collector coins as “goods” for the purposes of the *Customs Act* is not inconsistent with treating them as “currency” under the *Proceeds Act*. It is neither impossible nor contradictory to impose a dual reporting requirement in those circumstances where both the *Customs Act* and the *Proceeds Act* reporting obligations are triggered. In my opinion this result ensures both the *Customs Act* and the *Proceeds Act* are interpreted and applied in a manner that best ensures the attainment of their objects and the intent of legislature.

IX. Conclusion

[73] Having concluded that the coins in issue are “goods” and subject to the duty to report at subsection 12(1) of the *Customs Act*, the plaintiff’s appeal of the section 131 determination that there was a *Customs Act* contravention is dismissed. However, in

du terme, ne peut être évité par l’interprétation. Le chevauchement n’est pas en soi un conflit dans ce contexte, de sorte que, même si les champs d’application de deux dispositions se chevauchent, on présume qu’elles sont censées s’appliquer, pourvu qu’elles puissent le faire sans que cela mène à un résultat absurde. Cette présomption peut être réfutée si l’une des dispositions est censée traiter la matière de façon exhaustive. Troisièmement, ce n’est que si le conflit est inévitable que le tribunal doit recourir aux dispositions légales et aux principes d’interprétation permettant de déterminer quelle loi prime l’autre. La présente affaire porte sur les deux premiers principes, que je vais maintenant examiner un peu plus en détail.

[71] En fait, il est présumé que le législateur ne veut pas qu’il y ait des contradictions ou des incohérences entre les dispositions législatives ni qu’une approche restrictive soit entreprise à l’égard de ce qui constitue un conflit. Un vrai conflit entre les dispositions législatives se produit [TRADUCTION] « seulement s’il était impossible ou contradictoire ou s’il irait à l’encontre de l’objet du législateur si les deux dispositions s’appliquaient » (Sullivan, à la page 319). Le chevauchement n’est pas en soi un conflit.

[72] Dans la présente affaire, aucun conflit ne se produit. Le fait de traiter les pièces de monnaie légale de collection hors circulation comme des « marchandises » aux fins de la *Loi sur les douanes* n’est pas incompatible avec le fait de les traiter comme des « espèces » en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits*. Il est ni impossible ni contradictoire d’imposer une exigence double de déclaration dans ces circonstances où les exigences de déclaration de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur le recyclage des produits* s’appliquent. À mon avis, ce résultat s’assure que la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur le recyclage des produits* sont interprétées et appliquées de manière à assurer la réussite de leurs objectifs et l’intention du législateur.

IX. Conclusion

[73] Après avoir conclu que les pièces de monnaie en litige sont des « marchandises » faisant l’objet de l’obligation de les déclarer en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les douanes*, l’appel du demandeur de la décision concernant l’article 131 selon laquelle il y a eu une

dismissing the appeal, I have also found the plaintiff's position to have merit.

[74] In light of the mixed result the parties shall each bear their own cost.

[75] In addressing the plaintiff's motion seeking leave to amend the Statement of Claim, I ordered that costs were to be determined in the cause. My conclusion that costs are to be borne by each party applies equally to the motion seeking leave to amend the statement of claim.

JUDGMENT IN T-1450-15

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The motion for summary judgment is granted and the action is dismissed.
2. The parties are to bear their individual costs including their costs relating to the plaintiff's motion for leave to amend the statement of claim.

violation à la *Loi sur les douanes* est rejeté. Cependant, en rejetant l'appel, j'ai conclu également que la position du demandeur est bien fondée.

[74] À la lumière du résultat mixte, les parties supporteront leurs propres dépens.

[75] Après avoir examiné la requête du demandeur visant à obtenir l'autorisation de modifier la déclaration, j'ai ordonné que les dépens doivent être déterminés à l'issue de la cause. Ma conclusion selon laquelle les dépens doivent être supportés par chaque partie s'applique également à la requête visant à obtenir l'autorisation de modifier la déclaration.

JUGEMENT DANS T-1450-15

LA COUR STATUE que :

1. La requête en jugement sommaire est accueillie et l'action est rejetée.
2. Les parties doivent supporter leurs propres dépens, y compris les dépens concernant la requête du demandeur visant à obtenir l'autorisation de modifier la déclaration.

T-219-17
2018 FC 64

T-219-17
2018 CF 64

Rakuten Kobo Inc. (Applicant)

Rakuten Kobo Inc. (demanderesse)

v.

c.

The Commissioner of Competition, Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc., Holtzbrinck Publishers, LLC and Simon & Schuster Canada, a Division of CBS Canada Holdings Co. (Respondents)

Le commissaire de la concurrence, Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc., Holtzbrinck Publishers, LLC et Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co. (défendeurs)

INDEXED AS: RAKUTEN KOBO INC. v. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)

RÉPERTORIÉ : RAKUTEN KOBO INC. c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)

Federal Court, Crampton C.J.—Toronto, October 23, 2017; Ottawa, February 1, 2018.

Cour fédérale, le juge en chef Crampton—Toronto, 23 octobre 2017; Ottawa, 1^{er} février 2018.

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

Note de l'arrêtiŕiste : Les parties caviardés par la Cour sont indiquées par [***].

Competition — Application seeking various types of relief in relation to consent agreements (CAs) entered into by Commissioner of Competition (Commissioner) with other respondents (respondent publishers) and filed with Competition Tribunal — CAs addressing restrictions on price competition in sale of electronic books (e-books) in Canada resulting from respondent publishers change from wholesale distribution model to agency distribution model — Commissioner concluding that arrangements preventing or lessening competition in retail market for e-book — CAs prohibiting respondent publishers from restricting, limiting or impeding e-book retailer's ability to set, alter or reduce retail price of any e-book — Applicant asserting financial harm if CAs implemented — Issues whether Commissioner acting without jurisdiction by entering into CAs to remedy: (1) conspiracy entered into in U.S. and previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers; (2) arrangement, within meaning of Competition Act, s. 90.1, that never existed; (3) arrangement that was not existing or proposed at time CAs executed — Court herein exercising discretion to decline to consider application on its merits — Factors found in Strickland v. Canada (Attorney General) weighing in favour of declining to hear application — Judicial review applications brought by third parties in respect of consent agreements only heard in exceptional cases — First jurisdictional issue raised by applicant true question of jurisdiction or vires, best dealt with by Tribunal — Other issues factual in nature — Court nevertheless proceeding to consider application on its merits — Commissioner having territorial jurisdiction under Act, s. 90.1

Concurrence — Demande visant à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec des consentements (consentements) intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs (les éditeurs défendeurs) et déposés au Tribunal de la concurrence — Les consentements traitaient des restrictions à la concurrence sur les prix dans la vente de livres numériques au Canada qui découlaient d'un passage par les éditeurs défendeurs d'un modèle de vente en gros à un modèle de distribution d'agence — Le commissaire a conclu que les arrangements avaient pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans le marché des livres numériques — Les consentements interdisaient aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher un détaillant de livres numériques dans sa capacité de fixer, modifier ou réduire le prix de détail d'un livre numérique — La demanderesse a soutenu qu'elle subirait des torts financiers considérables si les consentements étaient mis en œuvre — Il s'agissait de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier 1) à un complot formé aux États-Unis, qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust; 2) à un accord qui, selon la portée de l'art. 90.1 de la Loi sur la concurrence, n'a jamais existé; 3) à un arrangement qui n'était pas conclu ou proposé au moment de la conclusion des consentements — La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre la présente demande sur le fond — Les facteurs énumérés dans l'arrêt Strickland c. Canada (Procureur général) penchaient en faveur du refus d'entendre la demande

to enter into CAs — Act, s. 90.1 applying to all agreements, arrangements preventing or lessening competition in a market regardless of whether entered into within or outside Canada — S. 90.1(a),(b) enabling Tribunal to make orders described therein against “any person — whether or not a party to the agreement or arrangement” — Fact that agreement contemplating substantial adverse impact on competition in Canada strong basis for “real and substantial connection” between agreement, Canada — Not necessary for actus reus element of legislative provision to occur wholly or partially in Canada in order for real, substantial connection to be found — Principle of international comity not offended herein — Not unreasonable for Commissioner to have limited his consideration of information provided by applicant — Commissioner entitled to rely on staff, senior management for summary or synthesis of information provided by applicant — Commissioner not ignoring evidence — Reasonably open for Commissioner to conclude that arrangement remaining in force (i.e. existing) at time he entered into CAs — Respondent publishers’ settlement in U.S. not terminating arrangement in Canada — U.S. judgments not having impact on implementation of arrangement in Canada — Application dismissed.

This was an application seeking various types of relief in relation to three consent agreements (CAs) that the Commissioner of Competition entered into with the other respondents (the respondent publishers) and filed with the Competition Tribunal.

The CAs addressed restrictions on price competition in the sale of electronic books (e-books) in Canada that the Commissioner asserted resulted from a change by the respondent publishers from a wholesale distribution model to an agency distribution model. The recitals in each of the CAs stated that the Commissioner concluded that the arrangements included provisions restricting the ability of e-book retailers to discount the retail prices of e-books; and prevented or lessened competition in the retail market for e-books in Canada, within the meaning of section 90.1 of the Act. The CAs

— Les demandes de contrôle judiciaire de consentements déposées par des tiers devraient seulement être entendues dans des cas exceptionnels — Bien que la première question de compétence soulevée par la demanderesse était une véritable question de compétence, il serait plus approprié de la présenter au Tribunal — Les autres questions étaient de nature factuelle — Néanmoins, la Cour a analysé la demande au fond — Le commissaire avait la compétence territoriale en vertu de l’art. 90.1 de la Loi pour signer les consentements — L’art. 90.1 de la Loi s’applique à tous les accords et arrangements qui ont pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché, nonobstant qu’ils eurent été conclus au Canada ou à l’étranger — Les art. 90.1a) et b) permettent au Tribunal de rendre les ordonnances qui y sont décrites à l’encontre de « toute personne — qu’elle soit ou non partie à l’accord ou à l’arrangement » — Le fait que l’accord emportait des répercussions négatives sur la concurrence au Canada constituait un fondement solide pour conclure qu’il y avait un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement et le Canada — Il n’était pas nécessaire que l’élément d’actus reus de la disposition législative se produise entièrement ou partiellement au Canada afin qu’on établisse un lien réel et substantiel — Il n’y a pas eu d’entorse au principe de la courtoisie internationale — Il n’était pas déraisonnable que le commissaire limite son examen quant aux documents fournis par la demanderesse — Le commissaire avait le droit de s’en remettre au personnel et à la direction du Bureau de la concurrence afin qu’ils lui remettent un sommaire ou une synthèse des documents soumis par la demanderesse — Le commissaire n’a pas ignoré les renseignements — Il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que l’arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu’il était « existant ») au moment de la signature des consentements — La conclusion d’un règlement par les éditeurs défendeurs aux États-Unis n’a pas mis fin à l’arrangement au Canada — Les jugements américains n’ont pas eu des répercussions sur la mise en œuvre de l’arrangement au Canada — Demande rejetée.

Il s’agissait d’une demande visant à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec trois consentements (consentements) intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs (les éditeurs défendeurs) et déposés au Tribunal de la concurrence.

Les consentements traitaient des restrictions à la concurrence sur les prix dans la vente de livres numériques au Canada qui, selon le commissaire, découlaient d’un passage par les éditeurs défendeurs d’un modèle de vente en gros à un modèle de distribution d’agence. Les attendus de chacun des consentements disposaient que le commissaire avait conclu que les arrangements comprenaient des stipulations qui limitaient la capacité des détaillants de livres numériques de réduire les prix de ceux-ci; et avaient pour effet d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans le marché des livres numériques au Canada,

prohibited the respondent publishers from restricting, limiting or impeding an e-book retailer's ability to set, alter or reduce the retail price of any e-book for sale to consumers in Canada, or to offer price discounts or any other form of promotion to encourage consumers in Canada to purchase one or more e-books. The CAs also prohibited the respondent publishers from entering into an agreement with any e-book retailer that has one of those effects. The applicant asserted that if the CAs were implemented, it would suffer significant financial harm, as its contractual relationships with the respondent publishers would be radically altered. In response, the Commissioner maintained that the applicant simply wished to avoid competing by cutting its retail prices. The Commissioner also submitted that the Court should decline to consider this application because the applicant had an adequate alternative remedy and forum under subsection 106(2) of the Act.

The main issues were whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S. and that was previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers; whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement", within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed; and whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement" that was not "existing or proposed" at the time the CAs were executed.

Held, the application should be dismissed.

The Court exercised its discretion to decline to consider the present application on its merits. In *Strickland v. Canada (Attorney General)*, the Supreme Court identified a number of considerations that are relevant to a court's determination of whether to exercise its discretion to refuse to hear a judicial review application. Factors that weighed in favour of declining to hear the present application included the purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue, the relative expertise of the alternative decision maker, the nature of the error alleged, and the costs associated with judicial review proceedings in this Court. Judicial review applications brought by third parties in respect of consent agreements filed with the Tribunal should only be heard in exceptional cases. While the first of the three jurisdictional issues that have been raised by the applicant in this application may properly be characterized as a true question of jurisdiction or *vires*, this issue would be best dealt with by the Tribunal. The other two issues were largely factual in nature. Given the clear choice that Parliament made to place strict limits on the ability of third parties to challenge consent agreements in subsection 106(2) of the Act, the Court should not exercise its

en violation de l'article 90.1 de la Loi. Les consentements interdisaient aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher un détaillant de livres numériques dans sa capacité de fixer, modifier ou réduire le prix de détail d'un livre numérique pour vente aux consommateurs au Canada, ou d'offrir des rabais ou faire de la promotion commerciale pour encourager les consommateurs au Canada à acheter un ou plusieurs livres numériques. Les consentements interdisaient également aux éditeurs défendeurs de conclure avec un détaillant de livres numériques un accord ayant l'un de ces effets. La demanderesse a soutenu qu'elle subirait des torts financiers considérables si les consentements étaient mis en œuvre, car ses relations contractuelles avec les éditeurs défendeurs seraient profondément modifiées. Le commissaire a rétorqué que la demanderesse souhaitait simplement éviter de réduire ses prix de vente de détail afin de concurrencer. Le commissaire a soutenu aussi que la Cour devrait refuser d'entendre cette demande, car la demanderesse disposait d'une mesure de réparation alternative appropriée en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi.

Il s'agissait principalement de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un complot formé aux États-Unis, qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust; si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l'article 90.1 de la Loi, n'a jamais existé; et si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à un arrangement qui n'était pas « conclu ou proposé » au moment de la conclusion de ceux-ci.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre la présente demande sur le fond. Dans l'arrêt *Strickland c. Canada (Procureur général)*, la Cour suprême a dressé une liste de facteurs pertinents à la décision d'une cour d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre une demande de contrôle judiciaire. Les facteurs penchant en faveur du refus d'entendre la présente demande étaient notamment les objectifs et les considérations de principes sous-tendant le modèle législatif en cause, le degré d'expertise de l'autre décideur, la nature de l'erreur alléguée, et les coûts associés à une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour. Les demandes de contrôle judiciaire de consentement enregistré auprès du Tribunal et déposées par des tiers devraient seulement être entendues dans des cas exceptionnels. Bien que la première question des trois questions de compétence soulevées par la demanderesse dans cette demande puisse véritablement se qualifier comme étant une véritable question de compétence, il serait plus approprié de la présenter au Tribunal. Les deux autres questions étaient largement de nature factuelle. Étant donné le choix clair du Parlement visant à imposer des limites rigoureuses

discretion to review the Commissioner's determinations in respect of such issues. Nevertheless, in the event that the Court may be found to have erred in concluding that it would be inappropriate to exercise its discretion, it proceeded to consider the applicant's application on its merits.

The Commissioner had the territorial jurisdiction under section 90.1 to enter into the CAs. It can be inferred from the scheme of the Act as a whole that section 90.1 applies to all agreements and arrangements that have, or are likely to have, the effect described in that provision, namely, a prevention or lessening of competition in a market. This is so regardless of whether they are entered into within or outside Canada. Section 90.1 includes explicit language in paragraphs 90.1(a) and (b) that enables the Tribunal to make the orders described therein against "any person — whether or not a party to the agreement or arrangement". Given the existence of such language, additional language extending the scope of section 90.1 to third parties who give effect to an agreement or arrangement entered into outside Canada was not necessary. In light of this conclusion, it was not necessary to assess whether there is a real and substantial connection between the impugned arrangement and Canada. Still, in case it was wrong on the issue of jurisdiction, the Court proceeded with such an analysis. In the context of section 90.1, a real and substantial connection between Canada and an arrangement or agreement that is entered into outside this country will exist if "a constituent element [of section 90.1] takes place" in this country. The fact that the agreement contemplated a substantial adverse impact on competition in Canada provided a strong basis for concluding that this is a "real and substantial connection" between the agreement and Canada. It is not necessary for the *actus reus* element of a legislative provision to occur wholly or partially in Canada, in order for a real and substantial connection to be found to exist between this country and the activity contemplated by the provision. The principle of international comity was not offended herein. It would be a sad commentary if Canadian laws such as the Act could not be applied so as to protect the domestic economy and its participants from anticompetitive arrangements or other activities engaged in abroad.

On the issue of whether the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement", within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed, it was not unreasonable for the Commissioner to have limited his consideration of the information that had been provided by the applicant. It was not incumbent upon staff in the Competition Bureau to summarize the applicant's evidence in a manner similar to which they summarized the evidence that supported their conclusions and recommendations

à la capacité des tiers à contester les consentements en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire et contrôler les conclusions du commissaire quant à de telles questions. Néanmoins, advenant que l'on détermine qu'elle a commis une erreur en concluant qu'elle ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire, la Cour a analysé la demande de la demanderesse au fond.

Le commissaire avait la compétence territoriale en vertu de l'article 90.1 pour signer les consentements. On peut déduire de l'esprit de la Loi dans son ensemble que l'article 90.1 s'applique à tous les accords et arrangements qui ont, ou risquent d'avoir, l'effet décrit à cette disposition, nommément, d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché. Ceci, nonobstant qu'ils eurent été conclus au Canada ou à l'étranger. Le libellé explicite de l'article 90.1 se situe aux alinéas a) et b), qui permettent au Tribunal de rendre les ordonnances qui y sont décrites à l'encontre de « toute personne — qu'elle soit ou non partie à l'accord ou à l'arrangement ». Étant donné un tel libellé, il n'était pas nécessaire d'en ajouter pour élargir la portée de l'article 90.1 aux tiers qui mettent en œuvre un accord ou un arrangement convenu à l'étranger. Considérant cette conclusion, il n'était pas nécessaire d'évaluer le lien réel et substantiel entre le Canada et l'arrangement attaqué. Cependant, advenant qu'elle ait commis une erreur en parvenant à cette conclusion, la Cour a effectué cette analyse. Dans le contexte de l'article 90.1, il existera un lien réel et substantiel entre le Canada et l'accord ou l'arrangement convenu à l'étranger si « un élément constitutif [de l'article 90.1] se produit » au Canada. Le fait que l'accord emportait des répercussions négatives sur la concurrence au Canada constituait un fondement solide pour conclure qu'il y avait un « lien réel et substantiel » entre l'arrangement et le Canada. Il n'est pas nécessaire que l'élément d'*actus reus* de la disposition législative se produise entièrement ou partiellement au Canada afin qu'on établisse un lien réel et substantiel entre notre pays et l'activité visée par la disposition. Dans la présente affaire, il n'y a pas eu d'entorse au principe de la courtoisie internationale. Il s'agirait d'un constat navrant si les lois canadiennes, comme la Loi, ne pouvaient pas être appliquées pour protéger l'économie domestique et ses participants des arrangements anticoncurrentiels ou d'autres activités entreprises à l'étranger.

En ce qui concerne la question de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l'article 90.1 de la Loi, n'a jamais existé, il n'était pas déraisonnable que le commissaire limite son examen quant aux documents fournis par la demanderesse. Il n'incombait pas au personnel du Bureau de la concurrence de résumer la preuve de la demanderesse d'une façon semblable au résumé de la preuve sur laquelle reposaient leurs conclusions et leurs recommandations

to the Commissioner. The Commissioner was made aware of the essence of the applicant's position. The Commissioner was entitled to rely on staff and senior management in the Competition Bureau to review and provide him with a summary or synthesis of the extensive information that was provided by the applicant and other industry participants during the course of the Commissioner's in-depth inquiry into the arrangement and its alleged implementation in Canada. The Commissioner did not ignore the information that the applicant submitted contradicted the conclusions and recommendations made by the Competition Bureau.

It was reasonably open to the Commissioner to conclude that the arrangement remained in force (i.e., that it was "existing") at the time he entered into the CAs with the respondent publishers. The respondent publishers' settlement with the U.S. Department of Justice and their consent to final U.S. judgments did not terminate the arrangement insofar as it applied to Canada. The applicant did not demonstrate that the U.S. judgments had any impact on the implementation of the arrangement in Canada. Indeed, the shift to the agency model that occurred in Canada appeared to suggest otherwise. It was open to the Commissioner to conclude that this shift was evidence of the implementation of the arrangement in Canada.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1, 9, 45, 46, 48(2), 76(1), 82, 83, 90.1, 105, 106.
Competition Tribunal Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 8(2).
Divorce Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, s. 8(2).
Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 317.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Municipal Government Act, R.S.A. 2000, c. M-26.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on the Application of Positive Comity Principles to the Enforcement of their Competition Laws (5 October 2014, online: <www.justice.gov> and <www.competitionbureau.gc.ca>).

au commissaire. Le commissaire a été informé de l'essentiel de la position de la demanderesse. Il avait le droit de s'en remettre au personnel et à la direction du Bureau de la concurrence afin qu'ils examinent l'imposant volume de documents soumis par la demanderesse et les autres membres de l'industrie au cours de son enquête approfondie sur l'arrangement et sa mise en œuvre alléguée au Canada et lui remettent un sommaire ou une synthèse de ceux-ci. Le commissaire n'a pas ignoré les renseignements qui, selon la demanderesse, contredisaient les conclusions et les recommandations du Bureau de la concurrence.

Il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que l'arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu'il était « existant ») au moment de la signature des consentements avec les éditeurs défendeurs. La conclusion d'un règlement par les éditeurs défendeurs avec le ministère de la Justice des États-Unis et leur consentement à des jugements définitifs n'ont pas eu pour effet de mettre fin à l'arrangement dans la mesure où il s'appliquait au Canada. La demanderesse n'a pas démontré que les jugements américains avaient eu des répercussions sur la mise en œuvre de l'arrangement au Canada. En fait, la transition au modèle d'agence au Canada laissait entendre le contraire. Il était loisible au commissaire de conclure que cette transition était le résultat de la mise en œuvre de l'arrangement au Canada.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1, 9, 45, 46, 48(2), 76(1), 82, 83, 90.1, 105, 106.
Loi sur le divorce, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, art. 8(2).
Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 8(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Municipal Government Act, R.S.A. 2000, ch. M-26.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 317.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique concernant l'exercice des principes de courtoisie active dans l'application de leurs lois sur la concurrence, 5 octobre 2014, en ligne : <www.justice.gov> et <www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>.

CASES CITED

APPLIED:

Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII), aff'd 2015 FCA 149, leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 1 S.C.R. xvi; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114; *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, (1985), 21 D.L.R. (4th) 174; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193.

CONSIDERED:

Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition), 2017 FC 382, 24 Admin. L.R. (6th) 25; *Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. No. 10 (QL); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *A.T. v. Globe24h.com*, 2017 FC 114, [2017] 4 F.C.R. 310; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, (1973), 43 D.L.R. (3d) 239; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, (1985), 21 D.L.R. (4th) 756; *Gencor Ltd. v. Commission of the European Communities*, Case T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753; *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, Case C-413/14 P (2017) (E.C.J.).

REFERRED TO:

Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition), 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. No. 11 (QL); *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223, rev'd on other grounds 2012 SCC 37,

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII), conf. par 2015 CAF 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2016] 1 R.C.S. xvi; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114; *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon S.E.N.C.R.L. c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence), 2017 CF 382; *Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. n° 10 (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *A.T. c. Globe24h.com*, 2017 CF 114, [2017] 4 R.C.F. 310; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Gencor Ltd. c. Commission des Communautés européennes*, dossier T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753; *Intel Corporation Inc. c. Commission européenne*, dossier C-413/14 P (2017) (C.J.E.).

DÉCISIONS CITÉES :

Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition), 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. n° 11 (QL); *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223, inf. pour d'autres motifs par 2012

[2012] 2 S.C.R. 345; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, 20 C.P.C. (5th) 351, [2002] O.J. No. 298 (QL) (Sup. Ct.); *Bouchard v. Mitsubishi Motor Sales of Canada Inc.*, 2010 FC 56; *Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572; *R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, (1995), 95 C.C.C. (3d) 481; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773; *R. v. BASF Aktiengesellschaft*, 1999 CarswellNat 6381 (F.C.T.D.); *R. v. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00; *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014); *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014); *Minn-Chem, Inc. v. Agrium, Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012); *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; *The Queen v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, (1976), 66 D.L.R. (3d) 660.

AUTHORS CITED

Competition Bureau Canada. News Release. *Japanese company to plead guilty and pay US\$130M fine for its participation in a bid-rigging scheme*, Ottawa: July 20, 2016.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 January 2017), online: <<https://www.justice.gov>>.

APPLICATION seeking various types of relief in relation to three consent agreements that the Commissioner of Competition entered into with the other respondents and filed with the Competition Tribunal. Application dismissed.

APPEARANCES

Nikiforos Iatrou and *Scott McGrath* for applicant Rakuten Kobo Inc.
John Syme and *Katherine Johnson* for respondent the Commissioner of Competition.

CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, 20 C.P.C. (5th) 351, [2002] O.J. n° 298 (QL) (C. sup.); *Bouchard c. Ventes de véhicules Mitsubishi du Canada Inc.*, 2010 CF 56; *Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572; *R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773; *R. c. BASF Aktiengesellschaft*, 1999 CarswellNat 6381 (C.F. 1^{re} inst.); *R. c. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00; *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014); *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014); *Minn-Chem, Inc. v. Agrium, Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012); *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *La Reine c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence Canada. Communiqué de presse. *Une entreprise japonaise plaidera coupable et payera une amende de 130 millions de dollars américains pour sa participation à un complot de truquage des offres*, Ottawa : 20 juillet 2016.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2011.

United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 janvier 2017), en ligne : <<https://www.justice.gov>>.

DEMANDE visant à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec trois consentements intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs et déposés au Tribunal de la concurrence. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Nikiforos Iatrou et *Scott McGrath* pour la demanderesse Rakuten Kobo Inc.
John Syme et *Katherine Johnson* pour le défendeur le commissaire de la concurrence.

Linda M. Plumpton and James Gotowiec for respondents Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Randal T. Hughes and Emrys Davis for respondent Holtzbrinck Publishers, LLC.
Peter Franklyn for respondent Simon & Schuster Canada, a Division of CBS Canada Holdings Co.

Linda M. Plumpton et James Gotowiec pour les défenderesses Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Randal T. Hughes et Emrys Davis pour le défendeur Holtzbrinck Publishers, LLC.
Peter Franklyn pour la défenderesse Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co.

SOLICITORS OF RECORD

WeirFoulds LLP for applicant Rakuten Kobo Inc. Department of Justice Canada – Competition Bureau Legal Services, Gatineau, Quebec, for respondent Commissioner of Competition.
Torys LLP, Toronto, for respondents Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Bennett Jones LLP, Toronto, for respondent Holtzbrinck Publishers, LLC.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP and *Goodmans LLP*, Toronto, for respondent Simon & Schuster Canada, a Division of CBS Canada Holdings Co.

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

WeirFoulds LLP pour la demanderesse Rakuten Kobo Inc.
Ministère de la Justice du Canada – Services juridiques du Bureau de la concurrence, Gatineau (Québec), pour le défendeur le commissaire de la concurrence.
Torys LLP, Toronto, pour les défenderesses Hachette Book Group Canada Ltd., Hachette Book Group Inc., Hachette Digital, Inc.
Bennett Jones LLP, Toronto, pour la défenderesse Holtzbrinck Publishers, LLC.
Osler, Hoskin & Harcourt LLP et *Goodmans LLP*, Toronto, pour la défenderesse Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co.

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 rendu par

CRAMPTON C.J.:

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

I. Introduction

I. Introduction

[1] In this application, Rakuten Kobo Inc. (Kobo) seeks various types of relief in relation to three consent agreements (CAs) that the Commissioner of Competition entered into with the other respondents identified in the style of cause above (the respondent Publishers) and filed with the Competition Tribunal in January 2017. Among other things, Kobo has requested a declaration that the CAs are unlawful and invalid, and an order quashing them.

[1] Dans l'espèce, Rakuten Kobo Inc. (Kobo) cherche à obtenir divers types de mesures de redressement en lien avec trois consentements (consentements) intervenus entre le commissaire de la concurrence et les autres défendeurs nommés dans l'intitulé de la cause susmentionné (les éditeurs défendeurs) et déposé au Tribunal de la concurrence en janvier 2017. Entre autres, Kobo a demandé une déclaration selon laquelle les consentements sont illégaux et invalides, et une ordonnance les annulant.

[2] In support of its application, Kobo asserts three jurisdictional grounds of review. First, it submits that

[2] La demande de Kobo repose sur trois motifs de contrôle judiciaire. D'abord, elle affirme que le

the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S., not in Canada, and that was resolved by U.S. courts and antitrust enforcers in 2012–2013. Second, Kobo asserts that the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy “an arrangement” that never existed. Third, Kobo maintains that, if such arrangement did once exist, it was no longer “existing or proposed,” as required by section 90.1 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act), at the time the CAs were entered into.

[3] The Commissioner opposes Kobo’s jurisdiction challenges and further submits that this Court should decline to consider this application because Kobo has an adequate alternative remedy under subsection 106(2) of the Act. That provision permits third parties who are directly affected by a consent agreement to apply to the Competition Tribunal (the Tribunal) to have one or more of the agreement’s terms rescinded or varied. The Commissioner maintains that Kobo should not be permitted to use the Court’s judicial review process to defeat Parliament’s clear choice to create a limited right of review of consent agreements based on grounds that a third party may raise.

[4] For the reasons that follow, this application will be denied.

II. The Parties

[5] Kobo is a retailer of electronic books (e-books). It is based in Toronto, Ontario, and has agreements with authors, publishers, and distributors that grant it rights to sell e-books in Canada.

[6] The Commissioner is a statutory authority who is responsible for the administration and enforcement of the Act. In carrying out those responsibilities, the Commissioner is supported by staff in the Competition Bureau.

commissaire a agi sans compétence en concluant les consentements afin de remédier à un complot en place aux États-Unis, et non au Canada. Selon Kobo, ce complot a été réglé par les tribunaux américains et les autorités chargées de faire appliquer les règles antitrust en 2012–2013. Deuxièmement, Kobo soutient que le commissaire a agi sans compétence en concluant des consentements visant à remédier à « un arrangement » qui n’a jamais existé. Troisièmement, Kobo maintient que même si un tel accord avait déjà existé, il n’était pas « conclu ou proposé » au moment des consentements, comme l’exige l’article 90.1 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi).

[3] Le commissaire s’oppose à la contestation de sa compétence par Kobo et ajoute de plus que notre Cour devrait d’abord refuser cette demande, car Kobo dispose d’une mesure de réparation alternative appropriée en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi. Cette disposition permet aux tiers directement touchés par un consentement de demander au Tribunal de la concurrence (le Tribunal) d’en annuler ou d’en modifier une ou plusieurs modalités. Le commissaire maintient que Kobo ne devrait pas être autorisée à utiliser le processus de contrôle judiciaire de notre Cour pour contourner l’intention très claire du Parlement d’accorder un droit limité de révision de consentements en regard des motifs qu’une tierce partie pourrait soulever.

[4] Pour les motifs qui suivent, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.

II. Les parties

[5] Kobo est un détaillant de livres numériques. La société est établie à Toronto et détient des accords avec des auteurs, des éditeurs, et des distributeurs qui lui accordent le droit de vendre des livres numériques au Canada.

[6] Le commissaire est l’autorité habilitée et chargée de l’administration et de l’exécution de la Loi. Dans le cadre de son mandat, le commissaire bénéficie du soutien du personnel du Bureau de la concurrence.

[7] The respondent Publishers are three of the five major publishers of general interest fiction and non-fiction e-books and hard copy books.

III. The CAs

[8] The Commissioner entered into separate, and virtually identical, CAs with each of (i) Hachette Book Group Canada Ltd. and the two related Hachette affiliates identified above (collectively, Hachette), (ii) Holtzbrinck Publishers, LLC (doing business as Macmillan) (Macmillan), and (iii) Simon & Schuster Canada, a division of CBS Canada Holdings Co. (Simon & Schuster).

[9] Broadly speaking, the CAs address restrictions on price competition in the sale of e-books in Canada that the Commissioner asserts resulted from a change by the respondent Publishers from a wholesale distribution model to an agency distribution model.

[10] Pursuant to the wholesale model, the respondent Publishers set a suggested retail price for e-books, and were paid a pre-determined percentage (typically 50 percent) of that suggested price for each book sold, regardless of the price actually charged to the consumer by the retailer. By contrast, under the agency model, retailers were appointed as the non-exclusive agent for the marketing and delivery of e-books on behalf of the publishers, who set the price at which the books must be sold. Retailers are then paid a commission (typically 30 percent) for each book sold.

[11] The recitals in each of the CAs state that the Commissioner has concluded that the respondent Publisher in question implemented in Canada an arrangement that was entered into in the United States with at least one other competing publisher, relating to the sale of e-books in both of those countries (the Arrangement). Those recitals also state that the Commissioner has concluded that the Arrangement includes provisions that restrict the ability of e-book retailers to discount the retail prices of e-books; and that the Arrangement prevents

[7] Les éditeurs défendeurs représentent trois des cinq plus grands éditeurs de livres et de livres numériques de non-fiction et de fiction pour le grand public.

III. Les consentements

[8] Le commissaire a signé des consentements séparés, mais pratiquement identiques, avec i) Hachette Book Group Canada Ltd et les deux filiales Hachette nommées précédemment (collectivement ci-après, Hachette), ii) Holtzbrinck Publishers, LLC (faisant affaire sous le nom Macmillan) (Macmillan), et iii) Simon & Schuster Canada, une division de CBS Canada Holdings Co. (Simon & Schuster).

[9] De façon générale, les consentements traitent des restrictions à la concurrence sur les prix dans la vente de livres numérique au Canada qui, selon le commissaire, découlent d'un passage coordonné par les éditeurs défendeurs d'un modèle de vente en gros à un modèle de distribution d'agence.

[10] Suivant le modèle de vente en gros, les éditeurs défendeurs établissaient un prix de détail suggéré pour leurs livres numériques, puis ils recevaient un pourcentage prédéterminé (habituellement 50 p. 100) du prix de détail suggéré pour chaque livre vendu, sans égard au prix véritablement facturé au consommateur par le détaillant. En contrepartie, dans un modèle d'agence, les détaillants sont nommés à titre d'agents non exclusifs pour la mise en marché et la vente de livres numériques au nom des éditeurs, lesquels établissent le prix de vente des livres. Les détaillants se font ensuite verser une commission (habituellement 30 p. 100) pour chaque livre vendu.

[11] Les attendus de chacun des consentements disposent que le commissaire a conclu que les éditeurs défendeurs avaient mis en œuvre au Canada un arrangement conclu aux États-Unis avec au moins un autre concurrent quant à la vente de livres numériques dans ces deux pays (l'arrangement). Ces attendus mentionnent également que le commissaire a conclu que l'arrangement comprend des stipulations qui limite la capacité des détaillants de livres numériques de réduire les prix de ceux-ci. En outre, l'arrangement a aussi pour effet

or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in the retail market for e-books in Canada, within the meaning of section 90.1 of the Act.

[12] To address those alleged anticompetitive effects of the collective shift to agency agreements, the CAs prohibit the respondent Publishers from directly or indirectly restricting, limiting or impeding an e-book retailer's ability to set, alter or reduce the retail price of any e-book for sale to consumers in Canada, or to offer price discounts or any other form of promotion to encourage consumers in Canada to purchase one or more e-books. The CAs also prohibit the respondent Publishers from entering into an agreement with any e-book retailer that has one of those effects. These prohibitions apply for nine months, commencing no later than 120 days following the registration of the CAs. During the hearing of this application, the Commissioner described these prohibitions as being the "centrepiece" of the CAs, and as having been designed to "ignite the flames of competition" in the e-book market in Canada. Kobo and other industry participants refer to these prohibitions as creating an "Agency Lite" model of distribution.

[13] Certain other terms in the CAs prohibit the respondent Publishers from entering into agreements with e-book retailers relating to the sale of e-books to consumers in Canada that contain particular types of most-favoured nation clauses (Price MFN Clauses) for a period of three years from the date of the registration of the CA.

[14] In addition, the CAs require the respondent Publishers to take steps to terminate, and not renew or extend, existing agreements with e-book retailers that restrict price discounting or contain a Price MFN Clause. In lieu of such action, the CAs permit the respondent Publishers to take certain alternative steps to address the Commissioner's concerns.

d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans le marché des livres numériques au Canada, en violation de l'article 90.1 de la Loi.

[12] Par conséquent, et afin de contrer les effets anticoncurrentiels allégués de cette transition collective vers des accords d'agences, le consentement interdit aux éditeurs défendeurs de restreindre, limiter ou empêcher un détaillant de livres numériques dans sa capacité de fixer, modifier ou réduire le prix de détail d'un livre numérique pour vente aux consommateurs au Canada, ou d'offrir des rabais ou faire de la promotion commerciale pour encourager les consommateurs au Canada à acheter un ou plusieurs livres numériques. Le consentement interdit également aux éditeurs défendeurs de conclure avec un détaillant de livres numériques un accord ayant l'un de ces effets. Ces interdictions ont une durée de neuf mois et entrent en vigueur au plus tard à compter du 120^e jour suivant l'enregistrement des consentements. Au cours de l'audience de cette demande, le commissaire a décrit ces interdictions comme étant la [TRADUCTION] « pièce maîtresse » des consentements, lesquels visaient à [TRADUCTION] « mettre le feu aux poudres de la concurrence » sur le marché du livre numérique au Canada. Kobo et les autres membres de l'industrie soutiennent que ces prohibitions viennent créer une version diluée du modèle d'agence.

[13] D'autres dispositions des consentements interdisent aux éditeurs défendeurs de conclure avec des détaillants de livres numériques un accord, relativement à la vente de livres numériques aux consommateurs au Canada, contenant des genres particuliers de clauses de la nation la plus favorisée (clauses de prix NPF), et cela pour une période de trois ans à compter de la date d'enregistrement des consentements.

[14] En outre, les consentements obligent les éditeurs défendeurs à prendre des mesures pour que soient résiliés, sans qu'ils soient renouvelés ou prolongés, les accords conclus avec des détaillants de livres numériques qui les empêchent d'offrir des rabais ou qui contiennent une clause de prix NPF. En lieu et place d'une résiliation, les consentements autorisent les éditeurs défendeurs à prendre certaines autres mesures pour répondre aux préoccupations du commissaire.

[15] In March of 2017, I issued an order, on consent, staying the implementation of the CAs until the fifth business day following this Court's determination of this application (*Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FC 382, 24 Admin. L.R. (6th) 25 (*Kobo 2017*), at paragraph 8).

[16] Kobo asserts that if the CAs are implemented, it will suffer significant financial harm, as its contractual relationships with the respondent Publishers will be radically altered. In response, the Commissioner maintains that Kobo simply wishes to avoid competing by cutting its retail prices.

IV. Background

[17] The prohibitions in the CAs are essentially the same as the prohibitions that were contained in an earlier single consent agreement that the Commissioner entered into with the respondent Publishers and HarperCollins Canada Limited (HarperCollins) in 2014 (the Initial CA), except that they are now of shorter duration. Those prohibitions are also similar to prohibitions that were contained in final judgments that were issued in the United States in 2012.

[18] The Initial CA was rescinded by the Tribunal after it was found to have been deficient in certain respects (*Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. No. 11 (QL)). On their face, the CAs address those deficiencies.

[19] The Tribunal's rescission of the Initial CA was without prejudice to the ability of the Commissioner to enter into a new consent agreement with the publishers in question, based on conclusions he may reach regarding the elements of the reviewable conduct under subsection 90.1(1) of the Act.

[20] While HarperCollins was a party to the Initial CA, it apparently declined to enter into a revised consent agreement. As a consequence, the Commissioner filed a contested application before the Tribunal against

[15] En mars 2017, j'ai rendu une ordonnance, sur consentement, suspendant l'exécution des consentements jusqu'au cinquième jour ouvrable suivant la décision de notre Cour quant à l'espèce (*Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2017 CF 382 (*Kobo 2017*), au paragraphe 8).

[16] Kobo soutient qu'elle subira des torts financiers considérables si les consentements sont mis en œuvre, car ses relations contractuelles avec les éditeurs défendeurs seront profondément modifiées. Le commissaire rétorque que Kobo souhaite simplement éviter de réduire ses prix de vente de détail afin de concurrencer.

IV. Faits

[17] Les interdictions prévues dans les consentements sont essentiellement les mêmes que celles contenues dans un consentement antérieur conclu entre le commissaire et les éditeurs défendeurs et HarperCollins Canada Limited (HarperCollins) en 2014 (le consentement initial), exception faite que celles-ci sont d'une durée plus limitée. Ces interdictions sont également semblables à celles prévues aux jugements définitifs rendus aux États-Unis en 2012.

[18] Le consentement initial a été annulé par le Tribunal après qu'il eut conclu qu'il était insuffisant à certains chapitres (*Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2016 Comp. Trib. 11, [2016] C.C.T.D. n° 11 (QL) (*Kobo 2016*)). À première vue, les consentements comblent ces lacunes.

[19] La résiliation par le Tribunal du consentement initial ne portait pas atteinte à la capacité du commissaire de conclure un nouveau consentement avec les éditeurs en question, fondé sur les conclusions qu'il pouvait tirer concernant les éléments du comportement susceptible de révision décrit au paragraphe 90.1(1) de la Loi.

[20] Toutefois, alors que HarperCollins était partie au consentement initial, elle a apparemment refusé de conclure un consentement révisé. En conséquence, le commissaire a déposé une demande contestée devant le

HarperCollins. HarperCollins then filed a motion for summary dismissal of that application, on the basis of the first and third of the three jurisdictional grounds that Kobo has raised in this application.

[21] In *Kobo 2017*, above, I stayed the hearing of this application until the Tribunal had issued its decision on HarperCollins' above-mentioned motion. I did so after concluding that it was preferable for the Court to have the benefit of the Tribunal's determinations regarding the jurisdictional issues that have been raised in both proceedings before addressing those issues itself (*Kobo 2017*, above, at paragraph 39).

[22] A short while later, in a decision written by Justice Gascon, the Tribunal dismissed HarperCollins' motion, after concluding that it was not plain and obvious that (i) the Tribunal did not have jurisdiction to grant the relief sought by the Commissioner in respect of the Arrangement; and (ii) the Arrangement is no longer "existing or proposed" (*Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. No. 10 (QL) (*HarperCollins*)). Subsequently, HarperCollins entered into a separate consent agreement with the Commissioner and filed a notice of discontinuance in relation to its appeal of Justice Gascon's decision. This separate consent agreement has not been challenged by Kobo in this application.

[23] Whereas HarperCollins submitted that it is the Tribunal that lacks jurisdiction to grant the relief requested by the Commissioner in the contested application that he filed against HarperCollins, Kobo asserts that it is the Commissioner who lacks the jurisdiction to enter into the CAs. Nothing turns on this, as I consider that the Commissioner's jurisdiction under section 90.1 is co-extensive with the Tribunal's jurisdiction, such that if the Tribunal has no jurisdiction in respect of particular conduct, neither does the Commissioner (*Kobo 2017*, above, at paragraph 41).

[24] At the time the three CAs were filed with the Tribunal, the Commissioner also filed a fourth consent

Tribunal contre HarperCollins. HarperCollins a ensuite déposé une requête en rejet sommaire de cette demande fondée sur les premier et troisième motifs de compétence soulevés par Kobo dans l'espèce.

[21] Dans la décision *Kobo 2017*, précitée, j'ai suspendu l'audition de cette demande jusqu'à ce que le Tribunal rende sa décision à l'égard de ladite requête d'HarperCollins. J'ai conclu qu'il était préférable que la Cour puisse profiter des décisions du Tribunal concernant les questions de compétence soulevées dans les deux instances avant de se pencher elles-mêmes sur ces questions (*Kobo 2017*, précitée, au paragraphe 39).

[22] Quelque temps plus tard, dans une décision de la main du juge Gascon, le Tribunal a rejeté la requête d'HarperCollins, concluant qu'il n'était pas évident et manifeste que i) le Tribunal n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée par le commissaire à l'égard de l'arrangement; et que ii) l'arrangement n'était plus « conclu ou proposé » (*Canada (Commissioner of Competition) v. HarperCollins Publishers LLC*, 2017 Comp. Trib. 10, [2017] C.C.T.D. n° 10 (QL) (*HarperCollins*)). Par la suite, HarperCollins a signé un consentement avec le commissaire et déposé un avis de désistement de son appel de la décision du juge Gascon. Ce consentement n'a pas été contesté par Kobo dans le cadre de la présente demande.

[23] Dans le cadre de la demande contestée à l'encontre d'elle, HarperCollins a soutenu que c'était le Tribunal qui n'avait pas compétence pour accorder la réparation demandée par le commissaire. En l'espèce, Kobo soutient que c'est le commissaire qui n'a pas la compétence de signer ces consentements. Or, cette distinction importe peu en l'espèce car j'estime que la compétence du commissaire en vertu de l'article 90.1 découle de la compétence du Tribunal. Par conséquent, si le Tribunal n'a pas compétence concernant une conduite en particulier, il en va de même pour le commissaire (*Kobo 2017*, précitée, au paragraphe 41).

[24] Au même moment de l'enregistrement des trois consentements auprès du Tribunal, le commissaire a

agreement that he had entered into with Apple Inc. and Apple Canada Inc. (collectively, Apple). That consent agreement has not been challenged by Kobo and therefore will not be further discussed in these reasons for judgment.

[25] Although Kobo succeeded in persuading the Tribunal to rescind the Initial CA, it was less successful in a prior reference proceeding that concerned the scope of issues that may be raised by a third party who challenges a consent agreement under subsection 106(2) of the Act (*Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition*, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII) (*Kobo 2014*)). In particular, the Tribunal found that it was not open to Kobo to attempt to establish, whether by factual evidence or otherwise, that one or more of the substantive elements set forth in section 90.1 of the Act are not met. This specifically included whether there is an agreement or arrangement—whether existing or proposed—between persons, two or more of whom are competitors. The Tribunal held that disputes with respect to these and other substantive elements, such as whether an agreement is likely to prevent or lessen competition substantially, are beyond the scope of subsection 106(2). That decision was upheld by the Federal Court of Appeal in *Rakuten Kobo Inc. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 FCA 149 (*Kobo FCA*), leave to appeal to SCC refused, 36554 (14 January 2016) [[2016] 1 S.C.R. xvi].

[26] Notwithstanding that the Tribunal rejected Kobo's position regarding the scope of issues that may be raised by third parties in proceedings initiated under subsection 106(2) of the Act, the Tribunal observed that “it would be potentially open to a party to raise [issues] before the Federal Court on an application for judicial review brought pursuant to section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7” (*Kobo 2014*, above, at paragraph 73 (citations omitted)). A similar observation was also made by the Federal Court of Appeal (*Kobo FCA*, above, at paragraph 10).

également déposé un quatrième consentement intervenu avec Apple Inc. et Apple Canada Inc. (ensemble, Apple). Ce consentement n'a pas été contesté par Kobo; il ne sera donc pas abordé davantage dans les présents motifs.

[25] Bien que Kobo soit parvenue à convaincre le Tribunal d'annuler le consentement initial; il en fut autrement dans le cadre d'une procédure antérieure portant sur la portée des questions pouvant être soulevées par un tiers contestant un consentement en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi (*Kobo Inc. v. The Commissioner of Competition*, 2014 Comp. Trib. 14, 2014 CACT 14 (CanLII) (*Kobo 2014*)). Plus particulièrement, le Tribunal a conclu qu'il n'était pas loisible à Kobo de tenter d'établir, que ce soit par la voie d'une preuve factuelle ou autrement, qu'un ou plusieurs des éléments importants établis dans l'article 90.1 de la Loi n'était pas respecté, y inclus s'il y a présence d'un accord ou d'un arrangement — soit conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents. Le Tribunal a statué que les litiges quant à la présence de ces éléments importants, ou d'autres — notamment à savoir si l'accord avait pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence — outrepassaient la portée du paragraphe 106(2). La Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision dans l'arrêt *Rakuten Kobo Inc. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CAF 149 (*Kobo CAF*), autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, 36554 (le 14 janvier 2016) [[2016] 1 R.C.S. xvi].

[26] Hormis le fait que le Tribunal eut rejeté le point de vue de Kobo quant à la portée des questions pouvant être soulevées par des tiers dans des procédures intentées en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, il a également observé que [TRADUCTION] « il pourrait être loisible à une partie de les soulever devant la Cour fédérale dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 » (*Kobo 2014*, précitée, au paragraphe 73 (citations omises)). La Cour d'appel fédérale a effectué un commentaire semblable (*Kobo CAF*, précitée, au paragraphe 10).

V. Relevant Legislation

[27] Section 105 of the Act provides for the entering into consent agreements and the registration of those agreements by the Tribunal. It states:

Consent agreement

105 (1) The Commissioner and a person in respect of whom the Commissioner has applied or may apply for an order under this Part, other than an interim order under section 103.3, may sign a consent agreement.

Terms of consent agreement

(2) The consent agreement shall be based on terms that could be the subject of an order of the Tribunal against that person.

Registration

(3) The consent agreement may be filed with the Tribunal for immediate registration.

Effect of registration

(4) Upon registration of the consent agreement, the proceedings, if any, are terminated, and the consent agreement has the same force and effect, and proceedings may be taken, as if it were an order of the Tribunal.

[28] Pursuant to subsection 106(2), third parties may apply to the Tribunal to vary or rescind a consent agreement. That provision states:

106 ...

Directly affected persons

(2) A person directly affected by a consent agreement, other than a party to that agreement, may apply to the Tribunal within 60 days after the registration of the agreement to have one or more of its terms rescinded or varied. The Tribunal may grant the application if it finds that the person has established that the terms could not be the subject of an order of the Tribunal.

[29] Section 90.1 gives the Tribunal the jurisdiction to issue two types of orders in respect of certain agreements or arrangements between competitors. That provision states:

V. Dispositions législatives pertinentes

[27] L'article 105 de la Loi prévoit la procédure entourant les consentements ainsi que l'enregistrement de ceux-ci auprès du Tribunal. Elle dispose :

Consentement

105 (1) Le commissaire et la personne à l'égard de laquelle il a demandé ou peut demander une ordonnance en vertu de la présente partie — exception faite de l'ordonnance provisoire prévue à l'article 103.3 — peuvent signer un consentement.

Contenu du consentement

(2) Le consentement porte sur le contenu de toute ordonnance qui pourrait éventuellement être rendue contre la personne en question par le Tribunal.

Dépôt et enregistrement

(3) Le consentement est déposé auprès du Tribunal qui est tenu de l'enregistrer immédiatement.

Effet de l'enregistrement

(4) Une fois enregistré, le consentement met fin aux procédures qui ont pu être engagées, et il a la même valeur et produit les mêmes effets qu'une ordonnance du Tribunal, notamment quant à l'engagement des procédures.

[28] En vertu du paragraphe 106(2), les tiers peuvent demander au Tribunal d'annuler ou de modifier un consentement. Cette disposition prévoit :

106 [...]

Personnes directement touchées

(2) Toute personne directement touchée par le consentement — à l'exclusion d'une partie à celui-ci — peut, dans les soixante jours suivant l'enregistrement, demander au Tribunal d'en annuler ou d'en modifier une ou plusieurs modalités. Le Tribunal peut accueillir la demande s'il conclut que la personne a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal.

[29] L'article 90.1 accorde au Tribunal la compétence d'émettre deux types d'ordonnance concernant certains accords ou arrangements entre concurrents. Cette disposition prévoit :

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.

VI. Preliminary Issue

[30] The Commissioner submits that this Court should decline to consider this application because Kobo has an adequate alternative remedy and forum under subsection 106(2) of the Act. The Commissioner maintains that Kobo should not be permitted to use the Court’s judicial review process to do an “end run” around the limited right of review of consent agreements that Parliament created for the Tribunal on applications brought by third parties in subsection 106(2) of the Act.

[31] I agree. However, I do so primarily for reasons other than the adequacy of the remedies available to Kobo under that provision.

[32] In *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713 (*Strickland*), the Supreme Court of Canada recalibrated the framework applicable to a court’s determination of whether to exercise discretion to hear an application for judicial review. That decision was issued shortly after the Federal Court of Appeal agreed with the Tribunal’s observation that judicial review would be potentially available to third parties such as Kobo who may seek to challenge a consent agreement filed by the Commissioner (*Kobo FCA*, above).

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.

VI. Question préliminaire

[30] Le commissaire soutient que notre Cour devrait refuser cette demande, car Kobo dispose d’une mesure de réparation alternative appropriée en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi. Le commissaire soutient que Kobo ne devrait pas être autorisée à utiliser le mécanisme de contrôle judiciaire de notre Cour pour [TRANSDUCTION] « escamoter » le droit limité que le Parlement a permis aux tiers de demander au Tribunal d’examiner un consentement en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi.

[31] Je suis d’accord. Cependant, je souscris à ce point de vue pour des motifs autres que le caractère approprié des réparations offertes à Kobo en vertu de cette disposition.

[32] Dans l’affaire *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713 (*Strickland*), la Cour suprême du Canada a modifié le cadre applicable à la décision d’une cour d’exercer ou non son pouvoir discrétionnaire d’entendre une demande de contrôle judiciaire. Cette décision a été rendue peu de temps après que la Cour d’appel fédérale ait reconnu le point de vue du Tribunal voulant que le contrôle judiciaire puisse être une avenue potentiellement ouverte aux tiers tels que Kobo, souhaitant contester un consentement intervenu avec le commissaire (*Kobo CAF*, précité).

[33] The central issue in *Strickland* was whether the Federal Court erred in exercising its discretion to decline to hear an application for a declaration that the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175, are unlawful. In reaching that conclusion, Justice Gleason (as she then was) emphasized the minor role played by this Court in issues under the *Divorce Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, and the broader jurisdiction and expertise of the provincial superior courts in matters related to divorce and child support.

[34] In its assessment of the issue, the Supreme Court identified a number of considerations that are relevant to a court's determination of whether to exercise its discretion to refuse to hear a judicial review application. Those considerations are:

- i. The purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue;
- ii. The nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity;
- iii. The relative expertise of the alternative decision maker;
- iv. The nature of the error alleged;
- v. The existence of adequate and effective recourse in the forum in which litigation is already taking place;
- vi. Expeditionness;
- vii. The convenience of the alternative remedy;
- viii. The economic use of judicial resources; and
- ix. Cost.

(*Strickland*, above, at paragraph 42.)

[33] La question centrale dans l'arrêt *Strickland* était à savoir si la Cour fédérale avait commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre une demande de jugement déclaratoire rendant illégales les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175. La juge Gleason (tel était son titre à l'époque), dans sa conclusion, a souligné le rôle mineur que jouait notre Cour en ce qui concerne les questions relevant de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 3, ainsi que l'étendue de la compétence et de l'expertise des cours supérieures provinciales quant aux questions de divorce et de pensions alimentaires pour enfants.

[34] La Cour suprême a dressé une liste de facteurs pertinents à la décision d'une cour d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire pour refuser d'entendre une demande de contrôle judiciaire. Ces facteurs sont les suivants :

- i. les objectifs et les considérations de principe qui sous-tendent le régime législatif en cause;
- ii. la nature de l'autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d'accorder une réparation;
- iii. l'expertise relative de l'autre décideur;
- iv. la nature de l'erreur alléguée;
- v. l'existence d'un recours adéquat et efficace devant le tribunal déjà saisi du litige;
- vi. la célérité;
- vii. la commodité de l'autre recours;
- viii. l'utilisation économique des ressources judiciaires; et
- ix. les coûts.

(*Strickland*, précité, au paragraphe 42.)

[35] The Court emphasized that the categories of relevant factors are not limited, and that it is for the courts to identify and balance the relevant factors in the context of a particular case. Elaborating, the Court stated:

...The court should consider not only the available alternative, but also the suitability and appropriateness of judicial review in the circumstances. In short, the question is not simply whether some other remedy is adequate, but also whether judicial review is appropriate. Ultimately, this calls for a type of balance of convenience analysis.

(*Strickland*, above, at paragraph 43.)

[36] In the result, the Court relied upon considerations that were “appropriately concerned more with the unsuitability of judicial review in the Federal Court in this case than with the narrower question of whether a remedy comparable to that sought by the appellants is available elsewhere” (*Strickland*, above, at paragraph 46). In this regard, the Court found that the appellants’ judicial review proceedings in the Federal Court were “deeply inconsistent with fundamental parliamentary choices about where important family law issues will be determined” (*Strickland*, above, at paragraph 51).

[37] A similar result was reached in the subsequent case of *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114 (*797175*). There, the issue was whether the Court should hear an application for judicial review of a decision of the Calgary Composite Assessment Review Board regarding a property assessment. The parties were in agreement that the application concerned issues of fact and mixed fact and law which were not appealable under the relevant section of the *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, c. M-26. In deciding to dismiss the application without assessing those issues, the Court held as follows [at paragraphs 35–37]:

[35] La Cour a souligné que ces catégories de facteurs pertinents n’étaient pas limitatives, et qu’il revenait aux cours de cerner et de pondérer les facteurs pertinents en regard du contexte du dossier. La Cour, abordant sur ce point, a dit :

[...] La cour doit tenir compte non seulement de l’autre recours disponible, mais aussi de la pertinence et du caractère opportun du contrôle judiciaire dans les circonstances. Bref, la question ne consiste pas simplement à décider si quelque autre recours est adéquat, mais également s’il convient de recourir au contrôle judiciaire. En définitive, cela requiert une analyse du type de la pondération des inconvénients.

(*Strickland*, précité, au paragraphe 43.)

[36] Finalement, la Cour s’en est remise à des considérations qui « touchent davantage au caractère inopportun d’un contrôle judiciaire en Cour fédérale dans la présente affaire qu’à la simple question de savoir s’il est possible pour les appelants d’obtenir ailleurs une réparation comparable à celle qu’ils demandent » (*Strickland*, précité, au paragraphe 46). À cet égard, la Cour a conclu que la procédure de contrôle judiciaire des appelants devant la Cour fédérale était « profondément incompatible avec les choix fondamentaux du législateur quant à la juridiction compétente pour instruire les questions importantes de droit de la famille » (*Strickland*, précité, au paragraphe 51).

[37] La Cour du banc de la Reine de l’Alberta est parvenue à une conclusion semblable dans le dossier subséquent *797175 Alberta Ltd. (Agent of) v. Calgary (City)*, 2017 ABQB 18, 49 Alta. L.R. (6th) 114 (*797175*). Dans cette affaire, la question était à savoir si la Cour devrait entendre une demande de contrôle judiciaire d’une décision du Calgary Composite Assessment Review Board quant à une évaluation foncière. Les parties s’entendaient sur le fait que cette demande portait sur des questions mixtes de fait et de droit lesquelles sont sans appel en vertu de la disposition pertinente de la *Municipal Government Act*, R.S.A. 2000, ch. M-26. Refusant la demande sans examiner ces questions, la Cour a tenu les propos suivants [aux paragraphes 35–37] :

There are strong policy reasons for the Court to not usurp the intention of the legislature by reviewing the factual merits of assessment board decisions. Section 470 provides an important gate-keeping function by regulating access to the appeal process, partly for reasons of efficiency and judicial economy. The City and the Board emphasize this represents a real “flood-gates” concern because of: the number of assessment complaint hearings each year; the substantial volume of evidence and materials that are often filed in these hearings; an *The following are the public reasons for judgment and judgment rendered in The following are the public reasons for judgment and judgment rendered in d*, since tax-payers can challenge assessments for each and every year.

Having regard to the foregoing, the discretion of the Court should be exercised against the granting of judicial review where the questions raised are those of fact or mixed fact and law, except in extraordinary circumstances, which were not argued in this instance and are not before this Court.

In my view, the right to constitutionally protected review of administrative decision-making is discretionary and is not absolute and must be balanced against important legislative and policy considerations, as was set out in *Strickland*.

[38] In reaching the foregoing conclusion, the Court was guided by the following comments of the Alberta Court of Appeal in *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1 (*Henderson*) [at paragraph 26]:

... Judicial review should not generally be used as an end run around statutory restrictions on appeal rights. Thus, we would be disinclined to grant judicial review even if it appeared to us that the conclusion reached by the hearing panel was wrong if its decision was made in the course of a process that had been conducted according to law. Otherwise, an application for judicial review could be used to do indirectly what cannot be directly done — obtain an appeal not intended by the Legislature.

[39] In my view, the reasoning adopted in *Strickland*, 797175 and *Henderson* leads to a similar result in the case at bar. Stated differently, an assessment of the factors that were identified and given particular emphasis

[TRADUCTION] Il existe de solides motifs politiques enjoignant à la Cour de s’abstenir d’usurper l’intention du législateur en examinant le fond factuel des décisions des comités d’évaluation. L’article 470 joue un rôle important de gardien en réglementant l’accès au processus d’appel, en partie pour des raisons d’efficacité et d’économie des ressources judiciaires. La Ville et la Commission ont souligné qu’à défaut de cette disposition, il y aurait un véritable risque « d’avalanche » en raison du nombre de plaintes en lien avec les évaluations chaque année; du volume imposant d’éléments de preuve et de documents souvent produits dans le cadre de telles audiences; et du fait que les contribuables pourraient contester les évaluations tous les ans.

Eu égard à ce qui précède, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser d’accueillir le contrôle judiciaire d’une décision portant sur des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit, sauf dans des circonstances extraordinaires, lesquelles n’ont pas été avancées dans l’espèce et ne sont pas devant notre Cour.

À mon avis, le droit à une révision garantie par la Constitution des décisions administratives relève d’un exercice discrétionnaire; il n’est pas absolu et il doit absolument être pondéré en regard des objectifs et des considérations de principes, comme statué dans *Strickland*.

[38] La Cour, rendant la conclusion précédente, a été guidée par la Cour d’appel de l’Alberta dans l’arrêt *Real Estate Council of Alberta v. Henderson*, 2007 ABCA 303, 80 Alta. L.R. (4th) 1 (*Henderson*) [au paragraphe 26] :

[TRADUCTION] [...] Les demandes en contrôle judiciaire ne devraient pas servir à escamoter les restrictions législatives aux droits d’appel. Par conséquent, nous serions peu disposés à accueillir une demande en contrôle judiciaire, même s’il nous semblait que le comité était parvenu à la mauvaise conclusion, mais qu’il avait suivi un processus conforme à la loi. Autrement, les demandes de contrôle judiciaire pourraient servir à accomplir indirectement ce qui ne peut l’être directement; soit obtenir un appel à l’encontre de l’intention du législateur.

[39] À mon avis, le raisonnement adopté dans les décisions *Strickland*, 797175 et *Henderson* mène à un résultat semblable dans l’espèce. En d’autres mots, l’évaluation des facteurs identifiés ainsi que l’importance

in those cases leads to the conclusion that I should exercise my discretion to decline to consider the present application on its merits.

[40] Based on the particular circumstances surrounding this application, the most relevant of the factors identified in *Strickland* are the first three in the list set forth at paragraph 34 above. However, I will briefly assess all of the factors in that list below. The parties did not identify additional factors that warrant consideration. In my view, one such factor could be said to be the Commissioner's broad discretion to settle matters by way of consent agreements (*Kobo 2014*, above, at paragraphs 3, 32 and 95). I consider that this factor can be taken into account in an assessment of the purpose and objectives underpinning sections 105 and 106 of the Act.

i. *The purposes and policy considerations underpinning the legislative scheme in issue*

[41] This factor was exhaustively canvassed in *Kobo 2014*, above, at paragraphs 35–79. For the present purposes, the most relevant information is set forth in the following passages [at paragraphs 50, 51, 70, 71, 74, 75 and 76]:

It is common ground between the parties that the “mischief” which Parliament sought to address in 2002 in establishing the consent agreement process that is now enshrined in sections 105 and 106 included the significant cost, delay and uncertainty associated with the former consent order process. Those problems arose primarily because that process “created too many incentives, too many ways for third parties to get involved and to lengthen the process ...” (*Kobo's* oral submissions, Transcript, at pp. 101-2, and 166).

It is not disputed that these problems deterred businesses from participating in the consent order process, led to a practice of negotiating “undertakings” with the Commissioner that may not have been enforceable, and gave rise to a widespread consensus that the consent order process was “broken and needed to be fixed.”

...

de ceux-ci dans ces dossiers me mènent à conclure que je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire pour rejeter la présente demande sur le fond.

[40] Étant donné les circonstances particulières de l'espèce, les trois premiers facteurs énoncés dans l'arrêt *Strickland* sont les plus pertinents de la liste figurant au paragraphe 34 ci-haut. Toutefois, j'analyserai brièvement chacun d'entre eux dans les paragraphes suivants. Les parties n'ont pas identifié de facteurs supplémentaires devant être considérés. Cependant, j'estime que le pouvoir discrétionnaire élargi du commissaire lui permettant de régler des dossiers par la voie de consentements pourrait constituer un tel facteur (*Kobo 2014*, précitée, aux paragraphes 3, 32 et 95). À mon avis, ce facteur peut être pris en compte dans l'analyse des buts et des objectifs qui sous-tendent les articles 105 et 106 de la Loi.

i. *Les objectifs et les considérations de principe qui sous-tendent le régime législatif en cause*

[41] Ce facteur a été examiné de façon exhaustive dans la décision *Kobo 2014*, précitée, aux paragraphes 35–79. Aux fins de l'espèce, les renseignements les plus pertinents se retrouvent dans les passages suivants [aux paragraphes 50, 51, 70, 71, 74, 75 et 76] :

[TRADUCTION] Les parties s'entendent que le « méfait » que le Parlement souhaitait contrer en 2002 en établissant le processus de consentement, désormais incarné par les articles 105 et 106, tenait compte des coûts, du délai et de l'incertitude importants de l'ancien processus de consentement. Ces problèmes provenaient souvent du fait que le processus « générait trop d'incitatifs, trop de façons dont les tiers pouvaient s'immiscer au processus et le rallonger [...] » (observations verbales de *Kobo*, Transcription, aux pages 101-102 et 166).

Il est incontesté que ces problèmes décourageaient les entreprises de prendre part au processus de consentement et a donné naissance à une pratique de négociation « d'engagements » avec le commissaire, lesquels n'étaient peut-être pas exécutoires. Il y avait un consensus répandu voulant que le processus de consentement était [TRADUCTION] « dysfonctionnel et il devait être réparé ».

[...]

In my view, it is very clear from the legislative history, including Mr. von Finckenstein's testimony, that Parliament did not intend to confer upon the Tribunal the jurisdiction to hear and adjudicate upon factual disputes with respect to the basis for the conclusions reached by the Commissioner regarding either the substantive elements of reviewable trade practices, or the defences and exceptions set forth in the Act in respect of those trade practices.

As Kobo recognizes, the 2002 amendments to sections 105 and 106 were designed to, among other things, streamline the settlement process and make it faster and more predictable (*Rona Inc. v. Commissioner of Competition*, 2005 Comp. Trib. 18, at para 77).

...

The effect of the two amendments proposed by Mr. von Finckenstein, and accepted by the Committee, was to remove the ability of the Commissioner to include in consent agreements terms that could not be imposed by the Tribunal, and to add a very limited ability for third parties to apply to the Tribunal to have one or more terms of the agreement rescinded or varied. The Tribunal's jurisdiction under subsection 106(2) to grant the application was confined to circumstances where the applicant "has established that the terms could not be the subject of an order of the Tribunal."

The best evidence of what was meant by the latter language is Mr. von Finckenstein's testimony, as it was he who proposed that language, and indeed the initially proposed text of sections 105 and 106, when Bill C-23 was introduced at First Reading.

In my view, it is clear from that testimony of Mr. von Finckenstein that the words "has established that the terms could not be the subject of an order of the Tribunal" were intended to mean "has established that the terms of the consent agreement are not within the scope of the type of order(s) that the Tribunal is permitted to issue in respect of the reviewable trade practice in question." In other words, when Parliament enacted Mr. von Finckenstein's proposals word for word after hearing his very specific testimony, it appears to have simply intended that terms which are not within the purview of one or more specific types of orders in respect of a particular reviewable trade practice can not be the subject of an order of Tribunal, within the meaning of subsection 106(2). In my view, the legislative record does not support the more expansive interpretation of that provision that has been advanced by Kobo. [Emphasis in original.]

À mon avis, il est très clair, en regard de l'histoire législative, y compris du témoignage de M. von Finckenstein, que le Parlement n'avait pas l'intention de confier au Tribunal la compétence d'entendre et d'arbitrer des litiges factuels quant aux motifs des conclusions du commissaire, que ce soit quant aux éléments de fond des pratiques commerciales susceptibles d'examen, ou quant aux moyens de défense et aux exceptions prévues à la Loi en regard de celles-ci.

Comme Kobo le reconnaît, les modifications de 2002 aux articles 105 et 106 visaient, entre autres, à simplifier le processus de règlement et à le rendre plus rapide et prévisible (*Rona Inc. v. Commissioner of Competition*, 2005 Comp. Trib. 18, au para 77).

[...]

Les deux modifications proposées par M. von Finckenstein, et acceptées par le Comité, avaient pour effet de retirer au commissaire la capacité d'inclure des modalités aux consentements qui ne pourraient pas être imposées par le Tribunal, ainsi que d'accorder une capacité très limitée aux tiers de s'adresser au Tribunal pour obtenir l'annulation ou la modification d'une ou de plusieurs modalités d'un consentement. La compétence du Tribunal en vertu du paragraphe 106(2) pour accueillir la demande est limitée aux circonstances où le demandeur « a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal ».

La meilleure preuve qui soit de l'intention sous-tendant ce vocabulaire est le témoignage de M. von Finckenstein : c'est lui qui a proposé cette formule et le texte pour les articles 105 et 106 lors de la présentation à la première lecture du projet de loi C-23.

À mon avis, il est clair du témoignage de M. von Finckenstein que l'expression « a établi que les modalités ne pourraient faire l'objet d'une ordonnance du Tribunal » visait à signifier que le demandeur [TRADUCTION] « a établi que les modalités du consentement ne correspondent pas au type d'ordonnance(s) que peut rendre le Tribunal en regard de la pratique commerciale susceptible de révision visée ». En d'autres termes, le Parlement, en édictant la proposition de M. von Finckenstein, mot pour mot, après avoir entendu son témoignage très pointu, semble avoir simplement eu l'intention d'exclure les modalités qui ne relevaient pas du type d'ordonnance que peut rendre le Tribunal en regard d'une pratique commerciale susceptible de révision, selon la définition du paragraphe 106(2). De plus, le dossier législatif ne vient pas appuyer l'interprétation plus généreuse que soutient Kobo. [Souligné dans l'original.]

[42] In summary, the purposes and policy considerations underpinning the consent agreement scheme that is now included in sections 105 and 106 of the Act were to “streamline the settlement process and make it faster and more predictable.” This was achieved by eliminating the Tribunal’s prior ability to hear and adjudicate upon factual disputes raised by third parties such as those that are at the root of the second and third “jurisdictional” challenges that have been raised by Kobo in the present application. Parliament ultimately decided to confine the rights of third parties to solely raising issues with respect to whether the terms of a consent agreement “are not within the scope of the type of order(s) that the Tribunal is permitted to issue in respect of the reviewable trade practice in question” [emphasis in original].

[43] In my view, the foregoing purposes and policy considerations weigh strongly in favour of declining to hear the present application.

- ii. *The nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity*

[44] The Tribunal is a specialized administrative body that has been recognized as being “especially well suited to the task of overseeing a complex statutory scheme whose objectives are peculiarly economic” (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 49; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, (*Superior Propane*), at paragraph 57 [at paragraph 77 of [2001] 3 F.C. 185]).

[45] Pursuant to subsection 8(2) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, the Tribunal “has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its orders and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.”

[46] The Tribunal also has the remedial capacity under subsection 106(2) of the Act to rescind or vary

[42] En résumé, les objectifs et les considérations de principes sous-tendant le modèle des consentements figurant maintenant aux articles 105 et 106 sont de [TRADUCTION] « à simplifier le processus de règlement et à le rendre plus rapide et prévisible ». Cet objectif a été atteint en éliminant la capacité antérieure du Tribunal à entendre et à arbitrer des litiges factuels soulevés par des tiers, tels que ceux soulevés par les deuxième et troisième contestations de la « compétence » avancées par Kobo dans l’espèce. Le Parlement a finalement décidé de limiter les droits des tiers aux questions liées aux modalités d’un consentement qui [TRADUCTION] « ne correspondent pas au type d’ordonnance(s) que peut rendre le Tribunal en regard de la pratique commerciale susceptible de révision visée » [souligné dans l’original].

[43] À mon avis, l’intention et les considérations de principe susmentionnées penchent fortement en faveur du rejet de la présente demande.

- ii. *La nature de l’autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d’accorder une réparation*

[44] Le Tribunal est une instance administrative spécialisée reconnue comme « [étant] particulièrement bien placé[e] pour surveiller un régime législatif complexe, dont les objectifs sont singulièrement économiques » (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au paragraphe 49; *Canada (Commissaire de la Concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104 (*Supérieur Propane*), au paragraphe 57 [au paragraphe 77 dans [2001] 3 C.F. 185]).

[45] En vertu du paragraphe 8(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, le Tribunal « a, pour la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l’examen des pièces, l’exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d’une cour supérieure d’archives ».

[46] Le Tribunal dispose également d’une capacité de réparation en vertu de paragraphe 106(2) de la Loi

consent agreements. However, as Kobo emphasized during the hearing of this application, the Tribunal may not do so based on grounds such as the second and third “jurisdictional challenges” that it is now raising. Although Kobo and the Commissioner interpret my decision in *Kobo 2014* as also precluding Kobo from advancing the first jurisdictional issue that it has raised in the present application, I disagree. In my view, the issue of whether anticompetitive agreements entered into outside Canada are within the purview of section 90.1 is an issue that raises a question with respect to whether the consent agreement is “something [that] the Tribunal couldn’t have done,” or that is “outside the purview of the Tribunal” (*Kobo 2014*, above, at paragraph 77). Accordingly, this is an issue that could legitimately be raised before the Tribunal by a third party under subsection 106(2) of the Act. However, Kobo failed to do so in respect of either the Initial CA or the CAs.

[47] Nevertheless, given that Kobo is precluded by the terms of subsection 106(2), as interpreted in *Kobo 2014* and *Kobo FCA*, above, from raising before the Tribunal the other two “jurisdictional” issues that it has raised in this application, I consider that this factor weighs in favour of hearing this application on its merits.

iii. *The relative expertise of the alternative decision maker*

[48] Kobo submits that because the judges of this Court who are also members of the Tribunal tend to be assigned to hear matters brought before this Court that involve issues under the Act, this factor should be considered to be neutral. Although that may be true at the present time, it has not always been so, and it may not be so in the future.

[49] Judges of this Court who are also members of the Tribunal “can be expected to have a level of expertise or experience in this area of the law over and above that acquired by a judge in the ordinary course of judicial work” (*Superior Propane*, above, at paragraph 56 [at

lui permettant d’annuler ou de modifier des consentements. Or, Kobo a soutenu au cours de l’audience en l’espèce que le Tribunal ne peut pas agir ainsi, conformément aux deuxième et troisième « contestations de la compétence » qu’elle avance désormais. En dépit du fait que Kobo et le commissaire interprètent tous deux ma décision dans l’affaire *Kobo 2014* comme empêchant Kobo de déposer la première question de compétence avancée dans l’espèce, je ne suis pas d’accord. À mon avis, la question à savoir si les accords anticoncurrentiels conclus à l’extérieur du Canada sont visés par l’article 90.1 importe la question de savoir si le consentement est [TRADUCTION] « une mesure que le Tribunal n’aurait pas pu prendre » ou s’il se situe [TRADUCTION] « à l’extérieur du pouvoir du Tribunal » (*Kobo 2014*, précitée, au paragraphe 77). Conséquemment, il s’agit d’une question qui pourrait être légitimement soulevée devant le Tribunal par un tiers en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi. Cependant, ce n’est pas la voie qu’a suivie Kobo ni quant au consentement initial ni quant aux consentements visés par l’espèce.

[47] Néanmoins, étant donné que Kobo ne peut pas, en vertu du paragraphe 106(2), tel qu’interprété dans la décision *Kobo 2014* et dans l’arrêt *Kobo CAF*, précités, soulever les deux autres questions de « compétence » figurant dans sa demande, j’estime que ce facteur pèse en faveur d’entendre celle-ci sur le fond.

iii. *L’expertise relative de l’autre décideur*

[48] Kobo avance que ce facteur devrait avoir un effet plutôt neutre, car les juges de notre Cour affectés aux dossiers liés à la Loi sont souvent également membres du Tribunal. Bien que ce puisse être exact à l’heure actuelle, ce ne fut pas toujours le cas, et ce ne sera peut-être pas ainsi à l’avenir.

[49] Les juges de notre Cour qui sont également membres du Tribunal sont censés « avoir un degré d’expertise ou d’expérience dans ce domaine du droit supérieur à celui qu’a acquis un juge dans le cours normal de ses fonctions judiciaires » (*Supérieur Propane*, précité,

paragraph 76 of [2001] 3 F.C. 185)). This is in part because, when sitting as a judicial member of the Tribunal, they have the assistance of lay members.

[50] Given the foregoing, I consider that this factor weighs in favour of declining to hear the present application.

iv. *The nature of the error alleged*

[51] The three grounds upon which Kobo has based the present application have each been characterized as being “jurisdictional” challenges. However, as further discussed in Part VIII of these reasons below, I consider that only the first of those challenges raises a true question of jurisdiction. As noted above, that question concerns the issue of whether anticompetitive agreements entered into outside Canada fall within the purview of section 90.1 of the Act. The other two “jurisdictional” challenges that Kobo has raised are rooted largely in factual disputes about (i) whether the shift from the wholesale model of e-book distribution to the agency model of distribution in Canada occurred as result of the implementation of the U.S. Arrangement that is described in the recitals of the CAs, and (ii) whether the Arrangement was “existing or proposed” at the time the CAs were executed and filed with the Tribunal.

[52] In my view, the fact that one of the issues that Kobo has raised is a true jurisdictional issue ordinarily should weigh in favour of this Court exercising its jurisdiction to hear the present application. However, given my view that this issue may also be raised before the Tribunal, I consider that this factor weighs in favour of not granting discretion to hear the present application (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraphs 24–25; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223 (*Access Copyright*), at paragraph 70, rev’d on other grounds 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345, at paragraphs 10–11 and 59–60). This is particularly so given that this issue has been the subject of active debate

au paragraphe 56 [au paragraphe 76 dans [2001] 3 C.F. 185]). Ceci s’explique en partie par le fait qu’ils bénéficient de l’assistance des membres non juges lorsqu’ils siègent comme juges dans une formation du Tribunal.

[50] Eu égard à ce qui précède, j’estime que ce facteur pèse à l’encontre de l’audition de la présente demande.

iv. *La nature de l’erreur alléguée*

[51] Les trois motifs avancés par Kobo dans la présente demande sont dits des « contestations de la compétence ». Cependant, comme je l’aborderai dans la partie VIII des présents motifs, j’estime que seule la première de ces contestations soulève une véritable question de compétence. À l’instar de mes commentaires susmentionnés, la question vise à savoir si l’article 90.1 de la Loi s’applique à un accord anticoncurrentiel conclu à l’extérieur du pays. Les deux autres « contestations de la compétence » avancées par Kobo sont fondées en grande partie sur les litiges factuels à savoir si i) le passage d’un modèle de vente en gros des livres numériques à un modèle d’agence au Canada découle de l’entente convenue aux États-Unis et décrite dans les attendus des consentements; et si ii) l’arrangement était « conclu ou proposé » au moment de l’exécution et de l’enregistrement des consentements auprès du Tribunal.

[52] J’estime que le fait qu’une des questions soulevées par Kobo soit véritablement une question de compétence devrait habituellement peser en faveur d’une décision discrétionnaire de la Cour permettant d’entendre l’espèce. Or, je considère également que cette question pourrait être soulevée devant le Tribunal; ainsi, j’estime que ce facteur ne pèse pas en faveur d’une décision discrétionnaire menant à entendre l’espèce (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), aux paragraphes 24 et 25; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223 (*Access Copyright*), au paragraphe 70, infirmé pour d’autres motifs par 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345, aux paragraphes 10–11 et 59–60). Étant

for many years, both here and abroad, such that it could benefit from the Tribunal's recognized expertise.

[53] The fact that the other two “jurisdictional” challenges that Kobo has raised are rooted largely in factual disputes also weighs in favour of not exercising my discretion to hear the present application.

v. *The existence of adequate and effective recourse in the forum in which litigation is already taking place*

[54] As I have noted previously, the first and third of the three issues that Kobo has raised in this application have been litigated before the Tribunal in *HarperCollins*, above. However, the CAs are not being challenged in that proceeding, or in any other proceeding of which I am aware. Accordingly, this factor weighs in favour of exercising my discretion to hear the present application on its merits.

vi. *Expediiousness*

[55] In my view, this factor has no independent relevance in the present context because Kobo's inability to raise two of the three “jurisdictional” challenges that it is advancing in this application has already been considered and weighed above. There is no separate issue as to whether the relief that Kobo is seeking could be more expeditiously obtained in this forum, relative to another forum. The fact that judicial review proceedings may be more expeditious than a subsection 106(2) proceeding before the Tribunal is considered separately below.

vii. *The convenience of the alternative remedy*

[56] Kobo submits that this factor weighs in favour of exercising my jurisdiction to hear its application, because it is unlikely to succeed in raising these issues before the Tribunal, and the Commissioner has stated that he will oppose any attempt that Kobo may make to raise those issues in that forum. I agree. However,

donné que cette question a été le sujet d'un débat actif depuis de nombreuses années, tant ici qu'à l'étranger, il serait particulièrement intéressant de bénéficier de l'expertise reconnue du Tribunal sur celle-ci.

[53] Le fait que les deux autres « contestations de la compétence » soient largement fondées sur un litige factuel ne pèse également pas en faveur d'un exercice discrétionnaire permettant à la Cour d'entendre l'espèce.

v. *L'existence d'un recours adéquat et efficace devant le tribunal déjà saisi du litige*

[54] Comme je l'ai mentionné plus tôt, la première et la troisième question soulevée par Kobo dans l'espèce ont déjà été examinées par le Tribunal dans la décision *HarperCollins*, précitée. Cependant, les consentements ne sont pas attaqués dans cette procédure ou dans toute autre procédure à ma connaissance. Conséquemment, ce facteur pèse en faveur d'une décision discrétionnaire permettant d'entendre l'espèce sur le fond.

vi. *La célérité*

[55] À mon avis, ce facteur n'a aucune pertinence indépendante dans l'espèce, car l'incapacité de Kobo à soulever deux des trois « contestations de la compétence » avancées dans sa demande a déjà été examinée et pondérée plus haut. Il n'y a aucune question séparée à savoir si la réparation demandée par Kobo pourrait être traitée plus rapidement devant notre Cour, par rapport à une autre instance. Le fait qu'une procédure de contrôle judiciaire puisse être plus expéditive qu'une procédure intentée en vertu du paragraphe 106(2) devant le Tribunal est analysé séparément plus bas.

vii. *La commodité de l'autre recours*

[56] Kobo soutient que ce facteur pèse en faveur d'un exercice discrétionnaire de notre Cour permettant d'entendre sa demande. En outre, elle avance qu'il est peu probable qu'elle parvienne à soulever les trois questions devant le Tribunal, et le commissaire a déjà affirmé qu'il s'opposerait à toute tentative de Kobo en ce

given that I have already weighed in Kobo's favour its inability to raise before the Tribunal two of the three "jurisdictional" issues that it is advancing in this application, this factor does not merit any significant additional weighting in my assessment.

viii. *The economic use of judicial resources*

[57] The nature of judicial review proceedings is such that they can often be determined more expeditiously, and with fewer judicial resources, than proceedings before the Tribunal, which frequently involve two judicial members. In any event, given that judicial review proceedings in this Court are heard by a single judge, whereas a proceeding under subsection 106(2) of the Act would require a panel of three members of the Tribunal, I consider that this factor weighs in favour of hearing this application on its merits.

ix. *Cost*

[58] As noted in *Kobo 2014*, above, at paragraph 50, the "mischief" that Parliament sought to address when it established the current consent agreement framework in sections 105 and 106 of the Act included the significant cost that was associated with the former consent order process. (See quote reproduced at paragraph 41 above.) As also noted in *Kobo 2014*, above, at paragraph 42: "[i]f one or more of the Commissioner's conclusions with respect to the elements of the relevant restrictive trade practice were subject to dispute under subsection 106(2), this would open up a potentially far broader range of complex issues in the average proceeding under that provision than was ever in dispute under the former consent order process." The same would be true if those same types of issues were subject to dispute in judicial review proceedings before this Court, as Kobo now requests. Stated differently, the public and private costs associated with judicial review proceedings in this Court would be potentially very significant, including for private parties who enter into settlements with the Commissioner, by way of consent agreements.

sens devant cette instance. Je suis d'accord. Or, étant donné que j'ai déjà statué que Kobo ne pouvait pas soulever deux des trois « contestations de la compétence » dans l'espèce, ce facteur ne devrait pas peser davantage dans l'analyse.

viii. *L'utilisation économique des ressources judiciaires*

[57] La nature des procédures de contrôle judiciaire est telle qu'elles peuvent souvent être tranchées plus rapidement et avec moins de ressources judiciaires que les procédures devant le Tribunal, lesquelles nécessitent souvent la présence de deux juges. À tout événement, étant donné que les procédures de contrôle judiciaire de notre Cour sont entendues par un seul juge, contrairement aux procédures en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, lesquelles nécessitent la présence de trois membres du Tribunal, j'estime que ce facteur pèse en faveur de l'audition de la demande sur le fond.

ix. *Les coûts*

[58] Tel que mentionné précédemment dans la décision *Kobo 2014*, précitée, au paragraphe 50, le « méfait » que souhaitait contrer le Parlement lorsqu'il a établi le modèle de consentement actuel figurant aux articles 105 et 106 de la Loi tenait compte des coûts importants découlant de l'ancien processus de consentement. (Voir la citation reproduite au paragraphe 41 ci-haut.) Le Tribunal, dans la décision *Kobo 2014*, abonde dans le même sens au paragraphe 42 [TRADUCTION] : « si une ou plusieurs des conclusions du commissaire quant aux éléments des pratiques pertinentes restreignant le commerce pouvaient être contestées en vertu du paragraphe 106(2), il serait alors possible de soulever, au sein d'une procédure typique, une gamme de questions complexes beaucoup plus vaste que prévu par cette disposition, et qui n'avaient jamais été soulevées dans l'ancien processus ». Il pourrait en être de même si ces mêmes types de questions pouvaient être contestés dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire devant notre Cour, tel comme le demande Kobo dans l'espèce. En d'autres mots, les coûts publics et privés associés aux procédures judiciaires devant notre Cour pourraient être

[59] Accordingly, I consider that this factor weighs in favour of declining to hear the present application.

x. *Summary*

[60] In summary, the factors that weigh in favour of declining to hear the present application are: (i) the purposes and policy considerations underpinning the consent agreement scheme that is set forth in the Act, (ii) the expertise of the Tribunal, relative to that of the Court, (iii) the nature of the errors that the Commissioner is alleged to have made, and (iv) the public and private costs that would likely be associated with permitting third parties to seek judicial review of conclusions reached by the Commissioner with respect to either the substantive elements of reviewable trade practices, or the defences and exceptions set forth in the Act in respect of those trade practices.

[61] By comparison, the factors that weigh in favour of hearing this application on its merits are (i) the nature of the other forum which could deal with the issue, including its remedial capacity, (ii) the existence of adequate and effective recourse in the forum in which litigation is already taking place, and (iii) the economic use of judicial resources.

[62] To avoid double counting, the factors that do not merit any additional weight in the particular circumstances of this case are the convenience of the alternative remedy and expeditiousness.

[63] Balancing the various considerations discussed above, I consider that it would not be appropriate for me to exercise my discretion to hear Kobo's application on the merits. This is particularly so given that the contrary conclusion would be "deeply inconsistent with fundamental parliamentary choices" about the scope of third party rights with respect to consent agreements filed by the Commissioner with the Tribunal (*Strickland*, above, at paragraph 51; see also 797175, above, at paragraphs 35–37, and *Henderson*, above, at paragraph 26).

très importants, y compris pour les parties privées qui ont convenu d'un règlement avec le commissaire par la voie de consentement.

[59] Conséquemment, j'estime que ce facteur pèse à l'encontre de l'audition de la présente demande.

x. *Sommaire*

[60] En résumé, les facteurs qui pèsent en faveur du rejet de l'espèce sont les suivants : i) les objectifs et les considérations de principes sous-tendant le modèle des consentements, ii) l'expertise du Tribunal relativement à celle de notre Cour, iii) la nature des erreurs alléguées comme ayant été commises par le commissaire, et iv) les coûts privés et publics qui seraient probablement associés au fait de permettre à des tiers de demander le contrôle judiciaire de conclusions rendues par le commissaire quant aux éléments de fond de pratiques commerciales susceptibles de révision ou des moyens de défense et d'opposition établis dans la Loi en regard de ces pratiques commerciales.

[61] En contrepartie, les facteurs qui pèsent en faveur d'entendre la présente demande sur le fond sont i) la nature de l'autre tribunal qui pourrait statuer sur la question et sa faculté d'accorder une réparation; ii) l'existence d'un recours adéquat et efficace devant le tribunal déjà saisi du litige; et iii) l'utilisation économique des ressources judiciaires.

[62] Afin d'éviter un double calcul, les facteurs qui ne méritent aucun poids supplémentaire dans les circonstances particulières de l'espèce sont la commodité de l'autre recours et la célérité.

[63] Ayant pondéré les différentes considérations susmentionnées, j'estime qu'il ne serait pas approprié que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande de Kobo sur le fond. Cette conclusion est particulièrement à propos étant donné que le contraire serait « profondément incompatible avec les choix fondamentaux du législateur » à propos de la portée des droits des tiers en regard des consentements enregistrés par le commissaire auprès du Tribunal (*Strickland*, précité, au paragraphe 51; voir également 797175, précité,

[64] Based on the foregoing assessment, I consider that judicial review applications brought by third parties in respect of consent agreements filed with the Tribunal should only be heard in exceptional cases. Although it is always difficult to identify such cases in advance, they would include those where the grounds for review concern (i) constitutional issues, (ii) issues that are of central importance to the legal system as a whole and outside the Tribunal's specialized area of expertise (such as alleged bias or bad faith on the part of the Commissioner), (iii) true questions of jurisdiction or *vires*, or (iv) issues relating to the jurisdictional lines between the Commissioner (or the Tribunal) and another specialized tribunal. I note that these grounds are so important that they are reviewable by courts on a "correctness" standard, when decisions in respect of them are made by administrative tribunals or other decision makers (*Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 (*Edmonton East*), at paragraph 24).

[65] For the reasons I have provided, while the first of the three jurisdictional issues that have been raised by Kobo in this application may properly be characterized as a true question of jurisdiction or *vires*, I consider that this issue would be best dealt with by the Tribunal (*Alberta Teachers*, above; *Access Copyright*, above).

[66] Turning to the other two issues that Kobo has raised, while Kobo characterizes them as "jurisdiction", they are largely factual in nature. Given the clear choice that Parliament made to place strict limits on the ability of third parties to challenge consent agreements in subsection 106(2) of the Act, I consider that the Court should not exercise its discretion to review the Commissioner's determinations in respect of such issues. Indeed, absent exceptional circumstances, the same logic would apply in respect of questions of mixed fact and law.

aux paragraphes 35–37, et *Henderson*, précité, au paragraphe 26).

[64] Étant donné l'analyse qui précède, j'estime que les demandes de contrôle judiciaire de consentement enregistré auprès du Tribunal et déposées par des tiers devraient seulement être entendues dans des cas exceptionnels. Bien qu'il est toujours difficile d'identifier de tels dossiers à l'avance, ils comprendraient les dossiers fondés sur i) des questions constitutionnelles ii) des questions d'importance centrale au système judiciaire dans son ensemble et outrepassant la compétence spécialisée du Tribunal (comme les allégations de partialité ou de mauvaise foi de la part du commissaire), iii) les véritables questions de compétence, ou iv) les questions portant sur les limites de la compétence du commissaire (ou du Tribunal) et un autre tribunal spécialisé. Je remarque que ces motifs sont si importants qu'ils s'évaluent selon la norme de la décision correcte lorsque les décisions afférentes sont rendues par un tribunal administratif ou d'autres décideurs (*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 (*Edmonton East*), au paragraphe 24).

[65] Pour les motifs susmentionnés, bien que la première question des trois questions de compétence soulevées par Kobo dans cette demande puisse véritablement se qualifier comme ainsi, j'estime qu'il serait plus approprié de la présenter au Tribunal (*Alberta Teachers*, précité; *Access Copyright*, précité).

[66] En outre, les deux autres questions soulevées par Kobo, quoique qualifiées de « contestations de la compétence », sont plutôt de nature factuelle. Étant donné le choix clair du Parlement visant à imposer des limites rigoureuses à la capacité des tiers à contester les consentements en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi, j'estime que notre Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire et contrôler les conclusions du commissaire quant à de telles questions. En effet, exception faite de circonstances exceptionnelles, la même logique s'appliquerait aux questions mixtes de fait et de droit.

[67] Nevertheless, in the event that I may be found to have erred in concluding that it would be inappropriate to exercise my discretion to hear Kobo's application on its merits, I will proceed to consider those merits below, rather than exposing the Commissioner and the respondent Publishers to the possibility of having to deal with these issues at an uncertain point in the future. Given that I have now heard that application, and I am very familiar with the specific issues that Kobo has raised, I consider that dealing with those issues below would also be in the interests of judicial economy. I am also mindful that the Commissioner and the respondent Publishers have been attempting to resolve these matters since the Initial CA was filed in early 2014, and that Kobo has so far succeeded in forestalling those efforts, which have been designed to provide the Canadian public with more competitive prices for e-books.

VII. Issues

[68] The remaining issues raised by Kobo in this application are as follows:

- i. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S. and that was previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers?
- ii. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement", within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed?
- iii. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement" that was not "existing or proposed" at the time the CAs were executed?

[69] In its notice of application and written submissions, Kobo also appeared to raise a fourth issue, when it alleged that the Commissioner had erroneously concluded that the CAs would remedy the competition concerns identified by the Commissioner. However, during the hearing of this application, Kobo confirmed that it

[67] Néanmoins, advenant qu'on détermine que j'ai commis une erreur en concluant ainsi, j'analyserai le fond de la demande de Kobo, plutôt que de la soumettre, ainsi que le commissaire et les éditeurs défendeurs, à la possibilité d'avoir à les traiter éventuellement à l'avenir. Par ailleurs, ayant entendu la demande et étant très bien informé des questions précises avancées par Kobo, j'estime qu'il est judicieux que je les aborde dans un intérêt d'économie des ressources judiciaires. Je suis également conscient du fait que le commissaire et les éditeurs défendeurs essaient de régler ces dossiers depuis le consentement initial enregistré en début 2014 et que Kobo a depuis réussi à les empêcher, alors qu'ils visaient à faire bénéficier les Canadiens de prix plus concurrentiels sur les livres numériques.

VII. Questions en litige

[68] Les questions soulevées par Kobo et restantes à trancher dans l'espèce sont les suivantes :

- i. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un complot formé aux États-Unis, et non au Canada, et qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust?
- ii. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l'article 90.1 de la Loi, n'a jamais existé?
- iii. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à un arrangement qui n'était pas « conclu ou proposé » au moment de la conclusion de ceux-ci?

[69] Dans son avis de demande et ses observations écrites, Kobo semble également soulever une quatrième question en alléguant que le commissaire a commis une erreur en concluant que les consentements pouvaient remédier à ses préoccupations quant à la concurrence. Cependant, durant l'audition de la demande, Kobo a

was not advancing this allegation as a further ground for seeking judicial review.

VIII. Standard of Review

[70] As I have discussed, notwithstanding Kobo's characterization of the three issues that it has raised in this application as being issues of "jurisdiction", I consider that only the first of those issues truly is so.

[71] The Commissioner characterizes that first issue as a question of statutory interpretation, which attracts a reasonableness standard of review (*Alberta Teachers*, above, at paragraphs 34 and 39; *Edmonton East*, above, at paragraphs 22 and 26).

[72] However, the issue of whether an enforcement authority or an adjudicative body in Canada is able to deal here with conduct that occurs outside this country has long been considered to be a question of jurisdiction (namely, "subject matter" or "substantive" jurisdiction).

[73] As the Supreme Court of Canada noted in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), at paragraph 57: "Broadly speaking, jurisdiction refers to a state's power to exercise authority over individuals, conduct and events, and to discharge public functions that affect them" (emphasis added). At paragraph 59 of its decision, the Court observed that "[t]he primary basis for jurisdiction is territoriality" (quoting *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178 (*Libman*), at page 183 (emphasis added)).

[74] In *Libman*, above, La Forest J. reviewed the historical approach of Canadian courts to criminal matters and concluded that "as time went on the courts began to interpret their territorial jurisdiction more liberally", including "when the impact of a crime was felt in Canada" (at page 206 (emphasis added)). Later in his decision, he observed that "Canadian courts (like those in England and other countries for that matter) frequently took jurisdiction over transnational offences that occurred partly in Canada where they felt this country had a legitimate interest in doing so" (at

confirmé qu'elle ne soulevait pas cette allégation en qualité de motif supplémentaire pour demander un contrôle judiciaire.

VIII. Norme de contrôle

[70] Comme je l'ai mentionné, nonobstant la caractérisation de Kobo des trois questions soulevées comme portant sur la « compétence », j'estime que seule la première répond à cette définition.

[71] Le commissaire a qualifié la première de question d'interprétation des lois, laquelle s'apprécie en regard de la norme de la décision raisonnable (*Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 34 et 39; *Edmonton East*, précité, aux paragraphes 22 et 26).

[72] Toutefois, la question de savoir si une autorité chargée d'exécuter la loi ou un organisme d'arbitrage est à même de traiter une conduite qui s'est déroulée dans un pays a depuis longtemps été considérée comme une question de compétence (nommément « d'objet » ou de compétence « fondamentale »).

[73] Comme l'a remarqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), au paragraphe 57 : « [d]e façon générale, la compétence renvoie au pouvoir de l'État d'exercer son autorité et ses attributions publiques à l'égard de personnes, d'actes et d'événements » (je souligne). Au paragraphe 59 de sa décision, la Cour a remarqué que « [l]a première assise de sa compétence est la territorialité » (citant *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178 (*Libman*), à la page 183 (je souligne)).

[74] Dans l'arrêt *Libman*, précité, le juge La Forest a passé en revue la démarche historique du Canada en matière pénale et a conclu « à mesure que le temps passait, les tribunaux ont commencé à interpréter leur compétence territoriale de façon plus libérale », y compris « lorsque les conséquences d'un crime étaient ressenties au Canada » (à la page 206 (je souligne)). Plus tard dans cette décision, il a remarqué que « les tribunaux canadiens (tout comme ceux d'Angleterre et d'autres pays à ce sujet) ont fréquemment assumé compétence relativement à des infractions comportant un élément

page 209 (emphasis added)). Ultimately, he concluded that “all that is necessary to make an offence subject to the jurisdiction of our courts is that a significant portion of the activities constituting that offence took place in Canada it is sufficient that there be a ‘real and substantial link’ between an offence and this country” (at pages 212–213 (emphasis added)).

[75] Likewise, in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (SOCAN), at paragraph 63, the Supreme Court observed: “Generally speaking, this Court has recognized, as a sufficient ‘connection’ for taking jurisdiction, situations where Canada is the country of transmission . . . or the country of reception” (citations omitted, emphasis added [italics in original]).

[76] Similarly, in *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP v. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 SCC 30, [2016] 1 S.C.R. 851 (*Lapointe*), at paragraph 25, the Supreme Court observed: “Before a court can assume jurisdiction over a claim, a ‘real and substantial connection’ must be shown between the circumstances giving rise to the claim and the jurisdiction where the claim is brought” (citations omitted, emphasis added). A similar observation was made by the Court in *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545 (*Sun-Rype*), at paragraph 45 (see also, *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467, at paragraph 52.)

[77] I recognize that the Supreme Court of Canada has repeatedly observed that true questions of jurisdiction or *vires* are rare (*Edmonton East*, above, at paragraph 26; *Alberta Teachers*, above, at paragraphs 33–34). However, I consider this to be one of those rare situations. Indeed, if the ability of an agent of the state such as the Commissioner to address conduct occurring outside Canada’s borders that is considered to have effects within those borders is not an issue of true jurisdiction, it is difficult to conceive of what would constitute such an issue. As counsel to the Commissioner observed, in

d’extranéité, commises en partie au Canada, lorsqu’ils ont estimé que le pays avait un intérêt légitime à le faire » (à la page 209 (je souligne)). Finalement, il a conclu « il suffit, pour soumettre une infraction à la compétence de nos tribunaux, qu’une partie importante des activités qui la constituent se soit déroulée au Canada » et « qu’il y ait un “lien réel et important” entre l’infraction et notre pays » (aux pages 212 et 213 (je souligne)).

[75] De façon similaire, dans l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (SOCAN), au paragraphe 63, la Cour suprême a statué : « [n]otre Cour a généralement reconnu l’existence d’un “lien” justifiant l’exercice de la compétence lorsque le Canada était le pays de transmission [...] ou de réception » (citations omises, je souligne [italiques dans l’original]).

[76] Puis, dans l’arrêt *Lapointe Rosenstein Marchand Melançon LLP c. Cassels Brock & Blackwell LLP*, 2016 CSC 30, [2016] 1 R.C.S. 851 (*Lapointe*), au paragraphe 25, la Cour suprême a soutenu : « [a]vant qu’une cour puisse se déclarer compétente à l’égard d’une demande, il faut lui démontrer l’existence d’un “lien réel et substantiel” entre les circonstances à l’origine de la demande et le ressort où la demande est présentée » (citations omises, je souligne). La Cour a fait une remarque semblable dans l’arrêt *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545 (*Sun-Rype*), au paragraphe 45 (voir également *Airia Brands Inc. v. Air Canada*, 2017 ONCA 792, 417 D.L.R. (4th) 467, au paragraphe 52).

[77] Je reconnais que la Cour suprême a statué que les véritables questions de compétence sont rares (*Edmonton East*, précité, au paragraphe 26; *Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 33 et 34). Cependant, j’estime que l’espèce constitue l’une de ces rares occasions. En outre, si la capacité d’un agent de l’État tel que le commissaire à agir en regard d’une conduite survenue à l’extérieur du Canada ayant des effets à l’intérieur de ses frontières n’emporte pas une véritable question de compétence, il m’est difficile de concevoir ce qui pourrait l’être. Comme l’a mentionné l’avocat du

making a different point, this issue concerns “the fundamental jurisdiction or reach of the *Competition Act*”.

[78] As a true question of jurisdiction or *vires*, the issue of the territorial reach of section 90.1 is subject to review on a standard of correctness (*Alberta Teachers*, above, at paragraph 30; *Edmonton East*, above, at paragraph 24).

[79] Turning to the second and third issues that Kobo has raised in this application, as I have discussed, although they have been characterized as being “jurisdictional”, they are at their root largely factual in nature. They are not true questions of jurisdiction or *vires*. Kobo does not take issue with the Commissioner’s interpretation of the word “arrangement” or with the words “existing or proposed” in section 90.1 of the Act. Rather, Kobo takes issue with the Commissioner’s factual conclusions and his alleged failure to consider certain information that it had provided to the Competition Bureau, in reaching those conclusions.

[80] As issues that are largely questions of fact, the second and third issues that have been raised by Kobo are reviewable on a standard of reasonableness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 53–54). This is so even if those issues may also be said to involve an element of statutory interpretation (*Alberta Teachers*, above, at paragraphs 33–34 and 39; *Edmonton East*, above, at paragraphs 22–26), and even if it is alleged that an administrative decision maker erred by reaching its decision without regard to the material before it (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 45–46).

IX. Assessment

- A. *Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy a conspiracy that was entered into in the U.S. and that was previously resolved by U.S. courts and antitrust enforcers?*

commissaire, à propos d’un autre point, la question porte sur [TRADUCTION] « la compétence fondamentale ou la portée de la *Loi sur la concurrence* ».

[78] En tant que véritable question de compétence, la définition de la portée territoriale de l’article 90.1 s’apprécie selon la norme de la décision correcte (*Alberta Teachers*, précité, au paragraphe 30; *Edmonton East*, précité, au paragraphe 24).

[79] Par contre, les deuxième et troisième questions soulevées par Kobo sont majoritairement de nature factuelle, en dépit d’être qualifiée comme étant relative à la « compétence ». Il ne s’agit pas de véritables questions de compétence. Kobo ne s’oppose pas à l’interprétation des mots « arrangement » ou « conclu ou proposé » énoncés dans l’article 90.1 de la Loi par le commissaire. Kobo conteste plutôt les conclusions factuelles du commissaire ainsi que son omission alléguée de tenir compte de certains renseignements qu’elle avait fournis au Bureau de la concurrence dans ses conclusions.

[80] Étant majoritairement des questions de fait, les deuxième et troisième questions soulevées par Kobo s’apprécient selon la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 53 et 54). Cette conclusion s’applique même aux questions dites d’interprétation des lois (*Alberta Teachers*, précité, aux paragraphes 33–34 et 39; *Edmonton East*, précité, aux paragraphes 22 à 26), et même s’il est allégué que le décideur administratif a commis une erreur en rendant sa décision sans tenir compte des éléments dont il disposait (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 45 et 46).

IX. Discussion

- A. *Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un complot survenu aux États-Unis, et non au Canada, et qui a depuis été réglé par les tribunaux américains et les autorités antitrust?*

(1) The parties' submissions

[81] Kobo submits that the Commissioner acted outside his jurisdiction by entering into the CAs to remedy an arrangement that the CAs state was entered into in the U.S. and that he acknowledges was entered into there.

[82] Kobo maintains that the Commissioner's jurisdiction is limited to what has been set forth in the Act, and that the words of section 90.1 do not provide him with any jurisdiction in respect of agreements or arrangements that are entered into outside Canada.

[83] Kobo further asserts that the presumption against the extraterritorial application of federal legislation such as the Act may only be rebutted by express wording or necessary implication, both of which are absent and cannot be inferred (*SOCAN*, above, at paragraph 54). In this regard, Kobo submits that the language employed in sections 46 and 83 of the Act indicates that when Parliament intends a provision to apply extraterritorially, it uses express language. In Kobo's view, the absence of similar express language from section 90.1 implies that Parliament did not intend that provision to be applied to arrangements entered into outside Canada.

[84] Kobo also states that the "real and substantial connection" test has no application in the present context, because it only applies when it is unclear whether Parliament intended a statute to apply extraterritorially or when it is unclear whether the facts fall within the territorial ambit of a statute. Kobo maintains that neither of these pre-conditions apply, because it is clear that Parliament did not intend section 90.1 to apply extraterritorially, and that the Commissioner has acknowledged that the impugned Arrangement was entered into outside Canada.

[85] Finally, Kobo maintains that records of legislative debates indicate that Parliament was aware, well before it enacted section 90.1, that the "civil" provisions of the Act did not provide extraterritorial jurisdiction.

1) Les observations des parties

[81] Kobo soutient que le commissaire a outrepassé sa compétence en signant des consentements visant à remédier à un accord conclu aux États-Unis, conformément à ceux-ci et de l'admission de celui-ci.

[82] Kobo avance que la compétence du commissaire est limitée aux paramètres de la Loi et que le libellé de l'article 90.1 ne lui confère pas la compétence en regard d'accords ou d'arrangements convenus à l'extérieur du Canada.

[83] Kobo avance de plus que la présomption à l'encontre de l'application extraterritoriale des lois fédérales, telles que la Loi, peut également être renversée par un libellé exprès ou l'implication nécessaire; or, ces deux éléments sont absents et ne peuvent pas être déduits (*SOCAN*, précité, au paragraphe 54). À cet égard, Kobo estime que le libellé des articles 46 et 83 de la Loi démontre que le Parlement utilise un libellé exprès lorsqu'il vise à ce qu'une disposition soit applicable de façon extraterritoriale. De l'avis de Kobo, l'absence de libellé exprès de l'article 90.1 signifie que le Parlement n'entrevoit pas que cette disposition s'applique aux accords conclus à l'extérieur du Canada.

[84] Kobo affirme également que le critère du « lien réel et substantiel » ne s'applique pas dans ce contexte, car il vise uniquement les circonstances où le Parlement n'a pas manifesté une intention claire de donner une portée extraterritoriale à une loi ou lorsqu'il n'est pas clair que les faits se situent à l'intérieur du champ d'application territorial d'une loi. Kobo soutient que ni l'une ni l'autre de ces conditions préalables ne s'appliquent, car l'intention du Parlement est manifeste en regard de la portée territoriale de l'article 90.1 et le commissaire a reconnu que l'arrangement attaqué avait été conclu à l'extérieur du Canada.

[85] Finalement, Kobo maintient que le dossier des débats législatif indique que le Parlement était conscient, avant d'édicter l'article 90.1, que les dispositions dites « civiles » de la Loi n'emportaient pas de compétence extraterritoriale.

[86] I will pause to address this latter point now, as it can be dispensed with relatively quickly. In brief, the records to which Kobo refers are not particularly helpful in the present context. This is because they concern international enforcement cooperation and the difficulties that can arise in relation to obtaining evidence abroad when instruments such as a mutual legal assistance treaty do not extend to civil matters. Those records make no mention of section 90.1 or any other particular provision of the Act. (In fact, they pre-date its addition to the Act by several years.) Accordingly, I will not further address this particular submission.

[87] In response, the Commissioner submits that interpreting section 90.1 in the manner suggested by Kobo would not be consistent with the scheme of the Act and would lead to an absurdity or an outcome that is at odds with the Act. In such circumstances, the Commissioner maintains that the implied exclusion rule of statutory interpretation that Kobo appeared to be relying on when making inferences based on the wording in sections 46 and 83 of the Act has no application.

[88] In addition, the Commissioner states that the fact that the impugned arrangement was formed in the U.S. does not, by itself, imply that the Commissioner applied section 90.1 in an extraterritorial manner. The Commissioner submits that while the arrangement was formed beyond Canadian borders, it specifically contemplated, was implemented, and had an impact on competition in Canada. The Commissioner notes that the Act has regularly been applied in these and similar circumstances in the past.

[89] Moreover, the Commissioner asserts that even if the application of section 90.1 may be said to have been extraterritorial in the present circumstances, the presumption against the extraterritorial application of the Act is rebutted by necessary implication. That necessary implication can be found in the practical reality that commercial dealings and antitrust markets do not respect national boundaries. In addition, the Commissioner submits that, insofar as the territorial issue is concerned,

[86] Je m'arrêterai un instant pour aborder ce dernier point maintenant, car il peut être tranché plutôt rapidement. En résumé, les dossiers auxquels fait référence Kobo ne sont pas particulièrement utiles dans le contexte de l'espèce. En outre, ils portent sur des préoccupations liées à la coopération internationale quant à leur exécution et aux difficultés qui peuvent survenir dans l'obtention d'éléments de preuve à l'étranger dans le contexte où les traités d'entraide juridique ne portent pas sur les matières civiles. Ces dossiers ne font aucunement mention de l'article 90.1 ou de toute autre disposition de la Loi. (Au surplus, ils sont antérieurs à l'ajout de la disposition à la Loi de plusieurs années.) Conséquemment, je n'aborderai pas davantage cet élément en particulier.

[87] En réponse, le commissaire soutient que l'interprétation de l'article 90.1 suggérée par Kobo ne serait pas conforme à l'esprit de la Loi et aurait un résultat absurde ou à l'antithèse de la celle-ci. Ainsi, le commissaire maintient que la règle d'exclusion implicite d'interprétation des lois, sur laquelle semble s'appuyer Kobo lorsqu'elle tire des déductions du libellé des articles 46 et 83 de la Loi, n'a aucune application.

[88] De plus, le commissaire affirme que le fait que l'arrangement attaqué eut été conclu aux États-Unis n'équivaut pas, en soi, à une application extraterritoriale de l'article 90.1. En outre, il soutient que bien que l'arrangement fut formulé à l'étranger, il visait précisément, et a été mis en œuvre comme tel, à avoir des répercussions sur la concurrence au Canada. Le commissaire remarque que la Loi a régulièrement été appliquée de cette façon dans des circonstances semblables par le passé.

[89] De plus, le commissaire soutient que même si l'article 90.1 avait été appliqué de façon extraterritoriale dans les circonstances en l'espèce, la présomption à l'encontre de cette application est renversée par implication nécessaire. L'implication nécessaire se retrouve dans la réalité pratique des échanges commerciaux et des marchés antitrust qui ne respectent pas les frontières nationales. De plus, le commissaire soutient que, dans la mesure où la question territoriale est visée, l'article 90.1

section 90.1 is no different from the merger and other provisions of the Act that have long been applied to economic actors and conduct which has its origins beyond Canada's borders, but which contemplates, has been implemented, and has had an impact on Canada.

(2) Analysis

(a) *Framework*

[90] The issue that Kobo has raised regarding the Commissioner's jurisdiction over arrangements formed outside Canada is essentially the same as the issue that was raised in *HarperCollins*, above, with respect to the Tribunal's jurisdiction over such arrangements. Given that the Commissioner's jurisdiction under section 90.1 is co-extensive with the Tribunal's jurisdiction in relation to agreements and arrangements contemplated by that provision, I consider that Justice Gascon's thorough analysis in that case provides a helpful point of departure for the present purposes. This is so notwithstanding that the focus of Justice Gascon's analysis was not upon the correct interpretation of section 90.1. Rather, it was upon whether it was plain and obvious that section 90.1 does not provide the Tribunal with any jurisdiction in respect of foreign arrangements or agreements.

[91] At the outset of his analysis of this issue, Justice Gascon noted that it is important to distinguish between the territorial and the extraterritorial subject-matter jurisdiction that may be conferred by a statute (*HarperCollins*, above, at paragraphs 68–70).

[92] Unless implicitly or explicitly provided otherwise in a statute, territorial jurisdiction is presumed to exist in respect of “persons, property, juridical acts and events within the territorial boundaries of” the relevant legislative body's jurisdiction (Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2013) (Côté), at page 212).

[93] For example, pursuant to the objective territorial principle, a state may claim jurisdiction over conduct

ne se distingue pas des fusionnements et des autres dispositions de la Loi qui ont été appliquées, depuis longtemps, à des acteurs et à des conduites économiques dont les origines se situent à l'extérieur des frontières canadiennes, mais qui visent, et ont été mises en œuvre, de façon à avoir des répercussions au Canada.

2) Discussion

a) *Cadre analytique*

[90] La question soulevée par Kobo quant à la compétence du commissaire en regard des arrangements convenus à l'extérieur du Canada est essentiellement la même que celle soulevée dans la décision *HarperCollins*, précitée, quant à la compétence du Tribunal par rapport à de tels arrangements. Puisque la compétence du commissaire en vertu de l'article 90.1 découle de la compétence du Tribunal quant aux accords et aux arrangements entrevus par cette disposition, j'estime que l'analyse rigoureuse du juge Gascon dans cet affaire constitue un point de départ utile dans l'espèce. Ceci, malgré le fait que l'interprétation correcte de l'article 90.1 ne fût pas le point central de l'analyse du juge Gascon. En outre, il s'est plutôt penché sur la question à savoir s'il était évident et manifeste que l'article 90.1 n'accordait aucune compétence au Tribunal en regard des accords ou des arrangements conclus à l'étranger.

[91] Dès le début de son analyse, le juge Gascon a souligné l'importance de distinguer les concepts de la portée territoriale et extraterritoriale qui peuvent être prévus par une loi (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 68 à 70).

[92] Sauf mention implicite ou explicite dans une loi, la compétence territoriale est présumée à l'égard [TRANSLATION] « des personnes, des biens, des actes et des événements juridiques survenant à l'intérieur des frontières territoriales » de la juridiction de l'organisme législatif pertinent (Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2013) (Côté), à la page 212).

[93] Par exemple, en vertu du principe objectif de la territorialité, un État peut invoquer sa compétence à

that commences or occurs outside its borders in two general types of situations. The first is where the conduct is completed within those borders. The second is where a constituent element of a statutory provision directed towards the conduct takes place within those borders. In each of those situations, the state may legitimately claim territorial jurisdiction because of the existence of a “sufficiently strong link” connecting the conduct in question to the state (*Hape*, above, at paragraph 59).

[94] Notwithstanding the foregoing, a federal statute may implicitly or explicitly indicate that its territorial reach is narrower than, or extends beyond, the national borders. Where a statute is ambiguous in this regard, the courts have applied what is known as the “real and substantial connection” test (*Libman*, above, at pages 212–213; *SOCAN*, above, at paragraphs 58–60; *A.T. v. Globe24h.com*, 2017 FC 114, [2017] 4 F.C.R. 310 (*Globe24h*), at paragraph 50). Generally speaking, it is only where no such connection exists that a statute may be said to have extraterritorial effect:

... In summary then, and at the risk of oversimplifying, a statute of a given State will be said to have an extraterritorial effect if it governs persons, property, juridical acts or facts which do not have a ‘real and important link’ with that State.

(Côté, above, at page 216.)

[95] The “real and substantial connection” test was developed in *Libman*, above, at page 213, after the Supreme Court observed that “[t]his country has a legitimate interest in prosecuting persons for activities that take place abroad but have an unlawful consequence here” (at page 209).

[96] This followed the Supreme Court’s recognition in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, at page 409, that a state also has an “important interest ... in injuries suffered by persons within its territory.” In the intervening years, it has been increasingly recognized that courts in Canada may have jurisdiction over tort actions brought by persons alleging that they have suffered harm in this country as a result of foreign anticompetitive agreements amongst defendants

l’égard d’une conduite qui débute ou qui se produit à l’intérieur de ses frontières dans deux situations générales. La première est lorsque la conduite est complétée à l’intérieur de ces frontières. La seconde est lorsqu’un élément constitutif d’une disposition législative à l’égard de la conduite se déroule à l’intérieur de ces frontières. Dans chacune de ces situations, l’État est en droit d’invoquer sa compétence territoriale, car celles-ci « rattach[ent] ainsi suffisamment » la conduite en question à son territoire (*Hape*, précité, au paragraphe 59).

[94] Malgré ces remarques, le libellé d’une loi fédérale peut réduire sa portée territoriale ou l’élargir outre-frontière implicitement ou explicitement. Lorsqu’une loi est ambiguë, les cours ont appliqué le critère dit du « lien réel et substantiel » (*Libman*, précité, aux pages 212 et 213; *SOCAN*, précité, aux paragraphes 58 à 60; *A.T. c. Globe24h.com*, 2017 CF 114, [2017] 4 R.C.F. 310 (*Globe24h*), au paragraphe 50). De façon générale, c’est uniquement en l’absence d’un tel lien qu’une loi peut être dite de portée extraterritoriale :

[TRADUCTION] [...] En somme, et au risque de trop simplifier la chose, une loi d’un État donné aura une portée dite extraterritoriale si elle régit des personnes, des biens, des actes ou des faits juridiques qui n’ont pas de « lien réel et substantiel » avec cet État.

(Côté, précité, à la page 216.)

[95] Le critère du « lien réel et substantiel » a été élaboré dans l’arrêt *Libman*, précité, à la page 213, après que la Cour suprême eut observé que « [n]otre pays a un intérêt légitime à poursuivre des personnes pour des activités qui se sont déroulées à l’étranger, mais qui ont des conséquences illégales ici » (à la page 209).

[96] Cette conclusion s’inscrivait dans la foulée de la reconnaissance par la Cour suprême dans l’arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, à la page 409, du « grand intérêt qu’un État porte aux blessures subies par ceux qui se trouvent sur son territoire ». Au cours des années qui se sont écoulées dans l’intervalle, il est devenu de plus en plus établi que les cours au Canada pourraient avoir la compétence d’entendre des actions en responsabilité délictuelle déposée

who have then sold their products in Canada, either directly or through their subsidiaries (*Sun-Rype*, above, at paragraph 46; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168 (*Fairhurst*), at paragraphs 32 and 43–45; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, [2002] O.J. No. 298 (QL) (Sup. Ct.) (*VitaPharm*), at paragraphs 58–62 and 96–97; *Bouchard v. Mitsubishi Motor Sales of Canada Inc.*, 2010 FC 56 (*Bouchard*), at paragraphs 69–70). Whether such jurisdiction exists will depend on the particular framework that has been developed in tort law for recognizing the existence of a “real and substantial connection” between the litigation and the forum (*Club Resorts Ltd. v. Van Breda*, 2012 SCC 17, [2012] 1 S.C.R. 572 (*Van Breda*), at paragraphs 80–90).

[97] When it is determined that a statute implicitly or explicitly confers territorial jurisdiction upon a court, tribunal or regulatory authority, or where such jurisdiction is found to exist as a result of the application of the “real and substantial connection” test, it is not necessary to consider the presumption against extraterritorial effect. Stated differently, where an application of the real and substantial connection test establishes that a statute applies to persons or conduct outside Canada, there is no violation of the presumption against extraterritoriality (*R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1 (*Stucky*), at paragraphs 27 and 32). This is because jurisdiction exists as a result of a real and substantial connection with the territory of Canada.

[98] Based on the foregoing, and contrary to what is contended by Kobo, there are three principal steps to be followed in determining whether section 90.1 of the Act confers jurisdiction in respect of agreements and arrangements that are made outside Canada:

- i. Assess whether section 90.1 explicitly or implicitly provides the Commissioner with jurisdiction in respect of arrangements entered into outside Canada.

par des personnes alléguant ayant subi un préjudice dans ce pays suite à la conclusion d’accords anticoncurrentiels à l’étranger entre des défendeurs vendant leurs produits au Canada, directement ou par l’entremise de filiales (*Sun-Rype*, précité, au paragraphe 46; *Fairhurst v. De Beers Canada Inc.*, 2012 BCCA 257, 351 D.L.R. (4th) 168 (*Fairhurst*), aux paragraphes 32 et 43 à 45; *VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.*, 2002 CarswellOnt 235, [2002] O.J. n° 298 (QL) (C. sup.) (*VitaPharm*), aux paragraphes 58 à 62 et 96, 97; *Bouchard c. Ventes de véhicules Mitsubishi du Canada Inc.*, 2010 CF 56 (*Bouchard*), aux paragraphes 69 et 70). La question de savoir si une telle compétence existe dépendra du cadre particulier élaboré en responsabilité délictuelle permettant de reconnaître le « lien réel et substantiel » entre le litige et l’instance (*Club Resorts Ltd. c. Van Breda*, 2012 CSC 17, [2012] 1 R.C.S. 572 (*Van Breda*), aux paragraphes 80 à 90).

[97] Il n’est pas nécessaire d’analyser la présomption à l’encontre d’un effet extraterritorial lorsqu’il est établi qu’une loi confère implicitement ou explicitement une compétence territoriale à une cour, à un tribunal ou à un organisme de réglementation, ou lorsque cette compétence est établie à la suite d’une analyse du « lien réel et substantiel ». En d’autres mots, lorsqu’à l’issue d’une analyse du critère du lien réel et substantiel, il est établi qu’une loi s’applique aux personnes ou à une conduite à l’extérieur du Canada, il n’y a aucune violation à la présomption à l’encontre de l’extraterritorialité (*R. v. Stucky*, 2009 ONCA 151, 303 D.L.R. (4th) 1 (*Stucky*), aux paragraphes 27 et 32). Le cas échéant, c’est que la compétence découle de l’existence d’un lien réel et substantiel avec le territoire canadien.

[98] À la lumière de ce qui précède, et contrairement à ce que soutient Kobo, il est nécessaire de suivre trois étapes principes pour déterminer si l’article 90.1 de la Loi prévoit une compétence à l’égard des accords et des arrangements conclus à l’extérieur du Canada :

- i. Déterminer si l’article 90.1 prévoit explicitement ou implicitement que le commissaire ait compétence par rapport aux arrangements conclus à l’extérieur du Canada.

- | | |
|--|---|
| <p>ii. If not, assess whether there is a “real and substantial connection” between the impugned agreement and Canada.</p> <p>iii. If not, assess whether the presumption against the extraterritorial application of section 90.1 can be rebutted.</p> <p>(b) <i>Does section 90.1 explicitly or implicitly provide the Commissioner with jurisdiction in respect of arrangements entered into outside Canada?</i></p> | <p>ii. Dans le cas contraire, déterminer s’il existe un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement attaqué et le Canada.</p> <p>iii. Dans le cas contraire, déterminer s’il est possible de renverser la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale de l’article 90.1.</p> <p>(b) <i>L’article 90.1 prévoit-il explicitement ou implicitement que le commissaire ait compétence par rapport aux arrangements conclus à l’extérieur du Canada?</i></p> |
|--|---|

[99] The wording of section 90.1 simply refers to “an agreement or arrangement—whether existing or proposed—between persons two or more of whom are competitors”. In contrast to certain other provisions of the Act (e.g., sections 1.1, 9, 45(5), 46(1), 76(1), 82 and 83(1)), there is no reference to “Canada”. Likewise, there is no mention of the section not applying in respect of persons or certain things done outside Canada, as there is in subsection 48(2). Accordingly, it is readily apparent that section 90.1 does not explicitly provide the Commissioner with jurisdiction in respect of an arrangement entered into outside Canada.

[99] Le libellé de l’article 90.1 fait simplement référence à « un accord ou un arrangement — conclu ou proposé — entre des personnes dont au moins deux sont des concurrents ». Contrairement à certaines dispositions de la Loi (p. ex. les articles 1.1, 9, 45(5), 46(1), 76(1), 82 et 83(1)), il n’y a aucune mention au « Canada ». Il n’y a également aucune mention voulant que cet article ne s’applique pas à l’égard de certaines personnes ou conduites commises à l’extérieur du Canada, comme c’est le cas du paragraphe 48(2). Conséquemment, à première vue, il est manifeste que l’article 90.1 ne prévoit pas explicitement que le commissaire ait compétence sur les arrangements conclus à l’extérieur du Canada.

[100] Therefore, it is necessary to consider whether section 90.1 implicitly contemplates agreements or arrangements entered into outside Canada.

[100] Par conséquent, il est nécessaire de chercher à savoir si l’article 90.1 porte implicitement sur les accords ou les arrangements conclus à l’extérieur du Canada.

[101] Unfortunately, it appears that there are no potentially helpful Parliamentary debates that shed light on this issue (*HarperCollins*, above, at paragraphs 115 and 117).

[101] Malheureusement, il ne semble y avoir aucun débat parlementaire potentiellement utile pour éclairer la Cour sur cette question (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 115 et 117).

(i) The purposes of the Act

i) L’objet de la Loi

[102] Section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 (the *Interpretation Act*) states: “Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.”

[102] L’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 prévoit : « [t]out texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

[103] The objects, or purposes, of the *Competition Act* are set forth in section 1.1, which states:

Purpose of Act

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

[104] In my view, interpreting the words “agreement or arrangement” in section 90.1 in a large and liberal manner, so as to contemplate any agreements or arrangements that undermine the purposes of the Act (whether entered into inside or outside Canada), would best ensure the attainment of those purposes.

[105] The purposes set forth in section 1.1 are also of assistance in applying the modern principle of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289 (*Tran*), at paragraph 23; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (*Rizzo*), at paragraph 21).

[106] More specifically, interpreting the words “agreement or arrangement” in the manner that I have described above would yield a result that is more harmonious with the scheme of the Act contemplated by section 1.1, than interpreting them to exclude agreements or arrangements entered into outside Canada. This is because the former interpretation would permit the Commissioner to seek remedies under section 90.1 in respect of foreign anticompetitive agreements and arrangements that undermine one or more of the objectives set forth in section 1.1, whereas the latter interpretation would preclude the Commissioner from doing so. To the extent that this latter interpretation would expose Canadian businesses and consumers to paying higher

[103] L’objet, ou l’intention, de la *Loi sur la concurrence* sont énoncés à l’article 1.1 :

Objet

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne, d’améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d’assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie canadienne, de même que dans le but d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

[104] À mon avis, l’interprétation des mots « accord ou arrangement » de l’article 90.1 doit se faire d’une façon large et libérale pour inclure tout accord ou arrangement allant à l’encontre de l’objet de la Loi (qu’il soit conclu au Canada ou à l’étranger). Une telle interprétation permettrait le mieux d’atteindre l’objet de la Loi.

[105] L’objet énoncé à l’article 1.1 est également utile dans l’application du principe moderne d’interprétation législative voulant qu’il « faille 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, son objet et l’intention du législateur » (*Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289 (*Tran*), au paragraphe 23; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo*), au paragraphe 21).

[106] Plus particulièrement, l’interprétation des mots « accord ou arrangement » de la façon décrite précédemment donnerait un résultat plus conforme à l’esprit de la Loi tel qu’énoncé à l’article 1.1, plutôt que de les interpréter comme voulant exclure les accords ou les arrangements conclus à l’extérieur du Canada. En outre, la première interprétation permettrait au commissaire de remédier, en vertu de l’article 90.1, aux accords ou aux arrangements anticoncurrentiels étrangers qui contreviennent à l’objet de la Loi énoncé à l’article 1.1, tandis que la seconde l’en empêcherait. Dans la mesure où cette dernière interprétation ferait en sorte que les entreprises et les consommateurs canadiens paieraient des prix plus élevés pour une gamme potentiellement

prices for a potentially broad range of inputs and final products than would otherwise be the case, it would undermine and frustrate an important purpose of the Act.

[107] Such an interpretation would also produce an absurd result that is to be avoided (*R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paragraph 36; *Tran*, above, at paragraph 31; *Rizzo*, above, at paragraph 27). To the extent that such anticompetitive effects can also seriously undermine the attainment of the other purposes enunciated in section 1.1, the frustration of the Act's purposes and the related absurdity to be avoided is even greater (*Stucky*, above, at paragraphs 37 and 48). These problems are further compounded when it is considered that, under the interpretation advanced by Kobo, parties wishing to enter into agreements or arrangements that are contemplated by section 90.1 would be able to avoid the operation of that provision by simply driving across the border and concluding their agreement in the U.S.

(ii) Patterns of expression in the Act

[108] Notwithstanding the foregoing, Kobo submits that other provisions in the Act undermine the view that the words "agreement or arrangement" in section 90.1 should be interpreted broadly to include those entered into outside Canada. In particular, Kobo suggests that the wording of subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b) indicates that Parliament did not intend the words "agreement or arrangement" in section 90.1 to apply to agreements or arrangements entered into outside Canada. Stated differently, Kobo asserts that by including subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b) in the Act, Parliament established a pattern of including express language in the Act when it intended to grant extraterritorial jurisdiction over arrangements entered into outside Canada. Kobo asserts that the absence of similar language in section 90.1 makes it clear that Parliament did not intend to grant such jurisdiction under that provision.

[109] Subsection 46(1) states as follows:

vaste d'entrants et de produits finaux que dans le cas contraire, ceci irait à l'encontre d'un objet important de la Loi, voire le contrecarrerait.

[107] Une telle interprétation donnerait un résultat absurde que nous devons éviter (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au paragraphe 36; *Tran*, précité, au paragraphe 31; *Rizzo*, précité, au paragraphe 27). Par ailleurs, de tels effets anticoncurrentiels peuvent également sérieusement aller à l'encontre de la réalisation des autres objets énoncés à l'article 1.1; il est d'autant plus important d'éviter de contrecarrer l'objet de la Loi ainsi que ce déroulement absurde (*Stucky*, précité, aux paragraphes 37 et 48). Ces problèmes seraient d'autant plus aggravés si la Loi était interprétée comme le soutien Kobo : les parties souhaitant conclure des accords ou des arrangements visés par l'article 90.1 n'auraient qu'à se rendre de l'autre côté de la frontière aux États-Unis pour y conclure leur accord et ainsi, se soustraire à cette disposition.

ii) Modèles d'expression dans la Loi

[108] Malgré ces remarques, Kobo soutient que les autres dispositions de la Loi vont à l'encontre d'une interprétation large des mots « accord ou arrangement » dans l'article 90.1 comme incluant les accords ou les arrangements convenus à l'extérieur du Canada. Plus particulièrement, elle avance que le libellé du paragraphe 46(1) et de l'alinéa 83(1)(b) indique que le législateur n'a pas voulu que les mots « accord ou arrangement » de l'article 90.1 englobent les accords ou les arrangements conclus à l'étranger. En d'autres termes, Kobo soutient que le paragraphe 46(1) et l'alinéa 83(1)(b) démontrent que le Parlement avait suivi un modèle de libellé exprès dans la Loi lorsqu'il avait l'intention d'inclure une compétence extraterritoriale quant aux arrangements conclus à l'extérieur du Canada. Kobo estime que l'absence d'un tel vocabulaire à l'article 90.1 illustre manifestement que le Parlement n'avait pas l'intention d'accorder une telle compétence en vertu de cette disposition.

[109] Le paragraphe 46(1) dispose des suivantes :

Foreign directives

46 (1) Any corporation, wherever incorporated, that carries on business in Canada and that implements, in whole or in part in Canada, a directive, instruction, intimation of policy or other communication to the corporation or any person from a person in a country other than Canada who is in a position to direct or influence the policies of the corporation, which communication is for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45, is, whether or not any director or officer of the corporation in Canada has knowledge of the conspiracy, combination, agreement or arrangement, guilty of an indictable offence and liable on conviction to a fine in the discretion of the court. [Emphasis added.]

[110] Kobo maintains that the underlined words above reflect Parliament's view that conspiracies entered into outside Canada do not violate section 45 of the Act, and that therefore the addition of section 46 was necessary, to provide a means to address the implementation of those conspiracies in Canada. Kobo asserts that Parliament's implicit decision not to include similar language in section 90.1 demonstrates that it did not intend that provision to be applied to arrangements outside Canada.

[111] Kobo advances the same position with respect to paragraph 83(1)(b), which states:

Foreign laws and directives

83 (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a decision has been or is about to be made by a person in Canada or a company incorporated by or pursuant to an Act of Parliament or of the legislature of a province

...

(b) as a result of a directive, instruction, intimation of policy or other communication to that person or company or to any other person, from a person in a country other than Canada who is in a position to direct or influence the policies of that person or company, where the communication is for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or

Directives étrangères

46 (1) Toute personne morale, où qu'elle ait été constituée, qui exploite une entreprise au Canada et qui applique, en totalité ou en partie au Canada, une directive ou instruction ou un énoncé de politique ou autre communication à la personne morale ou à quelque autre personne, provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger qui est en mesure de diriger ou d'influencer les principes suivis par la personne morale, lorsque la communication a pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'étranger qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une infraction visée à l'article 45, commet, qu'un administrateur ou dirigeant de la personne morale au Canada soit ou non au courant du complot, de l'association d'intérêts, de l'accord ou de l'arrangement, un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, une amende à la discrétion du tribunal. [Je souligne.]

[110] Kobo soutient que les mots soulignés témoignent du point de vue du Parlement voulant que les complots engendrés à l'extérieur du Canada ne contreviennent pas à l'article 45, donc il fût nécessaire d'ajouter l'article 46 pour traiter de la mise en œuvre de ces complots au Canada. Kobo estime que la décision implicite du Parlement de ne pas inclure un tel vocabulaire à l'article 90.1 démontre qu'il n'avait pas l'intention de voir appliquer cette disposition aux arrangements convenus à l'extérieur du Canada.

[111] Kobo soutient le même point de vue à l'égard de l'alinéa 83(1)(b), lequel prévoit :

Législation et directives étrangères

83 (1) Lorsque à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'une décision a été ou est sur le point d'être prise par une personne qui se trouve au Canada ou par une personne morale constituée aux termes ou en application d'une loi fédérale ou provinciale :

[...]

b) par suite d'une directive, d'une instruction, d'un énoncé de politique ou d'une autre communication à cette personne, à cette personne morale ou à toute autre personne, provenant d'une personne se trouvant dans un pays étranger qui est en mesure de diriger ou d'influencer les principes suivis par cette personne ou cette personne morale, lorsque la communication a pour objet de

arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45,

the Tribunal may, by order, direct that

(c) in a case described in paragraph (a) or (b), no measures be taken by the person or company in Canada to implement the law, directive, instruction, intimation of policy or other communication. [Emphasis added.]

[112] As is readily apparent, the underlined wording in paragraph 83(1)(b) is similar to the underlined wording in subsection 46(1).

[113] There are two possible interpretations of what Parliament intended to achieve by including sections 46 and 83 in the Act. The first, advanced by Kobo, is that Parliament wished to extend the Act to apply to agreements or arrangements entered into outside Canada in the circumstances that are described in those two sections. In so doing, it used the following words to reveal its view that section 45 does not extend to agreements or arrangements entered into outside Canada: “for the purpose of giving effect to a conspiracy, combination, agreement or arrangement entered into outside Canada that, if entered into in Canada, would have been in contravention of section 45” (emphasis added). Under this interpretation, the parties to agreements or arrangements described in section 45, but entered into abroad, would not be criminally liable under section 45 for directly or indirectly implementing their agreements in Canada. However, the third parties described in section 46 would face criminal liability, in the circumstances described in that provision.

[114] The second interpretation of what Parliament intended to achieve by including sections 46 and 83 in the Act is that it simply wished to extend the Act in the manner that I have just described, without intending to imply anything whatsoever about its understanding of the scope of section 45. That is to say, Parliament simply wished to create a new offence in section 46, for persons who are not parties to the agreement or arrangement in

donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'extérieur du Canada qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une contravention à l'article 45,

le Tribunal peut rendre une ordonnance qui :

c) dans un cas visé à l'alinéa a) ou b), interdit à cette personne ou à cette personne morale de prendre au Canada des mesures d'application de la règle de droit, de la directive, de l'instruction, de l'énoncé de politique ou de l'autre communication. [Je souligne.]

[112] À première vue, on remarque que le libellé souligné dans l'alinéa 83(1)(b) est semblable à celui souligné dans le paragraphe 46(1).

[113] Il y a deux interprétations possibles de l'intention du Parlement en incluant les articles 46 et 83 à la Loi. La première, soutenue par Kobo, est que le Parlement souhaitait élargir la portée de la Loi pour inclure les accords ou les arrangements conclus à l'extérieur du Canada dans les circonstances décrites à ces deux articles. Ce faisant, il a utilisé le libellé suivant pour révéler son point de vue voulant que l'article 45 ne s'applique pas aux accords ou aux arrangements conclus à l'étranger : « a pour objet de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement intervenu à l'extérieur du Canada qui, s'il était intervenu au Canada, aurait constitué une contravention à l'article 45 » (je souligne). Selon cette interprétation, les parties aux accords ou aux arrangements décrits à l'article 45, mais conclus à l'étranger, ne seraient pas tenus criminellement responsables en vertu de l'article 45 pour avoir directement ou indirectement mis en œuvre leurs accords au Canada. Cependant, les tiers décrits à l'article 46 risqueraient d'être tenus criminellement responsables, dans les circonstances décrites à celui-ci.

[114] La deuxième interprétation de l'intention du Parlement en incluant les articles 46 et 83 de la Loi est qu'il souhaitait simplement élargir la Loi de la façon dont je viens de la décrire, sans pour autant laisser entendre quoi que ce soit de plus à propos de sa compréhension de la portée de l'article 45. C'est-à-dire que le Parlement a simplement voulu créer une nouvelle infraction à l'article 46 pour les personnes qui ne sont

question and who implement communications from persons outside Canada, for the purpose of giving effect to a foreign conspiracy, agreement or arrangement that has not yet been implemented in Canada, at least not by one or more of the parties thereto. Likewise, Parliament simply wished to create a new power in section 83, to enable the Tribunal to order or direct that no measures be taken by a person or company in question to implement communications from persons outside Canada of the type that I have just described. Under this interpretation, the parties to agreements or arrangements described in section 45, but entered into abroad, may well be criminally liable for directly or indirectly implementing their agreements in Canada. And third parties would also be criminally liable, in the circumstances described in section 46.

[115] It is not necessary for me to take a position as to which of these two interpretations of sections 46 and 83, and by implication section 45, is the correct one. For the present purposes, it will suffice for me to conclude that it is by no means clear that those sections should be interpreted as Kobo suggests. In other words, it is by no means clear that (i) section 45 does not apply to agreements or arrangements that are entered into outside Canada and that are implemented in Canada by the parties thereto, and (ii) Parliament established a pattern in the Act of including express language (in subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b)) when it intends to grant extraterritorial jurisdiction over agreements or arrangements that are entered into outside Canada.

[116] Indeed, it has been found on several occasions that section 45 does or may apply to foreign agreements that are implemented in Canada (*VitaPharm*, above; *Shah v. LG Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773, at paragraphs 106–121; *Fairhurst*, above, at paragraph 32; *Bouchard*, above, at paragraph 69). In other cases, involving guilty plea agreements, courts have assumed jurisdiction in connection with alleged contraventions of section 45 by parties to foreign price fixing conspiracies (see, for example, *R. v. BASF Aktiengesellschaft*, 1999

pas partie à l'accord ou à l'arrangement en question et qui mettent en œuvre les communications issues de personnes à l'étranger, dans le but de donner effet à un complot, une association d'intérêts, un accord ou un arrangement qui n'aurait pas encore été mis en œuvre au Canada, du moins pas par l'une ou plusieurs partie à celui-ci. De façon similaire, le Parlement souhaitait simplement créer de nouveaux pouvoirs à l'article 83 afin de permettre au Tribunal d'ordonner ou de diriger qu'aucune mesure ne soit prise par une personne ou une société visée afin de mettre en œuvre les communications issues de personnes à l'étranger de la nature décrite précédemment. Selon cette interprétation, les parties aux accords ou aux arrangements décrits à l'article 45, mais conclus à l'étranger, pourraient être tenues criminellement responsables en vertu de celui-ci pour avoir directement ou indirectement mis en œuvre leurs accords au Canada. Les tiers seraient également criminellement responsables dans les circonstances décrites à l'article 46.

[115] Il n'est pas nécessaire que je tranche la question à savoir laquelle de ces deux interprétations des articles 46 et 83, et par le truchement de celles-ci, de l'article 45, est exacte. Aux fins de l'espèce, il me suffira de conclure que ces articles ne devraient aucunement être interprétés comme le suggère Kobo. En d'autres mots, il n'est nullement clair que i) l'article 45 ne s'applique pas aux accords ou aux arrangements conclus à l'extérieur du Canada et mis en œuvre au Canada par les parties à ceux-ci, et que ii) le Parlement a établi un modèle de libellé exprès dans la Loi (au paragraphe 46(1) et à l'alinéa 83(1)(b)) lorsqu'il entrevoyait d'accorder une compétence extraterritoriale à l'égard d'accords ou d'arrangements convenus à l'étranger.

[116] En outre, il a été établi à plusieurs reprises que l'article 45 s'applique, ou peut s'appliquer, aux accords étrangers mis en œuvre au Canada (*VitaPharm*, précitée; *Shah v. L.G. Chem Ltd.*, 2015 ONSC 2628, 125 O.R. (3d) 773, aux paragraphes 106 à 121; *Fairhurst*, précité, au paragraphe 32; *Bouchard*, précitée, au paragraphe 69). Dans d'autres cas, impliquant des ententes de plaidoyer de culpabilité, les cours ont présumé de leur compétence à l'égard d'infractions alléguées de l'article 45 par des parties à des complots de fixation des prix à l'étranger

CarswellNat 6381 (F.C.T.D.); *R. v. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00 (agreed statement of facts (14 September 2000) and certificate (21 September 2000)); see also Competition Bureau, News Release, *Japanese company to plead guilty and pay US\$130M fine for its participation in a bid-rigging scheme* (20 July 2016), online: <www.competitionbureau.gc.ca>).

[117] I pause to add that the Tribunal has also issued several orders, on consent, relating to economic activity originating outside Canada that specifically contemplated and had an impact on competition in Canada (see cases cited in *HarperCollins*, above, at paragraph 155).

[118] Among other things, Kobo's interpretation of section 45 would suffer from essentially the same shortcomings as its interpretation of section 90.1, as described at paragraphs 106–107 above. In brief, that interpretation would be inconsistent with the purposes of the Act, as set forth in section 1.1 of the Act, and it would lead to an absurd result that is to be avoided. That absurd result is exposing Canadian businesses and consumers to paying higher prices for a potentially broad range of inputs and final products than would be the case if section 45 is interpreted as applying to foreign agreements or arrangements that are implemented in Canada by the parties thereto.

[119] In the absence of any clear or even a reasonably clear pattern by Parliament to include express language in the Act when it intends a provision to apply to agreements or arrangements that are entered into outside Canada, Kobo's position that Parliament did not intend section 90.1 to apply to such agreements becomes a bald assertion.

[120] I will simply note in passing that there is an entirely reasonable explanation for the absence in section 90.1 of any language that is similar to that which is set forth in subsection 46(1) and paragraph 83(1)(b),

(voir par exemple, *R. c. BASF Aktiengesellschaft*, 1999 CarswellNat 6381 (C.F. 1^{re} inst.); *R. v. Daicel Chemical Industries, Ltd.*, T-1686-00 (entente sur les faits (14 septembre 2000) et certificat (21 septembre 2000)); voir également Bureau de la concurrence, Communiqué de presse, *Une entreprise japonaise plaidera coupable et payera une amende de 130 millions de dollars américains pour sa participation à un complot de truquage des offres* (20 juillet 2016), en ligne : <www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>).

[117] Je m'arrête un instant pour ajouter que le Tribunal a également émis de nombreuses ordonnances, sur consentement, quant à des activités économiques issues de l'étranger qui visaient précisément à avoir, et avaient, des répercussions sur la concurrence au Canada (voir les dossiers cités dans la décision *HarperCollins*, précitée, au paragraphe 155).

[118] Entre autres, l'interprétation par Kobo de l'article 45 est essentiellement grevée des mêmes lacunes que son interprétation de l'article 90.1, que j'ai décrites aux paragraphes 106 et 107 précédents. En résumé, cette interprétation contreviendrait à l'objet de la Loi, tel qu'établi à l'article 1.1, et elle mènerait à un résultat absurde qu'il faut éviter. En outre, une telle interprétation ferait en sorte que les sociétés et les consommateurs canadiens paieraient des prix plus élevés pour une gamme potentiellement plus vaste d'entrants et de produits finaux que le serait le cas si l'article 45 était interprété comme étant applicable aux accords ou aux arrangements mis en œuvre au Canada par les parties à ceux-ci.

[119] À défaut d'un modèle clair, voire raisonnablement clair, témoignant d'un libellé exprès par le Parlement dans la Loi lorsqu'il avait l'intention qu'une disposition s'applique aux accords ou aux arrangements conclus à l'extérieur du Canada, la position de Kobo voulant que le législateur ne souhaite pas appliquer l'article 90.1 à ceux-ci devient qu'une simple assertion.

[120] Je remarquerai simplement au passage qu'il y a une explication tout à fait raisonnable à cette absence à l'article 90.1 d'un libellé semblable à celui du paragraphe 46(1) et de l'alinéa 83(1)(b), abordés

discussed above. That explanation is that section 90.1 includes explicit language in paragraphs 90.1(a) and (b) that enables the Tribunal to make the orders described therein against “any person—whether or not a party to the agreement or arrangement”. Given the existence of such language, additional language extending the scope of section 90.1 to third parties who give effect to an agreement or arrangement entered into outside Canada was not necessary.

[121] Moreover, as Justice Gascon explained in *HarperCollins*, above, at paragraphs 103–105, there are other important differences between sections 90.1 and 45. Given the conclusion that I have reached regarding Kobo’s patterns of expression argument, it is not necessary for me to address those differences here.

(iii) Summary

[122] Based on the conclusions that I have reached in Parts IX.A.(2)(b)(i) and (ii) immediately above, I have concluded that it can be inferred from the scheme of the Act as a whole that section 90.1 applies to all agreements and arrangements that have, or are likely to have, the effect described in that provision, namely, a prevention or lessening of competition in a market. This is so regardless of whether they are entered into within or outside Canada.

[123] Given the conclusion that I have reached, it is not necessary to assess whether there is a real and substantial connection between the impugned Arrangement and Canada. However, in case I have erred in reaching that conclusion, I will proceed to assess whether there is a real and substantial connection between the Arrangement and Canada.

(c) *Is there a “real and substantial connection” between the Arrangement and Canada?*

[124] Generally speaking, a real and substantial connection between Canada and activities that take place outside this country is one that is not weak, hypothetical or tenuous (*Van Breda*, above, at paragraphs 26 and 32). At the other end of the spectrum, it is not necessary to establish “the strongest” possible connection

précédemment. En effet, le libellé explicite de l’article 90.1 se situe aux alinéas a) et b) qui permettent au Tribunal de rendre les ordonnances qui y sont décrites à l’encontre de « toute personne — qu’elle soit ou non partie à l’accord ou à l’arrangement ». Étant donné un tel libellé, il n’était pas nécessaire d’en ajouter pour élargir la portée de l’article 90.1 aux tiers qui mettent en œuvre un accord ou un arrangement convenu à l’étranger.

[121] De plus, comme l’a expliqué le juge Gascon dans la décision *HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 103 à 105, les articles 90.1 et 45 se distinguent grandement. Étant donné ma conclusion quant à l’argument du modèle d’expression avancé par Kobo, il est inutile que j’aborde ces différences dans l’espace.

iii) Sommaire

[122] Étant donné mes conclusions aux parties IX.A.(2)(b)(i) et (ii) ci-haut, j’ai conclu qu’on peut déduire de l’esprit de la Loi dans son ensemble que l’article 90.1 s’applique à tous les accords et arrangements qui ont, ou risquent d’avoir, l’effet décrit à cette disposition, nommément, d’empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché. Ceci, nonobstant qu’ils eurent été conclus au Canada ou à l’étranger.

[123] Considérant cette conclusion, il n’est pas nécessaire d’évaluer le lien réel et substantiel entre l’arrangement attaqué et le Canada. Cependant, advenant que j’aie commis une erreur en parvenant à cette conclusion, j’effectuerai l’analyse pour déterminer s’il existe un lien réel et substantiel entre l’arrangement et le Canada.

c) *Existe-il un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement et le Canada?*

[124] De façon générale, un lien réel et substantiel entre le Canada et les activités se déroulant à l’étranger en est un qui n’est ni faible, ni hypothétique, ni ténu (*Van Breda*, précité, aux paragraphes 26 et 32). À l’autre bout de l’échelle, il n’est pas nécessaire d’établir l’existence des liens « les plus déterminants » possibles

between Canada and such activities (*Lapointe*, above, at paragraph 34).

[125] In the context of section 90.1, a real and substantial connection between Canada and an arrangement or agreement that is entered into outside this country will exist if “a constituent element [of section 90.1] takes place” in this country (*Hape*, above, at paragraph 59). If that condition is satisfied in respect of the Arrangement, the Commissioner may be said to have had the territorial jurisdiction to enter into the CAs with the respondent Publishers, and to file the CAs with the Tribunal. In my view, this is particularly so if the constituent element contemplates substantial harm to competition in Canada.

[126] The constituent elements of section 90.1 are as follows:

- i. an agreement or arrangement;
- ii. that is existing or proposed;
- iii. between two or more persons who are competitors; and that
- iv. prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in a market.

[127] The Commissioner’s conclusion that these elements have been met provided a sufficient basis upon which to exercise jurisdiction in respect of the Arrangement, and then enter into the CAs with the respondent Publishers. This is because one of the constituent elements of section 90.1, namely the last of the elements in the list above, “took place” in Canada, according to the Commissioner. Indeed, the fact that this element contemplates a substantial adverse impact on competition in Canada provides a strong basis for concluding that this is a “real and substantial connection” between the Agreement and Canada.

[128] This is particularly so for three reasons. First, as Justice Gascon observed in *HarperCollins*, above, at paragraph 152, this element “goes to the very core

entre le Canada et lesdites activités (*Lapointe*, précité, au paragraphe 34).

[125] Dans le contexte de l’article 90.1, il importe de démontrer l’existence d’un lien réel et substantiel entre le Canada et l’accord ou l’arrangement convenu à l’étranger. Ce sera le cas si « un élément constitutif [de l’article 90.1] se produit » au Canada (*Hape*, précité, au paragraphe 59). Si l’arrangement satisfait à cette exigence, alors il peut être dit que le commissaire a la compétence territoriale de signer des consentements avec les éditeurs défendeurs et d’enregistrer ceux-ci au Tribunal. À mon avis, c’est particulièrement le cas lorsque l’élément constitutif vise à nuire de façon considérable à la concurrence au Canada.

[126] Les éléments constitutifs de l’article 90.1 sont les suivants :

- i. un accord ou un arrangement;
- ii. conclu ou proposé;
- iii. entre deux ou plusieurs personnes qui sont en concurrence; et
- iv. visant à empêcher ou à diminuer, ou étant susceptible d’empêcher ou de diminuer, la concurrence de façon considérable dans un marché.

[127] Le commissaire a conclu que la réunion de ces éléments constituait un fondement suffisant pour exercer sa compétence à l’égard de l’arrangement, puis de signer des consentements avec les éditeurs défendeurs. Selon le commissaire, en l’occurrence c’est en raison de la [TRADUCTION] « survenance » au Canada d’un élément constitutif de l’article 90.1, soit le dernier de la liste ci-haut. En effet, cet élément emporte un objectif de répercussions négatives sur la concurrence au Canada et constitue un fondement solide pour conclure qu’il y a là un « lien réel et substantiel » entre l’arrangement et le Canada.

[128] C’est particulièrement le cas pour trois raisons. D’abord, comme l’a mentionné le juge Gascon dans la décision *HarperCollins*, précitée, au paragraphe 152,

of section 90.1”. Second, such an adverse impact on competition in this country can be assumed to be associated with material harm to consumers or businesses in Canada. Third, a substantial adverse impact on competition can also be assumed to undermine Canada’s ability to achieve the various objectives of the Act set forth in section 1.1.

[129] Kobo attempts to distinguish the facts in this case from the facts in *SOCAN* and *Globe24h*, above, on the basis that the activity that was at issue in those cases occurred both in Canada and abroad. Specifically, in *SOCAN*, above, at paragraph 59, it was held that a communication between Canada and a foreign state “is both here and there”, and in *Globe24h*, above, at paragraph 54, it was held that “the physical location of [a foreign] website operator or host server is not determinative because telecommunications occur ‘both here and there’”.

[130] However, it is not necessary for the *actus reus* element of a legislative provision to occur wholly or partially in Canada, in order for a real and substantial connection to be found to exist between this country and the activity contemplated by the provision. As I have noted above, it is sufficient if another “constituent element” takes place in this country. If, as the Supreme Court has recognized, an unlawful consequence in Canada or injury in Canada can suffice to establish a real and substantial connection to Canada (see paragraphs 95–96 above), it logically follows that other forms of adverse impact within Canada can also be sufficient for this purpose.

[131] Just as foreign electronic transmissions “which are received and have their impact here” can be found to provide a sufficient connection with Canada to warrant the exercise of jurisdiction in this country (*SOCAN*, above, at paragraphs 62–63; *Globe24h*, above, at paragraphs 54–56), the same is true of foreign agreements or arrangements that have a substantial anticompetitive impact in this country.

cet élément [TRADUCTION] « touche le cœur de l’article 90.1 ». Deuxièmement, un tel effet négatif sur la concurrence au pays est présumé emporter un préjudice matériel aux consommateurs ou aux sociétés au Canada. Troisièmement, on peut présumer que de telles répercussions négatives sur la concurrence iraient à l’encontre de la capacité du Canada à atteindre les différents objectifs édictés à l’article 1.1 de la Loi.

[129] Kobo tente de distinguer les faits de l’espèce des faits de l’arrêt *SOCAN* et de la décision *Globe24h* précités, au motif que l’activité en cause dans ces affaires s’est produite tant au Canada qu’à l’étranger. Plus particulièrement, dans l’arrêt *SOCAN*, précité, au paragraphe 59, la Cour a statué qu’une communication entre le Canada et un État étranger « se situe à la fois ici et à l’autre endroit » et dans *Globe24h*, précitée, au paragraphe 54, la Cour a statué que « le lieu d’origine de l’exploitant du site Web ou du serveur hôte n’est pas un facteur déterminant parce que les télécommunications se situent “à la fois ici et à l’autre endroit” ».

[130] Cependant, il n’est pas nécessaire que l’élément d’*actus reus* de la disposition législative se produise entièrement ou partiellement au Canada afin qu’on établisse un lien réel et substantiel entre notre pays et l’activité visée par la disposition. Comme je l’ai mentionné précédemment, il suffit qu’un autre « élément constitutif » se déroule ici. Si, comme l’a reconnu la Cour suprême, la survenance d’une conséquence illégale au Canada ou d’un préjudice au Canada suffit pour établir l’existence d’un lien réel et substantiel (voir les paragraphes 95 et 96 précédents), il est logique que d’autres formes d’effets négatifs au Canada puissent également suffire à cette fin.

[131] Si les « transmissions [électroniques] en provenance de l’étranger qui sont reçues et ont des répercussions au pays » peuvent établir un lien suffisant au Canada pour permettre l’exercice d’une compétence dans notre pays (*SOCAN*), précité, aux paragraphes 62 et 63; *Globe24h*, précitée, aux paragraphes 54 à 56), il en va de même pour les accords ou les arrangements étrangers qui ont des conséquences négatives considérables sur la concurrence dans notre pays.

[132] In such circumstances, the principle of international comity is not offended (*Libman*, above, at pages 211–214; *HarperCollins*, above, at paragraph 170; *Globe24h*, above, at paragraph 56).

[133] Comity is a flexible concept that “must be adjusted in light of a changing world order” (*Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077 (*Morguard*), at page 1097; see also *Van Breda*, above, at paragraph 74). It is generally understood to be “the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws” (*Morguard*, above, at page 1096, quoting *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, at page 283 (emphasis added)).

[134] Within this framework, another nation cannot easily say that the protection of the Canadian public offends the dictates of comity (*Libman*, above, at page 209). Indeed, it would be a sad commentary on our law, and undermine public confidence in it, if Canadian laws such as the Act could not be applied so as to protect the domestic economy and its participants from anticompetitive arrangements or other activities engaged in abroad (*Libman*, above, at page 212). This is particularly so in the current era of increasing international commerce. In my view, allowing parties to foreign conspiracies that have anticompetitive effects in Canada to avoid the operation of the law in this country would undermine “the promotion of order and fairness” (*SOCAN*, above, at paragraph 57), as well as public confidence in the law.

[135] I will venture to say that it is for these reasons that other jurisdictions, such as the United States and the European Union, extend their antitrust or competition laws to anticompetitive activities that take place outside their respective territories, but that have a particular effect within them. In the case of the U.S., such effect has been defined to be “a direct, substantial and reasonable foreseeable effect on domestic commerce” that is

[132] En de telles circonstances, il n’y a pas d’entorse au principe de la courtoisie internationale (*Libman*, précité, aux pages 211 à 214; *HarperCollins*, précitée, au paragraphe 170; *Globe24h*, précitée, au paragraphe 56).

[133] La courtoisie est un concept souple, qui « doit donc s’ajuster aux changements de l’ordre mondial » (*Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 (*Morguard*), à la page 1097; voir également *Van Breda*, précité, au paragraphe 74). Elle est généralement comprise comme étant « la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois » (*Morguard*, précité, à la page 1096, citant *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, à la page 283 (je souligne)).

[134] Dans un tel cadre, une autre nation ne peut pas facilement soutenir que la protection du public canadien vient contrevenir aux dictats de la courtoisie (*Libman*, précité, à la page 209). En outre, non seulement la confiance du public en pâtirait, il s’agirait d’un constat navrant pour notre droit si les lois canadiennes, comme la Loi, ne pouvaient pas être appliquées pour protéger l’économie domestique et ses participants des arrangements anticoncurrentiels ou d’autres activités entreprises à l’étranger (*Libman*, précité, à la page 212). C’est particulièrement vrai à notre ère, alors que le commerce international est en croissance. À mon avis, le fait de permettre à des parties membres de complots étrangers ayant des effets anticoncurrentiels au Canada d’éviter la loi de notre pays irait à l’encontre des « principes d’ordre et d’équité » (*SOCAN*, précité, au paragraphe 57), tout en ébranlant la confiance du public dans le droit.

[135] Je m’avancerai à dire que ce sont pour ces raisons que les autres juridictions, comme les États-Unis et l’Union européenne, ont élargi la portée de leurs lois antitrust ou sur la concurrence aux activités anticoncurrentielles se déroulant à l’extérieur de leurs territoires respectifs, mais ayant un effet particulier en leur sein. Aux États-Unis, cet effet a été défini comme étant [TRADUCTION] « une répercussion directe, substantielle et

of a nature contemplated by U.S. antitrust laws (see, e.g., *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014), at page 818; *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014), at pages 398, 404 and 411; *Minn-Chem, Inc. v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012), at pages 854–861; and “Section 3.1” in United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 January 2017), at pages 19–21, online: <www.justice.gov>). In the European Union, that effect has been defined to be an “immediate, substantial and foreseeable effect” (*Gencor Ltd. v. Commission of the European Communities*, Case T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753, at paragraph 92; *Intel Corporation Inc. v. European Commission*, Case C-413/14 P (2017) (E.C.J.), at paragraphs 49–50 and 56).

[136] A further indication that “the promotion of order and fairness” between nations would not be undermined by the application of the laws of one country towards anticompetitive conduct that occurs in another country is the *Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America on the Application of Positive Comity Principles to the Enforcement of their Competition Laws* (5 October 2014, online: <www.justice.gov> and <www.competitionbureau.gc.ca>). One of the important purposes of that agreement is stated to be to:

...[h]elp ensure that trade and investment flows between the Parties and competition and consumer welfare within the territories of the Parties are not impeded by anticompetitive activities for which the competition laws of one or both Parties can provide a remedy.

[137] Pursuant to that agreement, the competition authorities of a requested party may, at the request of the other party, investigate and, if warranted, remedy anticompetitive activities taking place in the requested party’s state in certain circumstances. Those circumstances include where the activities in question occur principally in and are directed principally to the requested

raisonnablement prévisible sur le commerce domestique » de nature à être visée par les lois antitrust américaines (voir, par exemple, *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2014), à la page 818; *Lotes Co., Ltd. v. Hon Hai Precision Industry Co., Ltd.*, 753 F.3d 395 (2nd Cir. 2014), aux pages 398, 404 et 411; *Minn-Chem, Inc. v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012), aux pages 854 à 861; et la « Section 3.1 » dans United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for International Enforcement Cooperation* (13 janvier 2017), aux pages 19 à 21, en ligne : <www.justice.gov>). Au sein de l’Union européenne, cet effet a été décrit comme étant [TRADUCTION] « immédiat, substantiel et prévisible » (*Gencor Ltd. c. Commission des Communautés européennes*, dossier T-102/96, [1999] E.C.R. II-00753, au paragraphe 92; *Intel Corporation Inc. c. Commission européenne*, dossier C-413/14 P (2017) (C.J.U.E.), aux paragraphes 49–50 et 56).

[136] Autre indice que les « principes d’ordre et équité » entre les nations ne seraient pas endigués par l’application des lois d’un pays à l’égard d’une conduite anticoncurrentielle se produisant dans un autre pays : l’*Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique concernant l’exercice des principes de courtoisie active dans l’application de leurs lois sur la concurrence* (5 octobre 2014, en ligne : <www.justice.gov> et <www.bureaudelaconcurrence.gc.ca>). L’un des objets importants de cet Accord est :

[...] de contribuer à ce que les courants d’échange et d’investissement entre les Parties, ainsi que la concurrence et le bien-être des consommateurs sur les territoires des Parties, ne soient pas entravés par des agissements anticoncurrentiels auxquels les lois sur la concurrence de l’une ou l’autre des Parties ou des deux Parties permettent de prendre des mesures correctives.

[137] En vertu de celui-ci, les autorités de la concurrence de la partie requise peuvent, à la demande de l’autre partie, enquêter sur des agissements anticoncurrentiels et, au besoin, y apporter des mesures correctives en regard des activités ayant lieu dans l’État de la partie requise, dans certaines circonstances. Parmi ces circonstances figurent celles où les activités en question

party's state, but are adversely affecting the important interests of the requesting party. Among other things, the Agreement explicitly states in Article IV that Canada and the United States "recognize that it may be appropriate to pursue separate enforcement activities where anticompetitive activities affecting both territories justify the imposition of penalties within both jurisdictions".

[138] In any event, I am satisfied that the Commissioner had the territorial jurisdiction under section 90.1 to enter into the CAs with the respondent Publishers based on his conclusion that the Arrangement prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in the retail market for e-books in Canada. My conclusion in this regard is reinforced by the fact that the Commissioner also concluded that: (i) the Arrangement was implemented in Canada by Macmillan, Simon and Schuster, and one or more of the Hachette entities; (ii) Macmillan sells e-books from the U.S. into Canada, whereas Simon & Schuster does so through a Canadian affiliate (the situation is less clear with respect to Hachette), and (iii) the Arrangement contemplated that it would be implemented in Canada. Collectively, these facts provide a real and substantial connection between the Arrangement and Canada.

[139] I will simply note in passing that each of the CAs states that "the Respondents do not admit, but will not for the purposes of this Agreement only ... contest the Commissioner's conclusions". It is also relevant to note in this context that a shift from the wholesale model to the agency model of distribution of e-books did in fact take place following the shift in the U.S., although there was a delay that I will address further below in these reasons.

(d) *The presumption against the extraterritorial application of section 90.1*

[140] Given my conclusion that there is a real and substantial connection between the impugned agreement

se déroulent principalement ou sont principalement dirigées vers l'État de la partie requise, mais ont des effets négatifs sur les intérêts importants de la partie requérante. Entre autres, l'Accord stipule explicitement à l'article IV que le Canada et les États-Unis reconnaissent « qu'il peut être opportun d'entreprendre des activités de mise en application indépendantes lorsque des agissements anticoncurrentiels affectant les deux territoires justifient l'imposition de sanctions dans les deux juridictions ».

[138] À tout événement, je suis convaincu que le commissaire avait la compétence territoriale en vertu de l'article 90.1 pour signer les consentements avec les éditeurs défendeurs, étant donné sa conclusion voulant que l'arrangement empêchât ou réduisît, ou était susceptible d'empêcher ou de réduire, substantiellement la concurrence dans le marché de détail des livres numériques au Canada. Ma conclusion à cet égard est renforcée par le fait que le commissaire a également conclu que : i) l'arrangement avait été mis en œuvre au Canada par Macmillan, Simon & Schuster ainsi qu'une ou plusieurs des filiales Hachette; ii) Macmillan vend des livres numériques des États-Unis au Canada, tandis que Simon & Schuster vendent ces livres par l'entremise d'une filiale canadienne (la situation est moins claire quant à Hachette); et iii) l'arrangement devait être mis en œuvre au Canada. Ainsi réunis, ces faits démontrent un lien réel et substantiel entre l'arrangement et le Canada.

[139] Je remarquerai simplement au passage que chacun des consentements énoncent que « les défenderesses n'admettent pas les conclusions du commissaire, mais que pour les seules fins du présent consentement [...] elles ne les contesteront pas ». Il importe également de souligner dans l'espèce que la transition du modèle de vente en gros à un modèle d'agence pour la distribution des livres numériques a eu lieu ici suite à celle aux États-Unis, quoiqu'il y a eu un retard, que j'aborderai plus loin dans les présents motifs.

d) *La présomption à l'encontre d'une application extraterritoriale de l'article 90.1*

[140] Étant donnée ma conclusion voulant qu'il existe un lien réel et substantiel entre l'arrangement contesté

and Canada, there is no need to consider the presumption against the extraterritorial application of section 90.1. In short, the real and substantial link provides a sufficient basis upon which to conclude that section 90.1 gives the Commissioner the territorial subject matter jurisdiction to enter into the CAs in respect of the impugned arrangement. In these circumstances, the presumption against the extraterritorial application of statutes enacted by Parliament is not violated (*Stucky*, above, at paragraph 32).

[141] In any event, I consider that such a real and substantial link would be sufficient to overcome the presumption against extraterritorial effect.

B. *Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy “an arrangement,” within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed?*

[142] Kobo submits that the Commissioner acted without jurisdiction by entering into the CAs to remedy “an arrangement”, within the meaning of section 90.1 of the Act, that never existed. Kobo maintains that materials it provided to the Commissioner demonstrated the following:

- i. Contrary to the collective shift from the wholesale model to the agency model of retailing e-books that simultaneously occurred in the U.S. in early 2010, pursuant to discussions that dated back to December 2009, the corresponding shift in Canada occurred over a period of approximately 23 months, beginning on March 31, 2010 and ending on February 28, 2012.
- ii. The driving motivator for the shift in the U.S. was Amazon’s pricing of e-books at approximately \$9.99. However, Amazon had not begun to sell e-books in Canada prior to the shift that took place here.
- iii. The launch of the iPad, which occurred on January 27, 2010, and was a unifying event for the shift to agency in the U.S., had already taken place

et le Canada, il n’est pas nécessaire d’analyser la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale de l’article 90.1. En résumé, le lien réel et substantiel est un fondement suffisant pour conclure que l’article 90.1 confère une compétence territoriale au commissaire lui permettant de conclure des consentements en réponse à l’accord contesté. Par conséquent, la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale des lois édictées par le Parlement est respectée (*Stucky*, précité, au paragraphe 32).

[141] À tout événement, j’estime qu’un tel lien réel et substantiel serait suffisant pour renverser la présomption à l’encontre d’une application extraterritoriale.

B. *Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à « un arrangement » qui, selon la portée de l’article 90.1 de la Loi, n’a jamais existé?*

[142] Kobo soutient que le commissaire a outrepassé sa compétence en signant les consentements pour remédier à « un accord » qui, selon la portée de l’article 90.1 de la Loi, n’a jamais existé. Kobo soutient que les documents qu’elle a fournis au commissaire démontrent que :

- i. Aux États-Unis, le passage collectif d’un modèle de vente en gros des livres numériques à un modèle d’agence s’est effectué en début 2010, à la suite de discussions survenues en décembre 2009. Or, cette transition s’est effectuée au Canada au cours d’une période d’environ 23 mois, débutant le 31 mars 2010 et se terminant le 28 février 2012.
- ii. Le principal facteur à l’origine de cette transition aux États-Unis était Amazon : les livres numériques s’y vendaient à environ 9,99 \$. Cependant, Amazon n’avait toujours pas commencé à vendre des livres numériques au Canada au moment de la transition ici.
- iii. Le lancement du iPad le 27 janvier 2010 a été un événement unificateur dans le cadre de cette transition vers le modèle d’agence aux États-Unis.

in Canada several months prior to when Kobo shifted to agency with most of its publishers.

- iv. Kobo wanted to enter into agency agreements in Canada, and pushed to enter into them with individual publishers, who were dragging their heels and were reluctant to switch to agency in Canada, as Kobo wanted. It was in Kobo's interest to effect that switch because the agency model provides Kobo with predictable, dependable revenue streams which allow Kobo to focus on investments in research and development particularly in relation to e-book devices.

[143] Based on the foregoing, Kobo maintains that the shift to agency in Canada did not occur as a result of the Arrangement.

[144] Kobo adds that the most pertinent material that it provided to staff in the Competition Bureau was not put before the Commissioner or included in the record that he produced to Kobo pursuant to rule 317 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. In this regard, Kobo notes that, of the documents listed in the index to that record, only one was provided by Kobo and that, with one exception, neither the Commissioner nor staff in the Competition Bureau questioned Kobo about any of the approximately 160 000 records that it provided to them in the course of their review. The single exception was when Kobo's affiant, Mr. Michael Tamblyn, was cross-examined on his affidavit that was filed in this application. Among other things, Mr. Tamblyn confirmed in paragraph 55 of that affidavit that "Kobo had to (separately) encourage several Publishers to move to Agency or speed up implementing Agency" in Canada.

[145] There is some support in the record for Kobo's position that it pushed the leading book publishers to shift from the wholesale model to the agency model of e-book distribution. For example, an internal e-mail written in the fall of 2010 reflects that one of those publishers wanted to move fast, and that another one "is slower but will go if we push them". In another e-mail message that was written around that time, Mr. Tamblyn

En outre, ceci s'est produit au Canada plusieurs mois avant que Kobo effectue la transition avec certains des éditeurs.

- iv. Kobo souhaitait convenir des arrangements de distribution par agence au Canada et a entrepris des démarches avec les éditeurs individuellement, ceux-ci étant plus réticents à passer à ce modèle que le souhaitait Kobo. En outre, Kobo était intéressée à passer un modèle d'agence, car il comporte un flux de revenus fiable et prévisible, ce qui lui permet de concentrer ses investissements sur la recherche et le développement, particulièrement sur ses appareils de lecture de livres numériques.

[143] Compte tenu de ce qui précède, Kobo soutient que la transition vers le modèle d'agence au Canada ne s'est pas effectuée en lien avec l'arrangement.

[144] Kobo ajoute que les documents les plus pertinents qu'elle a soumis au personnel du Bureau de la concurrence n'ont pas été transmis au commissaire ou inclus dans le dossier qu'on lui a remis en vertu de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. À ce titre, Kobo souligne que, des documents figurant à l'annexe du dossier, un seul provenait d'elle. Hormis une exception, ni le commissaire ni le personnel n'a communiqué avec Kobo en lien avec les quelques 160 000 documents qu'elle leur a remis dans le cadre de cet examen. Seule exception : M. Micheal Tamblyn, le déposant de Kobo, a été contre-interrogé sur son affidavit déposé dans la présente demande. Entre autres, M. Tamblyn a confirmé au paragraphe 55 de cet affidavit que [TRADUCTION] « Kobo a dû encourager plusieurs éditeurs (séparément) à passer au modèle d'agence ou à accélérer la transition » au Canada.

[145] Un certain appui à la position de Kobo voulant qu'elle a dû inciter les principaux éditeurs à passer du modèle de vente en gros au modèle de distribution par agence de leurs livres numériques, se glane du dossier. Par exemple, un courriel interne rédigé à l'automne de 2010, illustre le fait qu'un de ses éditeurs voulait effectuer la transition rapidement, tandis que l'autre [TRADUCTION] « est moins rapide, mais va faire le saut

encouraged a representative of [***] to “move ahead for Canada as soon as possible”. An additional e-mail message written the same day by Mr. Tamblyn to another one of the major book publishers reflected a similar sentiment. Other documentation from January 2011 indicates that Kobo underscored for [***] the importance to Kobo of moving to agency in Canada. In addition, correspondence from Kobo to Indigo Books and Music Inc. (Indigo) in March 2011 states that their “shared objective should be to get publishers into Agency or Agency-like paper”. Other correspondence from the CEO of Indigo Books to the President of HarperCollins later that month states: “We have been engaging for months in discussions with you regarding the need to move quickly to an agency model”.

[146] The Commissioner notes that the fact that the implementation of agency in Canada took longer than in the U.S. is addressed in the record, which includes internal Competition Bureau memoranda that were prepared for the Commissioner. Among other things, those memoranda refer to several documents that the Bureau obtained during its investigation, which reflect that the Arrangement contemplated the U.S. and other countries, including Canada. In one document, dated December 17, 2009, a Vice President of HarperCollins in the U.K. wrote to the [***] of HarperCollins’ operations in [***] to explain that “the phase one launch will be US and Canada — with UK and AUS/NZ in phase 2, [***]”

[147] Likewise, specific reference to Canada was made in minutes of a HarperCollins Executive Committee meeting, dated December 21, 2009. Among other things, those minutes state:

NEW DEVELOPMENTS • Apple Met with all publishers confidentially. Entering eBook business

si nous insistons ». Dans un autre courriel écrit autour de la même période, M. Tamblyn a encouragé un représentant de [***] à [TRADUCTION] « aller de l’avant aussi rapidement que possible au Canada ». Un autre courriel, rédigé le même jour par M. Tamblyn à un autre grand éditeur, témoigne du même sentiment. D’autres documents de janvier 2011 indiquent que Kobo a souligné à [***] l’importance pour elle de passer à un modèle d’agence au Canada. De plus, la correspondance de Kobo à Indigo Books and Music Inc. (Indigo) de mars 2011 mentionne que [TRADUCTION] « leur objectif commun devrait être de faire passer les éditeurs à un modèle d’agence ». Le directeur général d’Indigo Books écrivant au président de HarperCollins plus tard ce même mois avance que [TRADUCTION] : « nous avons engagé des discussions avec vous depuis des mois quant à la nécessité de passer rapidement à un modèle d’agence ».

[146] Le commissaire remarque que la mise en œuvre tardive du modèle d’agence au Canada par rapport aux États-Unis figure au dossier, qui comprend un mémoire interne du Bureau de la concurrence à son intention. Entre autres, ce mémoire fait référence à plusieurs documents obtenus par le Bureau au cours de son enquête, lesquels démontrent que l’arrangement prévu aux États-Unis portait également sur d’autres pays, dont le Canada. Dans un document, daté du 17 décembre 2009, un vice-président de HarperCollins au Royaume-Uni a écrit au [***] des opérations de HarperCollins en [***] pour lui expliquer que [TRADUCTION] « la première phase sera lancée aux États-Unis et au Canada, puis au Royaume-Uni et en Australie/Nouvelle-Zélande à la deuxième phase. [***] ».

[147] De façon similaire, on retrouve des références précises au Canada dans un procès-verbal d’une réunion du conseil de direction de HarperCollins daté du 21 décembre 2009. Entre autres, le procès-verbal mentionne :

[TRADUCTION]

NOUVEAUX DÉVELOPPEMENTS • Apple a rencontré tous les éditeurs en secret. Quant au commerce de livres numériques [...]

... US and Canada immediately. Europe slightly later.

[...] Immédiatement aux États-Unis et au Canada. Europe un peu plus tard.

The whole thing is built it's a matter of turning it on.

Le modèle est prêt, il ne s'agit qu'à le mettre en œuvre.
[Soulignement ajouté par le commissaire.]

[Emphasis added by the Commissioner.]

[148] In the same memorandum that included the foregoing information, it is stated that Apple's proposed agency agreements that were circulated to the major book publishers on January 11, 2010, expressly included Canada in their defined territory. The memorandum added that, in its written response to an Order for the production of documents and written returns that this Court issued pursuant to section 11 of the Act:

[148] Dans le même mémoire comprenant ces renseignements, il est mentionné que les accords d'agence proposés par Apple et transmis aux éditeurs le 11 janvier 2010 nommaient expressément le Canada dans le territoire visé. Le mémoire ajoute que, en réponse à une ordonnance de production et d'états écrits rendue par notre Cour en vertu de l'article 11 de la Loi :

... Apple confirmed that it had entered into agency agreements with certain of the publishers for the sale of e-books in the US which included a definition of "Territory" referring to both United States and Canada.
[***]

[TRANSDUCTION]

[...] Apple a confirmé qu'elle avait conclu des accords d'agence avec certains éditeurs de livres numériques aux États-Unis dont la définition de « territoire » comprenait les États-Unis et le Canada. [***]

[149] The memorandum also stated that Apple confirmed in its written returns that it:

[149] Le mémoire mentionne également que Apple a confirmé dans ses états écrits qu'elle :

[***]

[TRANSDUCTION]

[***]

[Emphasis added by the Commissioner.]

[Soulignement ajouté par le commissaire.]

[150] Another document quoted in that memorandum was an e-mail from a Director of Apple Canada to someone at Apple U.S., in which the former expressed his understanding of the draft agency agreements as follows:

[150] Un autre document cité dans le mémoire était un courriel du directeur d'Apple Canada à quelqu'un chez Apple U.S., ce dernier lui expliquant sa compréhension de l'ébauche d'arrangement d'agence comme suit :

[***]

[TRANSDUCTION]

[***]

[151] According to that memorandum, when the final agency agreements were signed between Apple and "Hachette, HarperCollins, Macmillan and Simon & Schuster, they all continued to reference Canada [***]"

[151] Selon ce mémoire, les accords d'agence définitifs avaient été signés par Apple et [TRANSDUCTION] « Hachette, HarperCollins, Macmillan et Simon & Schuster, et faisaient tous référence au Canada [***] ».

[152] With respect to the delay that occurred in effecting the shift to the agency model in Canada, the memorandum states that internal discussions within Apple

[152] Quant au retard dans la transition au modèle d'agence au Canada, le mémoire indique la tenue de discussions internes chez Apple quant aux questions

regarding the practical aspects of how to implement the agency model in Canada “appear to have delayed the roll out of the iBookstore in Canada for several months past the US store”. However, towards the end of March 2010, a senior executive of Apple in the U.S. sent an e-mail message to several of the major book publishers stating: “I want to be able to move quickly after the US launch [of the iBookstore] to follow with Canada ”.

[153] That memorandum then stated: “Apple’s Canadian agency agreements were drafted as amendments to the [main agreements in the U.S.] and incorporated the terms of [the latter agreements] by reference”.

[154] Finally, that memorandum identified delays within [***] as a further factor that delayed the shift to Agency in Canada, and noted that “[t]he team has evidence to suggest that during this time Kobo was eager to move to agency model attempting to encourage transition by [REDACTED.]” Based on what Kobo has told the Court, I consider it reasonable to assume that the redacted material included the names of at least some of the major e-book publishers in Canada.

[155] I will pause to note that the memorandum in question also summarized what appear to have been the principal sources of information obtained by Competition Bureau staff during the course of their investigation. The bullet-form list that was provided to the Commissioner included mention of “information provided by [Kobo, Indigo, Apple Canada and Apple Inc.]”. Later in that memorandum, there was a reference to Kobo’s internal analysis of the price increases that it observed from the switch to agency in Canada, and to certain related observations that Kobo made, apparently to the Competition Bureau. Other documentation that was prepared by the case team also mentions that information had been obtained from Kobo, including pursuant to an order under section 11 of the Act, and that some market participants had maintained that even if the Arrangement as it related to Canada may have existed at one time, it could no longer be “existing” because of the settlements that had been reached in the U.S. That documentation further notes:

pratiques de mise en œuvre de ce modèle, laquelle [TRADUCTION] « semble avoir retardé le lancement du iBookstore au Canada de plusieurs mois par rapport aux États-Unis ». Toutefois, vers la fin de mars 2010, un cadre supérieur d’Apple aux États-Unis a envoyé un courriel à plusieurs éditeurs indiquant [TRADUCTION] : « Je veux être en mesure d’agir rapidement au Canada après le lancement [du iBookstore] aux États-Unis ».

[153] Puis, le mémoire mentionne [TRADUCTION] : « les ébauches d’accords d’agence d’Apple au Canada ont été ajoutées comme des modifications [aux accords d’origine aux États-Unis]; les modalités des accords d’origine y figurent à titre de référence ».

[154] Finalement, ce mémoire fait état des retards avec [***], un autre facteur ayant nuit à la transition au Canada, et remarque que [TRADUCTION] « l’équipe dispose de preuve portant à croire qu’au cours de cette période, Kobo était pressée de passer à un modèle d’agence et tentait d’encourager la transition de [EXPURGÉ] ». À la lumière des observations de Kobo devant notre Cour, j’estime qu’il est raisonnable de présumer que le document expurgé comprenait les noms d’au moins quelques grands éditeurs de livres numériques au Canada.

[155] Je m’arrêterai pour faire remarquer que le mémoire en question résumait également ce qui semblait être les principales sources des renseignements obtenus par le personnel du Bureau de la concurrence au cours de son enquête. La liste pointée remise au commissaire mentionnait, entre autres, qu’il s’agissait de [TRADUCTION] « renseignements fournis par [Kobo, Indigo, Apple Canada et Apple Inc.] ». Ultérieurement dans le mémoire, on fait référence à l’analyse interne de Kobo quant à l’augmentation des prix qu’elle a observée depuis la transition à un modèle d’agence au Canada, puis à certaines observations connexes formulées par Kobo à l’intention, à ce qu’il semble, du Bureau de la concurrence. D’autres documents, préparés par l’équipe chargée du dossier, mentionnent également les renseignements obtenus de Kobo, y compris dans le cadre de l’ordonnance en vertu de l’article 11 de la Loi, ainsi que le fait que certains participants au marché avait soutenu que même si l’accord quant au Canada avait existé par le passé, il ne pouvait plus [TRADUCTION] « exister »

Despite these arguments, the team notes that the publishers that are the subject of the investigation continue to operate with agency agreements that prevent discounting in Canada and many of which contain MFN clauses. That is, none of the publishers have adopted the *substantive* terms of the US Final Judgments in Canada. [Emphasis in original.]

[156] Kobo maintains that the few above-mentioned very general references to the information that it provided, and to the fact that it attempted to encourage the transition to the agency model in Canada, did not constitute a reasonable summary of all of the evidence that it had provided to the Bureau. Kobo asserts that it was incumbent upon staff in the Competition Bureau to, at the very least, summarize that evidence in a manner similar to which they summarized the evidence that supported their conclusions and recommendations to the Commissioner.

[157] I disagree.

[158] Among other things, the memoranda that were prepared by staff within the Competition Bureau provided the Commissioner with the key facts that Kobo was one of the principal sources of information obtained during the investigation of this matter and that there was evidence indicating the following:

- i. During the relevant period, Kobo was eager to move to the agency model and attempted to encourage the transition towards that model;
- ii. Canada was contemplated by the Arrangement;
- iii. Apple had sound business reasons for wanting the Arrangement to include Canada;
- iv. Apple and [***] were at least in part responsible for the delay in implementing the Arrangement in Canada, relative to the U.S.;

au Canada en raison des règlements conclus aux États-Unis. En outre, ces documents mentionnent :

[TRADUCTION] Malgré ces arguments, l'équipe remarque que les éditeurs visés par l'enquête continuent d'exécuter des accords d'agence qui empêchent la réduction des prix au Canada, bon nombre comprenant des clauses de prix NPF. En d'autres termes, aucun des éditeurs n'a adopté les conditions de *fond* des jugements définitifs des tribunaux américains au Canada. [Souligné dans l'original.]

[156] Kobo soutient que les quelques références très générales susmentionnées aux renseignements qu'elle a soumis ainsi qu'à ses tentatives d'encourager la transition vers un modèle d'agence au Canada ne constituent pas un résumé raisonnable de toute la preuve qu'elle a remise au Bureau. Kobo soutient qu'il incombait au personnel du Bureau de la concurrence, à tout le moins, de résumer la preuve d'une façon semblable au résumé de la preuve sur laquelle reposent les conclusions et les recommandations du commissaire.

[157] Je ne suis pas d'accord.

[158] Entre autres, le mémoire préparé par le personnel du Bureau de la concurrence informait le commissaire de faits importants ainsi que du fait que Kobo avait été l'une des principales sources de renseignements au cours de leur enquête. Il mentionne également que certains éléments de preuve indiquent que :

- i. Au cours de la période visée, Kobo était pressée de passer à un modèle d'agence et tentait d'encourager une transition en ce sens;
- ii. Le Canada était visé par l'arrangement;
- iii. Apple avait des motifs commerciaux solides pour souhaiter l'inclusion du Canada à l'arrangement;
- iv. Apple et [***] étaient au moins en partie responsable du retard dans la mise en œuvre de l'arrangement au Canada, par rapport aux États-Unis;

- v. by the end of 2011, all of the major Canadian e-book retailers were operating under the agency model.

[159] In addition, the Commissioner was informed that submissions had been made to the effect that, even if there may have been an Arrangement at one time, it was no longer “existing,” as required by section 90.1.

[160] In brief, the Commissioner was made aware of the essence of Kobo’s position. Specifically, he was informed that Kobo had encouraged the transition to the agency model in Canada—the implication being that shift may not have been attributable to the Arrangement. And he was informed that submissions had been made to the effect that, even if the Arrangement had existed at one time, it could no longer be “existing”.

[161] In my view, the Commissioner was entitled to rely on staff and senior management in the Competition Bureau to review and provide him with a summary or synthesis of the extensive information that was provided by Kobo and other industry participants during the course of the Commissioner’s in-depth inquiry into the Arrangement and its alleged implementation in Canada (*Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 753; *The Queen v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, at pages 245–246).

[162] The case team and senior management in the Competition Bureau were not under any obligation to provide to the Commissioner more detailed accounts of the information that Kobo had supplied during the course of the Bureau’s investigation. I note that one of the key briefing memoranda that were provided to the Commissioner and that were included in the amended certified tribunal record (CTR) was 14 pages in length, and appears to have included what the Senior Deputy Commissioner of Competition considered to be the information that was most important for the Commissioner to know. That information included a synthesis of evidence that came from various sources, some of whom, like Kobo, had provided extensive information pursuant to an order issued by this Court pursuant to section 11 of the Act.

- v. À la fin de 2011, tous les principaux détaillants canadiens de livres numériques fonctionnaient selon un modèle d’agence.

[159] De plus, le commissaire a été informé d’observations voulant que même si un tel arrangement avait déjà existé, il n’existait plus à l’heure actuelle comme l’exige l’article 90.1.

[160] En résumé, le commissaire était informé de l’essentiel de la position de Kobo. Plus particulièrement, il a été informé du fait que Kobo avait encouragé la transition vers un modèle d’agence au Canada, sous-entendant que cette transition n’est peut-être pas attribuable à l’arrangement. Il était également informé des observations en ce sens, que même si un tel arrangement avait existé, ce n’était plus le cas.

[161] À mon avis, le commissaire avait le droit de s’en remettre au personnel et à la direction du Bureau de la concurrence afin qu’ils examinent l’imposant volume de documents soumis par Kobo et les autres membres de l’industrie au cours de son enquête approfondie sur l’arrangement et sa mise en œuvre alléguée au Canada et lui remettent un sommaire ou une synthèse de ceux-ci (*Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 753; *La Reine c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238, aux pages 245 et 246).

[162] En outre, l’équipe du dossier et la direction du Bureau de la concurrence n’étaient nullement tenues de remettre au commissaire un rapport plus détaillé des renseignements fournis par Kobo au cours de l’enquête. Je remarque que l’un des principaux mémoires d’information remis au commissaire et figurant dans le dossier certifié du tribunal (DCT) amendé comportait 14 pages et semblait comprendre les renseignements que le sous-commissaire principal à la concurrence estimait être les plus importants pour le commissaire. Ces renseignements comprenaient une synthèse de la preuve issue de différentes sources, certaines, à l’instar de Kobo, ayant remis une somme considérable de documents à la suite d’une ordonnance rendue par notre Cour en vertu de l’article 11 de la Loi.

[163] Based on the information contained in that 14 page memorandum, as well as in the other materials contained in the CTR, I do not agree that the Commissioner erred in the manner alleged by Kobo. That is to say, I have not been persuaded that the Commissioner ignored the information that Kobo submits contradicted the conclusions and recommendations made by case team and senior management in the Competition Bureau. As I have noted at paragraph 160 above, the Commissioner was informed of the essence of Kobo's position. Kobo has not provided any evidence that indicates or suggests that the Commissioner did not consider that information in reaching his decision to enter into the CAs.

[164] Given the foregoing, I conclude that it was not unreasonable for the Commissioner to have limited his consideration of the information that had been provided by Kobo, to the information described above. The manner in which the Commissioner and staff in the Competition Bureau synthesize the evidence in an investigation, particularly one like this that involved hundreds of thousands of documents, if not more, attracts a high degree of deference. On the particular facts of this case, I consider that it would not be appropriate for this Court to require the Commissioner to give greater consideration than appears to have been given to the information that a particular participant such as Kobo may submit to the Competition Bureau over the course of the Commissioner's inquiry.

[165] For greater certainty, given the information that was made available to the Commissioner regarding the implementation of the Arrangement in Canada, I also find that it was not unreasonable for him to conclude that the Arrangement did in fact extend to Canada and was implemented in Canada.

C. Did the Commissioner act without jurisdiction by entering into the CAs to remedy "an arrangement" that was not "existing or proposed" at the time the CAs were executed?

[166] Kobo submits that by the time the Commissioner filed the CAs, there was no Arrangement, existing or proposed, even if it did once exist in respect of Canada.

[163] Étant donné les renseignements figurant dans ce mémoire de 14 pages, ainsi que dans les autres documents figurant au DCT, je ne suis pas d'accord que le commissaire ait commis une erreur comme le soutient Kobo. En somme, je ne suis pas convaincu que le commissaire a ignoré les renseignements qui, selon Kobo, contredisent les conclusions et les recommandations de l'équipe chargée du dossier et de la direction du Bureau de la concurrence. Comme je l'ai mentionné au paragraphe 160 précédent, le commissaire était informé de la position de Kobo. Kobo n'a pas produit d'éléments de preuve indiquant ou portant à croire que le commissaire n'a pas tenu compte de ces renseignements lorsqu'il a décidé de signer les consentements.

[164] À la lumière de ce qui précède, je conclus qu'il n'était pas déraisonnable que le commissaire limite son examen quant aux documents fournis par Kobo à ceux énoncés précédemment. La façon dont le commissaire et le personnel du Bureau de la concurrence traitent la preuve dans une enquête, particulièrement lorsque celle-ci, comme dans l'espèce, comporte des centaines de milliers de documents, sinon plus, commande un degré élevé de déférence. Quant à l'espèce, j'estime qu'il ne serait pas approprié que notre Cour exige du commissaire qu'il accorde davantage d'importance que ce fut le cas aux renseignements soumis par un participant en particulier, comme Kobo, au Bureau de la concurrence dans le cadre d'une de ses enquêtes.

[165] Pour plus de précision, étant donné l'information qui était devant le commissaire concernant la mise en œuvre de l'arrangement au Canada, je conclus qu'il n'était pas déraisonnable pour le commissaire de déterminer que l'arrangement envisageait le Canada et que celui-ci avait été mis en œuvre au Canada.

C. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence en signant des consentements pour remédier à un arrangement qui n'était pas « conclu ou proposé » au moment de la conclusion de ceux-ci?

[166] Kobo soutient que le commissaire a signé des consentements alors qu'il n'y avait plus d'arrangement, conclu ou proposé, même s'il eut déjà existé au Canada.

[167] In support of its position, Kobo notes that the respondent Publishers settled with the U.S. Department of Justice (DOJ) and consented to final judgments (the U.S. Judgments) in 2012. Kobo asserts that the effect of the U.S. Judgments was to bring an end to the Arrangement. Kobo maintains that from the time the U.S. Judgments took effect, the respondent Publishers have been expressly prohibited from coordinating their activities in respect of the sale of e-books. Kobo adds that, in accordance with terms of the U.S. Judgments, the respondent Publishers terminated the agency agreements that they had at the time with e-book retailers.

[168] As further support for its position, Kobo notes that [***] Insofar as [***] is concerned, Kobo notes that its [***]

[169] In response, the Commissioner states that none of the respondent Publishers adopted the substantive terms of the U.S. Judgments in Canada, and that those publishers continue to operate with the agency agreements contemplated by the Arrangement. He adds that those agency agreements continue to prevent price discounting at retail.

[170] In my view, the Commissioner's conclusions in this regard were not unreasonable.

[171] As Kobo conceded during the hearing of this Application, there is nothing in the U.S. Judgments that terminated the Arrangement insofar as it applied to Canada.

[172] The complaint that was brought against the major book publishers in the U.S. requested “injunctive relieve to prevent further injury to consumers in the United States” (emphasis added).

[173] Consistent with this, the U.S. Judgments required the settling publishers to take certain actions with respect to their agreements with “E-book Retailers” and imposed certain prohibitions on those publishers in their dealings with e-book Retailers and with other e-book Publishers. In turn, the term “E-book Retailer” was defined to mean “any Person that lawfully Sells (or seeks

[167] Kobo appuie sa position sur le fait que les éditeurs défendeurs ont conclu un règlement avec le ministère de la Justice des États-Unis et consenti à des jugements définitifs [les jugements américains] en 2012. Kobo soutient que les jugements américains ont eu pour effet de mettre fin à l'arrangement. Kobo soutient que dès l'entrée en vigueur des jugements américains, il était expressément interdit aux éditeurs défendeurs de coordonner leurs activités quant à la vente de livres numériques. Kobo rajoute que, conformément aux jugements américains, les éditeurs défendeurs ont mis fin aux accords d'agence qu'ils détenaient à l'époque avec les détaillants de livres numériques.

[168] Par ailleurs, Kobo avance que [***] Quant à [***], Kobo remarque que [***]

[169] Le commissaire rétorque qu'aucun des éditeurs défendeurs n'a adopté les modalités de fond des jugements américains au Canada et qu'ils continuent leurs opérations en vertu des accords d'agence prévus par l'arrangement. Il ajoute que ces accords d'agence continuent à empêcher la réduction des prix de vente de détail.

[170] À mon avis, la conclusion du commissaire à ce titre n'est pas déraisonnable.

[171] Comme l'a reconnu Kobo à l'audience de la présente demande, rien dans les jugements américains ne prévoit la résiliation de l'arrangement dans la mesure où il s'appliquait au Canada.

[172] La plainte déposée contre les grands éditeurs aux États-Unis cherchait à obtenir [TRADUCTION] « une mesure d'injonction visant à prévenir d'autres préjudices aux consommateurs des États-Unis » (je souligne).

[173] Ainsi, les jugements américains exigeaient des éditeurs ayant réglé qu'ils prennent certaines mesures par rapport à leurs accords avec les [TRADUCTION] « détaillants de livres numériques » et imposaient certaines interdictions à ces éditeurs quant à leurs interactions avec les détaillants de livres numériques et les autres éditeurs de livres numériques. Ainsi, l'expression

to lawfully Sell) e-books to consumers in the United States, or through which a Publisher Defendant, under an Agency Agreement, Sells e-books to consumers” (emphasis added). The term “E-book Publisher” was also defined by reference to the ownership or control of the copyright or other authority “sufficient to distribute the E-book within the United States to E-book Retailers and to permit such E-book Retailers to Sell the E-book to consumers in the United States” (emphasis added).

[174] In addition, pursuant to Section IV.C. of the U.S. Judgments, the settling publishers were required to provide the U.S. DOJ with advance notice of the formation or the material modification of certain types of transactions relating to the sale, development or promotion of e-books in the United States.

[175] There does not appear to be anything in the U.S. Judgments that in any way extends their operation to Canada, or that was intended to have the effect of terminating the Arrangement in Canada. I note that Justice Gascon reached essentially the same conclusion with respect to the U.S. Judgment to which HarperCollins Publishers LLC is or was subject (*HarperCollins*, above, at paragraphs 179 and 187–190).

[176] Moreover, Kobo has not demonstrated that the U.S. Judgments had any impact on the implementation of the Arrangement in Canada.

[177] Indeed, the shift to the agency model that occurred in Canada over the course of 2010 and 2011 would appear to suggest otherwise. Based on the evidence that was provided to the Commissioner and this Court, it was reasonably open to the Commissioner to conclude that this shift was evidence of the implementation of the Arrangement in Canada (*HarperCollins*, above, at paragraphs 195–204).

[TRANSDUCTION] « détaillant de livres numériques » a été définie pour signifier [TRANSDUCTION] « toute personne vendant légalement (ou cherchant à vendre légalement) des livres numériques aux consommateurs des États-Unis ou agissant en intermédiaire pour l’un des éditeurs défendeurs aux fins de vendre des livres numériques aux consommateurs » (je souligne). L’expression [TRANSDUCTION] « éditeur de livres numériques » a également été définie en faisant référence à la propriété ou au contrôle des droits d’auteurs ou à une autre autorisation [TRANSDUCTION] « suffisante pour la distribution de livres numériques aux détaillants de livres numériques au sein des États-Unis et permettre la vente de livres numériques par ces derniers aux consommateurs des États-Unis » (je souligne).

[174] De plus, conformément à la section IV.C des jugements américains, les éditeurs ayant réglé étaient tenus de remettre au ministère de la Justice un avis préalable quant à la formation ou à la modification importante de certains types de transaction quant à la vente, le développement ou la promotion des livres numériques aux États-Unis.

[175] Il ne semble y avoir aucune mesure dans les jugements américains visant les opérations des éditeurs au Canada ou ayant pour objet de mettre fin à l’arrangement au Canada. Je remarque que le juge Gascon est parvenu à essentiellement la même conclusion quant au jugement américain auquel intervient HarperCollins Publishers LLC (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 179 et 187 à 190).

[176] De plus, Kobo n’a pas démontré que les jugements américains avaient eu des répercussions sur la mise en œuvre de l’arrangement au Canada.

[177] En outre, la transition au modèle d’agence au Canada au cours de 2010 et de 2011 laisse entendre le contraire. Compte tenu de la preuve remise au commissaire et à notre Cour, il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que cette transition était le résultat de la mise en œuvre de l’arrangement au Canada (*HarperCollins*, précitée, aux paragraphes 195 à 204).

[178] Finally, it is not by any means apparent to me that any contractual provisions in Kobo's contracts with [***] or any of the other respondent Publishers precluded the possibility of the Arrangement being implemented in Canada.

[179] During his cross-examination by counsel to the Commissioner, Mr. Tamblin was asked whether any changes were made, insofar as the Canadian e-book market is concerned, in Kobo's contracts with the major book publishers as a result of the settlements in the U.S. He replied that, with the exception of Kobo's contract with [***], he didn't believe that the U.S. settlements resulted in any such changes.

[180] Subsequent to the issuance of the U.S. final judgment in respect of [***] U.S. parent company and certain other major book publishers, Kobo and [***] entered into a short agreement. In essence, that agreement provided that (i) the U.S. territory would be removed from the existing agreement dated March 31, 2010, (ii) the parties would enter into a separate agreement for the sales of digital books in the U.S., and (iii) Kobo would continue serving as [***] agent in Canada in accordance with the terms of the above-mentioned 2010 agreement.

[181] In my view, it is clear on the face of that short agreement that it did not terminate the Arrangement as it relates to Canada. On the contrary, it preserved it as it relates to Canada, while providing that a new agreement would be entered into in relation to the sale of e-books in the U.S.

[182] [***] It is by no means clear to me that this terminated the Arrangement in Canada, insofar as [***] was concerned.

[183] In summary, based on the foregoing, I consider that it was reasonably open to the Commissioner to conclude that the Arrangement remained in force (i.e., that it was "existing") at the time he entered into the CAs with the respondent Publishers. Put differently, it was reasonably open to the Commissioner to conclude on the evidence that was before him that the Arrangement includes Canada and that the U.S. Judgments did not terminate the Arrangement as it relates to this country.

[178] Finalement, à mon avis, aucune clause des ententes contractuelles de Kobo avec [***] ou tout autre éditeur défendeur n'empêche la mise en œuvre éventuelle de l'arrangement au Canada.

[179] Durant le contre-interrogatoire de M. Tamblin par l'avocat du commissaire, il lui a été demandé si des modifications avaient été apportées, quant au marché canadien du livre numérique, aux contrats de Kobo avec les grands éditeurs dans la foulée des règlements aux États-Unis. Il a répondu qu'à l'exception du contrat entre Kobo et [***], il ne croyait pas que les règlements américains avaient entraîné de telles modifications.

[180] À la suite du jugement américain définitif contre la société mère de [***] aux États-Unis et certains autres grands éditeurs, Kobo et [***] ont conclu un bref accord. En résumé, l'accord prévoyait que i) le territoire américain serait retiré de l'accord existant daté du 31 mars 2010; ii) que les parties signeraient un accord séparé quant à la vente de livres numériques aux États-Unis; et iii) que Kobo continuerait d'agir en qualité d'agent canadien pour [***], conformément aux modalités de l'entente de 2010 susmentionnée.

[181] À mon avis, ce bref accord témoigne du fait que l'arrangement n'était pas résilié au Canada. Au contraire, il stipule que l'arrangement était maintenu au Canada, mais qu'un nouvel accord serait convenu quant à la vente de livres numériques aux États-Unis.

[182] [***] Rien n'indique clairement que ceci venait résilier l'arrangement au Canada, du point de vue de [***].

[183] En résumé et à la lumière de ce qui précède, j'estime qu'il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure que l'arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu'il était « existant ») au moment de la signature des consentements avec les éditeurs défendeurs. En d'autres termes, il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure, en regard de la preuve devant lui, que l'arrangement visait le Canada et que les jugements américains n'y mettaient pas fin

It was also reasonably open to the Commissioner to conclude that the contractual provisions discussed above did not terminate the Arrangement in Canada.

X. Conclusion

[184] For the reasons set forth in Part VI above, I have concluded that it would not be appropriate for me to exercise my discretion to hear Kobo's application on the merits.

[185] However, in the event that I have erred in reaching that conclusion, I have assessed this application on its merits and have reached the conclusion that it should be dismissed.

[186] With respect to the first issue that Kobo raised, I have concluded that the Commissioner has territorial jurisdiction in respect of the Arrangement. For the reasons set forth in Parts IX.A.(2)(b)(i) and (ii) above, it can be inferred from the scheme of the Act as a whole that section 90.1 applies to agreements and arrangements that have, or are likely to have, the effect described in that provision, namely, a prevention or lessening of competition in a market, whether they are entered into within or outside Canada. In any event, for the reasons set forth in Part IX.A.(2)(c) above, there is a real and substantial connection between the Arrangement and Canada, such that the Commissioner had territorial jurisdiction to enter into the CAs. Given these conclusions, it is not necessary to address whether the presumption against the extraterritorial application of legislation can be rebutted.

[187] With respect to the second issue that Kobo raised, for the reasons set forth in Part IX.B above, I have concluded that the Commissioner did not err by failing to give greater consideration to the information provided by Kobo. The Commissioner was made aware of the essence of that information, and Kobo has not provided any evidence to suggest that he did not consider it in reaching his decision to enter into the CAs.

[188] With respect to the third issue that Kobo raised, I consider that it was reasonably open to the Commissioner

en ce qui concerne notre pays. Il était également raisonnablement loisible au commissaire de conclure que les stipulations contractuelles abordées précédemment ne résiliaient pas l'arrangement au Canada.

X. Conclusion

[184] Pour les motifs mentionnés à la partie VI ci-haut, j'estime qu'il ne serait pas approprié que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour entendre la demande de Kobo sur le fond.

[185] Toutefois, advenant que j'aie commis une erreur en parvenant à cette conclusion, j'ai analysé cette demande sur le fond et conclu qu'elle devrait être rejetée.

[186] Quant à la première question soulevée par Kobo, j'ai conclu que le commissaire avait la compétence territoriale à l'égard de l'arrangement. Étant donné les motifs figurant aux parties IX.A.(2)(b)(i) et (ii) ci-haut, on peut déduire de l'esprit de la Loi dans son ensemble que l'article 90.1 s'applique à tous les accords et arrangements qui ont, ou risquent d'avoir, l'effet décrit à cette disposition, nommément, d'empêcher ou de diminuer la concurrence dans un marché. À tout événement, pour les motifs énoncés à la partie IX.A.(2)(c), il existe un lien réel et substantiel entre l'arrangement et le Canada, ainsi, le commissaire avait la compétence territoriale de signer les consentements. Étant donné ces conclusions, il n'est pas nécessaire de chercher à savoir s'il est possible de renverser la présomption à l'encontre d'une application extraterritoriale d'une loi.

[187] Quant à la deuxième question soulevée par Kobo, pour les motifs énoncés à la partie IX.B ci-dessus, j'ai conclu que le commissaire n'avait pas commis d'erreur en omettant d'accorder plus d'importance aux renseignements fournis par Kobo. Le commissaire a été informé de l'essentiel de ces renseignements et Kobo n'a pas produit d'éléments de preuve portant à croire qu'il n'a pas tenu compte de ces renseignements dans sa décision de signer les consentements.

[188] Quant à la troisième question, j'estime qu'il était raisonnablement loisible au commissaire de conclure

to conclude that the Arrangement remained in force (i.e., it was “existing”) at the time he entered into the CAs with the respondent Publishers.

que l’arrangement était toujours en vigueur (c.-à-d. qu’il était « existant ») au moment de la signature des consentements avec les éditeurs défendeurs.

JUDGMENT

JUGEMENT

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE que :

1. This application is dismissed with costs payable to the Commissioner.

1. La demande est rejetée avec dépens en faveur du commissaire.

A-81-17
2017 FCA 252

A-81-17
2017 CAF 252

Frank Williams (*Appellant*)

Frank Williams (*appelant*)

v.

c.

Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (*Respondent*)

Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (*intimé*)

INDEXED AS: WILLIAMS v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : WILLIAMS c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court of Appeal, Nadon, Stratas and Webb J.J.A.—Toronto, September 22; Ottawa, December 28, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Stratas et Webb, J.C.A.—Toronto, 22 septembre; Ottawa, 28 décembre 2017.

Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — Appeal from Federal Court order dismissing summary judgment motion brought by appellant — Appellant seeking return of U.S. currency seized at border — Telling border official at reporting station not intending to enter Canada, not carrying currency, monetary instruments equal to or greater than CAD\$10 000 — Secondary inspection revealing appellant in fact carrying equivalent of CAD\$13 518.50 — Currency seized as forfeit pursuant to Act, s. 18(1) — Appellant arguing that trigger for making currency report under Act, s. 12(1) not present because decision not to import currency already expressed under Act, s. 13 — Federal Court concluding, inter alia, intent not to enter Canada irrelevant to obligation to report currency — Whether s. 13 triggered by appellant; if so, whether appellant having to make report under s. 12(1) — Federal Court not erring when proceeding on basis that appellant triggering s. 13 — Substance, not form, of what traveller says having to be examined — Appellant's statement that he did not intend to enter Canada in substance statement that he did not intend to import anything — Person expressing intent not to import currency not needing to make report under s. 12(1) — This advancing purpose of protecting privacy of persons under Act, s. 3(b) — Otherwise, s. 13 having no practical use — Even if report not made under Act, s. 12(1), Act, s. 14(3) requiring border services officers to return any retained currency once traveller advising officer that currency not being imported — S. 14(3) confirming interpretation that failure to report not cause for forfeiture of currency as long as timely decision not to import or export expressed — Words "at any time" in s. 13 precise, unequivocal — No reason to read them down — Seizure of appellant's currency not authorized by law — Order set aside, motion for summary judgment granted — Appeal allowed.

Douanes et Accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté une requête en jugement sommaire présentée par l'appellant — L'appellant a demandé que lui soient restituées des espèces en devises américaines saisies à un bureau de douane — Au poste des déclarations, il a dit à l'agent qu'il n'avait pas l'intention d'entrer au Canada et qu'il n'avait pas en sa possession des espèces ou effets d'une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN — Une inspection secondaire a révélé que l'appellant avait en sa possession l'équivalent de 13 518,50 \$CAN — Les espèces ont été saisies à titre de confiscation en vertu de l'art. 18(1) de la Loi — L'appellant a fait valoir que l'élément déclencheur de l'obligation de faire une déclaration en application de l'art. 12(1) de la Loi n'était pas présent parce qu'il avait déjà exprimé sa décision de ne pas les importer en application de l'art. 13 de la Loi — La Cour fédérale a conclu notamment que le fait de ne pas avoir l'intention d'entrer au Canada n'avait rien à voir avec l'obligation de déclaration — Il s'agissait de savoir si l'appellant a déclenché l'application de l'art. 13 et, dans l'affirmative, s'il était obligé de faire la déclaration prévue à l'art. 12(1) — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur en partant du principe que l'appellant a déclenché l'application de l'art. 13 — C'est la substance, et non la forme, de ce que le voyageur dit qu'il convient d'examiner — Les mots de l'appellant, à savoir qu'il n'avait pas eu l'intention d'entrer au Canada, signifiaient qu'il n'avait pas l'intention d'importer les espèces — La personne qui a exprimé son intention de ne pas importer des espèces n'a pas besoin de faire la déclaration prévue à l'art. 12(1) — Cela favorise l'objet de protection de la vie privée des personnes aux termes de l'art. 3b) de la Loi — Sinon, l'art. 13 n'a aucune utilité pratique — Même si la déclaration prévue à l'art. 12(1) de la Loi n'a pas été faite, l'art. 14(3) de

la Loi exige de l'agent des services frontaliers qu'il remette les espèces ou effets qui sont retenus dès lors que le voyageur l'informe que les espèces ou les effets ne sont pas importés — L'art. 14(3) confirme l'interprétation selon laquelle le défaut de faire une déclaration ne justifie pas de confisquer les espèces ou effets dans la mesure où la personne a dûment et en temps opportun renoncé à leur importation ou exportation — Les mots « en tout temps » de l'art. 13 sont précis et non équivoques — Aucun motif ne justifiait d'en donner une interprétation atténuée — La saisie des espèces de l'appellant n'était pas autorisée par la loi — L'ordonnance a été annulée et la requête en jugement sommaire a été accueillie — Appel accueilli.

This was an appeal from a Federal Court order dismissing a summary judgement motion brought by the appellant.

In the underlying action, the appellant sought the return of a certain amount of United States currency that a border services officer seized from him at a customs reporting station. At the station, the appellant told the officer that he had not intended to enter Canada, that he had done so accidentally. He declared that he was not carrying currency equal to or greater than CAD\$10 000. A secondary inspection revealed that the appellant had the equivalent of CAD\$13 518.50 on his person. The currency “was seized as forfeit”, purportedly under the authority of subsection 18(1) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*. In the underlying action, the appellant argued that the trigger for making a currency report under subsection 12(1) of the Act was not present because he had already expressed his decision not to import the currency under section 13 of the Act. The Federal Court concluded, inter alia, that the appellant’s intent not to enter Canada was irrelevant to his obligation to report, which takes primacy over section 13.

At issue was whether section 13 was triggered by the appellant, and if so, whether he had to make a report under subsection 12(1) of the Act.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court did not commit any reversible error when it proceeded on the basis that the appellant had triggered section 13. It is the substance, not the form, of what the traveller says that must be examined. The appellant’s words, i.e. that he did not intend to enter Canada, could only be construed as meaning that he was going back to the United States. Viewed in these circumstances, the appellant did the objective act

Il s’agissait d’un appel d’une ordonnance rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté une requête en jugement sommaire présentée par l’appellant.

Dans son action sous-jacente, l’appellant a demandé que lui soient restituées des espèces en devises américaines qu’un agent des services frontaliers a saisies à un bureau de douane. Au poste des déclarations, l’appellant a dit à l’agent qu’il n’avait pas l’intention d’entrer au Canada et que c’était par accident qu’il s’y trouvait. Il a déclaré qu’il n’avait pas en sa possession des espèces ou effets d’une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN. Une inspection secondaire a révélé que l’appellant avait en sa possession l’équivalent de 13 518,50 \$CAN. Les espèces « ont été saisies à titre de confiscation » apparemment en vertu du paragraphe 18(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. Dans son action sous-jacente, l’appellant a fait valoir que l’élément déclencheur de l’obligation de faire une déclaration en application du paragraphe 12(1) de la Loi n’était pas présent parce qu’il avait déjà exprimé sa décision de ne pas les importer en application de l’article 13 de la Loi. La Cour fédérale a conclu notamment que le fait que l’appellant n’avait pas l’intention d’entrer au Canada n’avait rien à voir avec son obligation de déclaration, qui l’emporte sur l’article 13.

Il s’agissait de savoir si l’appellant a déclenché l’application de l’article 13 et, dans l’affirmative, s’il était obligé de faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

La Cour fédérale n’a commis aucune erreur justifiant l’annulation de sa décision en partant du principe que l’appellant avait déclenché l’application de l’article 13. C’est la substance, et non la forme, de ce que le voyageur dit qu’il convient d’examiner. Les mots de l’appellant, à savoir qu’il n’avait pas eu l’intention d’entrer au Canada, peuvent seulement être interprétés comme signifiant qu’il retournerait directement aux

required to trigger section 13, the communication of a decision not to import.

A person who has expressed his or her intention not to import currency into Canada need not make a report under subsection 12(1). Section 13 can only mean that once a person expresses a decision not to import, that person need not report under the Act. This advances the purpose of protecting “the privacy of persons with respect to personal information about themselves” under section 3(b) of the Act. Once a person makes a currency report under subsection 12(1) of the Act, the person’s privacy interests evaporate. If section 13 does not eliminate the requirement to report and prevent the privacy-diminishing consequences, it has no practical use. Even if a report has not been made under subsection 12(1), subsection 14(3) of the Act requires border services officers to return any retained currency or monetary instruments once the traveller advises the border services officer that the currency or monetary instruments are not being imported. Subsection 14(3) represents a slight extension of section 13 and confirms the interpretation that a failure to report is not cause for the forfeiture of currency or monetary instruments as long as a proper and timely decision not to import or export is expressed. The section 13 words “at any time” before the currency is retained under section 14 or forfeited under section 18 are, in the words of *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, “precise and unequivocal”. There is no reason consistent with the purpose of the Act to read them down. Section 13 does not rely on a subjective intention not to import. To trigger section 13 a person must express the decision. Section 13 performs a very limited function at the border: it protects a privacy interest for individuals who are not importing currency or monetary instruments. It does not immunize travellers engaging in unlawful activities. For those reasons, the seizure and forfeiture of the appellant’s currency was not authorized by law.

The order was set aside and the appellant’s motion for summary judgment was granted.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, Appendix III.
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].

États-Unis. Dans les circonstances, l’appelant a posé l’acte objectif nécessaire pour déclencher l’application de l’article 13, à savoir qu’il a communiqué sa décision de ne pas importer les espèces.

La personne qui a exprimé son intention de ne pas importer des espèces au Canada n’a pas besoin de faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1). L’article 13 peut seulement vouloir dire que la personne qui renonce à importer les effets ou espèces n’a pas besoin de faire la déclaration prévue à la Loi. Cela favorise l’objet de protection de « la vie privée des personnes à l’égard des renseignements personnels les concernant » aux termes de l’alinéa 3b) de la Loi. Lorsqu’une personne fait la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi, son droit à la vie privée disparaît. Si l’article 13 n’a pas pour effet d’écarter l’obligation de déclaration et d’empêcher toutes ces atteintes à la protection de la vie privée, il n’a aucune utilité pratique. Même si la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi n’a pas été faite, le paragraphe 14(3) de la Loi exige de l’agent des services frontaliers qu’il remette les espèces ou effets qui sont retenus dès lors que le voyageur l’informe que les espèces ou les effets ne sont pas importés. Le paragraphe 14(3) va légèrement plus loin que l’article 13 et confirme l’interprétation selon laquelle le défaut de faire une déclaration ne justifie pas de confisquer les espèces ou effets dans la mesure où la personne a dûment et en temps opportun renoncé à leur importation ou exportation. Les mots « en tout temps » de l’article 13 avant que les espèces soient retenues en application de l’article 14 ou confisquées en application de l’article 18 sont, pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, « précis et non équivoque[s] ». Aucun motif s’accordant avec l’objet de la Loi ne justifie d’en donner une interprétation atténuée. L’article 13 ne dépend pas d’une intention subjective de renoncer à l’importation. Pour qu’il s’applique, la personne doit exprimer la décision de renoncer à l’importation. L’article 13 exerce une fonction très limitée à la frontière : il protège un aspect du droit à la vie privée de la personne qui n’importe pas d’espèces ou d’effets. Il ne protège pas les voyageurs qui se livrent à des activités illégales. Pour ces motifs, la saisie et la confiscation des espèces de l’appelant n’étaient pas autorisées par la loi.

L’ordonnance a été annulée et la requête en jugement sommaire de l’appelant a été accueillie.

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].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

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], ss. 91, 92.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations, SOR/2002-412, s. 2(1).
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 11(1), 98, 99, 107, 110, 153, 153.1, 160, 160.1, 161, 163.5.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 36(1).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 215(2)(b).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21.
Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 3, 12(1),(4),(5), 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 30, 55(3), 55.1, 56, 56.1, 74(1).

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), appendice III.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21.
Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17, art. 3, 12(1),(4),(5), 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 30, 55(3), 55.1, 56, 56.1, 74(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 36(1).
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 11(1), 98, 99, 107, 110, 153, 153.1, 160, 160.1, 161, 163.5.
Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets, DORS/2002-412, art. 2(1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 215(2)(b).

CASES CITED

APPLIED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140.

REFERRED TO:

Doyon v. Canada (Attorney General), 2009 FCA 152, 312 D.L.R. (4th) 142; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143; *Canada v. Guindon*, 2013 FCA 153, [2014] 4 F.C.R. 786, 360 D.L.R. (4th) 51; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, 9 C.R.A.C. 13 (P.C.); *Gray (In Re)* (1918), 57 S.C.R. 150, 42 D.L.R. 1; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, (1998), 165 D.L.R. (4th) 1; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, (1996), 137 D.L.R. (4th) 449; *Ontario Public School Boards' Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346, 45 C.R.R. (2d) 341 (Ont. Gen. Div.); *Azouz v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1222; *Zeid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 539, 326 F.T.R. 219; *Hoang v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2006 FC 182, [2006] 4 F.C.R. 309.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140.

DÉCISIONS CITÉES :

Doyon c. Canada (Procureur général), 2009 CAF 152; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Agence canadienne d'inspection des aliments*, 2017 CAF 45; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; *Canada c. Guindon*, 2013 CAF 153, [2014] 4 R.C.F. 786; *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, 9 C.R.A.C. 13 (P.C.); *Gray (In Re)* (1918), 57 S.C.R. 150, 42 D.L.R. 1; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Ontario Public School Boards' Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346, 45 C.R.R. (2d) 341 (Div. gén. Ont.); *Azouz c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1222; *Zeid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 539; *Hoang c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2006 CF 182, [2006] 4 R.C.F. 309.

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.

APPEAL from a Federal Court order (T-944-16, 2017 FC 234, McDonald J., order dated February 24, 2017, not reported) dismissing a summary judgement motion brought by the appellant. Appeal allowed.

APPEARANCES

Leo Salloum for appellant.
Jacob Pollice for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Grill Barristers, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: Mr. Williams appeals from the order dated February 24, 2017 of the Federal Court (*per* McDonald J.): 2017 FC 234. The Federal Court dismissed a summary judgment motion brought by Mr. Williams in an action he has started.

[2] In his action, Mr. Williams seeks the return of certain United States currency that a border services officer seized from him at a customs reporting station. Part of the currency has been declared forfeited.

[3] Whether Mr. Williams succeeds depends solely on a legal question: was the seizure and forfeiture of his currency authorized by law? Mr. Williams says no. The respondent Minister says yes. The Federal Court agreed with the Minister. Mr. Williams now appeals.

DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014.

APPEL d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale (T-944-16, 2017 CF 234, la juge McDonald, ordonnance rendue le 24 février 2017, non publiée), qui a rejeté une requête en jugement sommaire présentée par l'appellant. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Leo Salloum, pour l'appellant.
Jacob Pollice, pour l'intimé.

PROCUREURS INSCRITS AU DOSSIER

Grill Barristers, Toronto, pour l'appellant.
La sous-procureure générale du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : M. William interjette appel de l'ordonnance rendue le 24 février 2017 par la Cour fédérale (la juge McDonald) : 2017 CF 234. La Cour fédérale a rejeté une requête en jugement sommaire présentée par M. Williams dans le cadre d'une action qu'il a intentée.

[2] Dans son action, M. Williams demande que lui soient restituées des espèces en devises américaines qu'un agent des services frontaliers a saisies à un bureau de douane. Une partie des espèces ont été déclarées confisquées.

[3] La question de savoir si M. Williams aura gain de cause dépend uniquement d'une question de droit : la saisie et la confiscation de ses espèces étaient-elles autorisées par la loi? M. Williams dit qu'elles ne l'étaient pas. Le ministre intimé dit qu'elles l'étaient. La Cour fédérale a donné raison au ministre. M. Williams interjette maintenant appel de cette décision.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal and grant summary judgment in Mr. Williams' favour.

[5] The border services officer had no legal power under the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17 (the Act) to seize any of the currency. The respondent Minister has pointed to no other legal authority to justify the seizure. Thus, Mr. Williams is entitled to the return of all of his currency.

A. The nature of the motion in the Federal Court

[6] Mr. Williams' motion for summary judgment was brought under paragraph 215(2)(b) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. In his notice of motion, Mr. Williams specifically sought the determination of a question of law concerning the authority of the border services officer and then judgment in the action in his favour on the basis that no genuine issue for trial remained.

[7] The parties did not file any affidavits in the summary judgment motion. Thus, the only facts the Federal Court could have relied upon in determining Mr. Williams' motion are those that the Minister pleaded to or admitted to in his statement of defence.

[8] Given this, the thrust of Mr. Williams' motion is clear: judgment must be granted in his favour because, on the facts the Minister pleaded or admitted, the border services officer had no legal authority to seize his currency.

B. The facts for the purposes of the summary judgment motion

[9] On July 3, 2015, Mr. Williams travelled eastbound for Canada on the Blue Water Bridge. The bridge connects Port Huron, Michigan, United States and Sarnia, Ontario, Canada. At the Canada Border Services Agency reporting station, Mr. Williams told the border services officer that "he made a wrong turn and did not intend to enter Canada". See statement of defence, at paragraphs 5 and 6.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel et j'accorderais un jugement sommaire en faveur de M. Williams.

[5] L'agent des services frontaliers n'avait aucun pouvoir de saisir les espèces en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 (la Loi). Le ministre intimé n'a invoqué aucun autre pouvoir légal pour justifier la saisie. Par conséquent, M. Williams a droit à la restitution de toutes ses espèces.

A. La nature de la requête devant la Cour fédérale

[6] La requête en jugement sommaire a été présentée par M. Williams en vertu de l'alinéa 215(2)b des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Dans son avis de requête, M. Williams a demandé expressément à la cour de statuer sur le point de droit concernant le pouvoir de l'agent des services frontaliers, puis de faire ensuite droit à son action étant donné qu'il ne restait aucune véritable question litigieuse à trancher.

[7] Les parties n'ont déposé aucun affidavit dans la requête en jugement sommaire. Ainsi, les seuls faits sur lesquels la Cour fédérale a pu s'appuyer pour statuer sur la requête de M. Williams sont ceux que le ministre a plaidés ou qu'il a admis dans sa défense.

[8] Cela étant, l'essentiel de la requête de M. Williams est clair : sa requête doit être accueillie parce que, selon les faits plaidés ou admis par le ministre, l'agent des services frontaliers n'avait aucun pouvoir légal de saisir ses espèces.

B. Les faits sous-tendant la requête en jugement sommaire

[9] Le 3 juillet 2015, M. Williams circulait en direction est, vers le Canada, sur le pont Blue Water. Le pont relie Port Huron au Michigan (États-Unis) à Sarnia en Ontario (Canada). Au poste des déclarations de l'Agence des services frontaliers du Canada, M. Williams a dit à l'agent des services frontaliers [TRADUCTION] qu'« il s'était trompé de route et n'avait pas l'intention d'entrer au Canada ». Voir l'exposé de la défense, aux paragraphes 5 et 6.

[10] The border services officer then “proceeded with the standard line of questioning, including whether or not [Mr. Williams] was in possession of currency or monetary instruments equal to or greater than CAD\$10,000.00”: statement of defence, paragraph 6. Mr. Williams replied, falsely, that he was not.

[11] The border services officer then referred Mr. Williams to secondary inspection. There, Mr. Williams was asked about a large bulge in the front pocket of his shorts. Mr. Williams replied that he was carrying approximately \$6 000. When asked to produce the currency for inspection, Mr. Williams “admitted that he may, in fact, be in possession of upwards of \$10,000.00 as he was holding \$2,500.00 for one of his passengers”. See statement of defence, paragraph 7.

[12] In fact, Mr. Williams was carrying USD\$10 758, then the equivalent of CAD\$13 518.50: statement of defence, paragraph 8. When asked why he had not reported the currency, Mr. Williams stated that “he was confused when initially questioned because he had not intended to come to Canada and that he had actually forgotten that he had it in his pocket”: statement of defence, paragraph 9.

[13] Soon afterward, Mr. Williams’ currency “was seized as forfeit”, purportedly under the authority of subsection 18(1) of the Act: statement of defence, paragraph 10. As a result of a later administrative decision, the Minister decided that USD\$2 020 should be returned to Mr. Williams because it was proven to be legitimate in origin: statement of defence, paragraphs 11–13. The rest, USD\$8 738, remained seized as forfeit.

[14] Upon receipt of the Minister’s decision, Mr. Williams brought an action in the Federal Court seeking the return of the USD\$8 738. This is how an aggrieved person can obtain review of the Minister’s decision: Act, section 30. Mr. Williams also seeks pre-judgment interest running from the date of seizure

[10] L’agent des services frontaliers a ensuite [TRADUCTION] « posé les questions habituelles, y compris celle de savoir si M. Williams avait en sa possession des espèces ou effets d’une valeur égale ou supérieure à 10 000 \$CAN » : exposé de la défense, au paragraphe 6. M. Williams a répondu faussement qu’il n’en avait pas.

[11] L’agent des services frontaliers a ensuite dirigé M. Williams vers une aire d’inspection secondaire, où il a été interrogé au sujet du renflement que présentait la poche avant de son short. M. Williams a répondu qu’il avait environ 6 000 \$. Lorsqu’on lui a demandé de montrer les espèces pour inspection, M. Williams [TRADUCTION] « a admis qu’il pouvait, en fait, avoir en sa possession jusqu’à environ 10 000 \$ étant donné qu’il gardait 2 500 \$ pour un de ses passagers ». Voir l’exposé de la défense, au paragraphe 7.

[12] En fait, M. Williams avait en sa possession 10 758 \$US, ce qui équivalait à 13 518,50 \$CAN : exposé de la défense, au paragraphe 8. Quand on lui a demandé pourquoi il n’avait pas déclaré les espèces, M. Williams a répondu [TRADUCTION] qu’« il a été dérouté lorsqu’on lui a d’abord posé la question, parce qu’il n’avait pas l’intention de venir au Canada et qu’il avait effectivement oublié qu’il avait cet argent dans sa poche » : exposé de la défense, au paragraphe 9.

[13] Peu après, les espèces de M. Williams « ont été saisies à titre de confiscation » apparemment en vertu du paragraphe 18(1) de la Loi : exposé de la défense, au paragraphe 10. Le ministre a ensuite décidé, dans une décision administrative, que la somme de 2 020 \$US devait être restituée à M. Williams parce qu’il avait été prouvé qu’elle était d’origine légitime : exposé de la défense, aux paragraphes 11 à 13. Le reste, 8 738 \$US, est demeuré saisi à titre de confiscation.

[14] Dès réception de la décision du ministre, M. Williams a intenté une action devant la Cour fédérale, sollicitant la restitution des 8 738 \$US. C’est ainsi qu’une personne s’estimant lésée peut obtenir la révision de la décision du ministre : article 30 de la Loi. M. Williams a également réclamé des intérêts avant

on the full amount originally seized from him, as none of it has been returned to him.

C. The Act

[15] The Act creates a regime for the regulation of currency and monetary instruments imported or exported by cross-border travellers. Under the Act, any amount of currency and monetary instruments may be imported or exported.

[16] But there is a reporting requirement in subsection 12(1) of the Act. Under this subsection, cross-border travellers must report “the importation or exportation of [domestic and foreign] currency or monetary instruments” equal or greater than a reporting threshold. The reporting threshold is CAD\$10 000: *Cross-border Currency and Monetary Instruments Reporting Regulations*, SOR/2002-412, subsection 2(1).

[17] Thus, the objective of the Act is not to prevent cross-border flows of large amounts of currency and monetary instruments, but rather to keep track of the cross-border flows. This objective is meant to fulfil certain larger purposes, including, broadly speaking, the detection and prevention of money laundering, terrorist financing and organized crime. These are explicitly set out in section 3 of the Act:

Object

3 The object of this Act is

(a) to implement specific measures to detect and deter money laundering and the financing of terrorist activities and to facilitate the investigation and prosecution of money laundering offences and terrorist activity financing offences, including

(i) establishing record keeping and client identification requirements for financial services providers and other persons or entities that engage in businesses, professions or activities that are susceptible

judgement à compter de la date de la saisie, et ce, sur les fonds entiers saisis au départ étant donné qu’aucune restitution n’avait eu lieu.

C. La Loi

[15] La Loi crée un régime visant à réglementer l’importation ou l’exportation des espèces ou effets par les voyageurs transfrontaliers. La Loi prévoit que toute quantité d’espèces ou effets peut être importée ou exportée.

[16] Le paragraphe 12(1) de la Loi impose cependant une exigence en matière de déclaration. Il prévoit que les personnes qui franchissent la frontière « sont tenues de déclarer [...] l’importation ou l’exportation des espèces ou effets [nationaux ou étrangers] d’une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire ». Le seuil de déclaration est de 10 000 \$CAN : *Règlement sur la déclaration des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets*, DORS/2002-412, paragraphe 2(1).

[17] Par conséquent, l’objet de la Loi n’est pas d’empêcher les mouvements transfrontaliers de grande quantité d’espèces et d’effets, mais plutôt de suivre ces mouvements. Cet objet vise à atteindre d’autres objectifs, plus généraux, dont la détection et la prévention du recyclage des produits de la criminalité et du financement des activités terroristes et du crime organisé. Ceux-ci sont exposés explicitement à l’article 3 de la Loi :

Objet

3 La présente loi a pour objet :

a) de mettre en œuvre des mesures visant à détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes, notamment :

(i) imposer des obligations de tenue de documents et d’identification des clients aux fournisseurs de services financiers et autres personnes ou entités qui se livrent à l’exploitation d’une entreprise ou à

to being used for money laundering or the financing of terrorist activities,

(ii) requiring the reporting of suspicious financial transactions and of cross-border movements of currency and monetary instruments, and

(iii) establishing an agency that is responsible for ensuring compliance with Parts 1 and 1.1 and for dealing with reported and other information;

(b) to respond to the threat posed by organized crime by providing law enforcement officials with the information they need to deprive criminals of the proceeds of their criminal activities, while ensuring that appropriate safeguards are put in place to protect the privacy of persons with respect to personal information about themselves;

(c) to assist in fulfilling Canada's international commitments to participate in the fight against transnational crime, particularly money laundering, and the fight against terrorist activity; and

(d) to enhance Canada's capacity to take targeted measures to protect its financial system and to facilitate Canada's efforts to mitigate the risk that its financial system could be used as a vehicle for money laundering and the financing of terrorist activities.

[18] In order to advance these larger purposes, reports under subsection 12(1) are sent to the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC): subsection 12(5) of the Act. The *Customs Act* also allows information obtained through these reports to be shared widely in certain circumstances: see, e.g., paragraphs 107(4)(c) and 107(5)(k) of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1.

[19] In support of this regime, the Act provides for the temporary retention of imported or exported currency and monetary instruments (section 14), the interception of mail (sections 17 and 21) and for searches of persons (section 15) and conveyances (section 16).

l'exercice d'une profession ou d'activités susceptibles d'être utilisées pour le recyclage des produits de la criminalité ou pour le financement des activités terroristes,

(ii) établir un régime de déclaration obligatoire des opérations financières douteuses et des mouvements transfrontaliers d'espèces et d'effets,

(iii) constituer un organisme chargé du contrôle d'application des parties 1 et 1.1 et de l'examen de renseignements, notamment ceux portés à son attention au titre du sous-alinéa (ii);

b) de combattre le crime organisé en fournissant aux responsables de l'application de la loi les renseignements leur permettant de priver les criminels du produit de leurs activités illicites, tout en assurant la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant;

c) d'aider le Canada à remplir ses engagements internationaux dans la lutte contre le crime transnational, particulièrement le recyclage des produits de la criminalité, et la lutte contre les activités terroristes;

d) de renforcer la capacité du Canada de prendre des mesures ciblées pour protéger son système financier et de faciliter les efforts qu'il déploie pour réduire le risque que ce système puisse servir de véhicule pour le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes.

[18] Afin de favoriser l'atteinte de ces objectifs généraux, les déclarations recueillies en application du paragraphe 12(1) sont transmises au Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE) : paragraphe 12(5) de la Loi. La *Loi sur les douanes* permet par ailleurs la communication à grande échelle, dans certaines circonstances, des renseignements obtenus au moyen de ces déclarations : voir p. ex., les alinéas 107(4)c) et 107(5)k) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1.

[19] De plus, la Loi prévoit la possibilité de retenir temporairement des espèces ou effets importés ou exportés (article 14), d'intercepter le courrier (articles 17 et 21) et de fouiller des personnes (article 15) et des moyens de transport (article 16).

[20] The Act also provides that where a border services officer has reasonable grounds to believe that a person has not reported under subsection 12(1) of the Act the importation or exportation of currency or monetary instruments exceeding the reporting threshold, the currency or monetary instruments may be “seize[d] as forfeit” (section 18). In this case, the parties are agreed that if in fact Mr. Williams was not under an obligation to report his currency under subsection 12(1) of the Act, the border services officer had no reasonable grounds to seize the currency.

[21] Considering the basic facts of this case and this legislative regime as explained thus far, one might conclude that the seizure of currency from Mr. Williams was authorized by law. He carried currency in excess of CAD\$10 000 across the border and did not report it. On its face, subsection 12(1) requires that a report be made in circumstances such as these. And, as mentioned, section 18 allows for the currency to be seized where a report is not made when it should have been made.

[22] But that conclusion would be too hasty. For there is another section in the Act that Mr. Williams says relieves him from making a report under subsection 12(1). It is section 13.

[23] Section 13 allows a person who is required to report currency to “decide not to proceed further with importing or exporting” the currency “at any time” before the currency is retained under section 14 or forfeited under section 18. The parties agree that to trigger section 13 a person must not only make the decision not to proceed further with the importation or exportation but must state the decision to the border services officer.

[24] If, as here, a person triggers section 13 immediately upon arrival in Canada—i.e., in effect states that he is not importing anything into Canada—does the person have to make a report under subsection 12(1) of the Act?

[20] La Loi dispose également que, s’il a des motifs raisonnables de croire qu’une personne n’a pas, en contravention du paragraphe 12(1) de la Loi, déclaré des espèces ou effets dont la valeur dépasse le seuil de déclaration, l’agent des services frontaliers peut « saisir à titre de confiscation » les espèces ou effets (article 18). Dans la présente affaire, les parties conviennent que, si M. William n’était pas tenu de déclarer ses espèces, conformément au paragraphe 12(1) de la Loi, l’agent des services frontaliers n’avait aucun motif raisonnable de les saisir.

[21] Si l’on tient compte des faits principaux de la présente affaire et du régime législatif que nous venons d’expliquer, il est possible de conclure que la Loi permettait la saisie des espèces de M. Williams. Ce dernier transportait des espèces d’une valeur supérieure à 10 000 \$CAN de l’autre côté de la frontière et ne l’a pas déclaré. À première vue, le paragraphe 12(1) exige qu’une déclaration soit faite dans de telles circonstances. Et comme nous l’avons mentionné, l’article 18 permet la saisie des espèces lorsqu’une personne ne fait pas une déclaration qu’elle aurait dû faire.

[22] Or, pareille conclusion serait prématurée. C’est qu’il existe une autre disposition qui, selon M. Williams, le libère de l’obligation de déclaration prévue au paragraphe 12(1). Il s’agit de l’article 13.

[23] L’article 13 permet à la personne qui a l’obligation de déclarer les espèces de « renoncer à poursuivre leur importation ou exportation », « en tout temps » avant leur rétention en application de l’article 14 ou leur confiscation en application de l’article 18. Les parties conviennent que, pour que l’article 13 s’applique, la personne ne doit pas seulement renoncer à poursuivre l’importation ou l’exportation des espèces, elle doit aussi faire connaître sa décision à l’agent des services frontaliers.

[24] Si, comme en l’espèce, une personne déclenche l’application de l’article 13 dès son arrivée au Canada — p. ex., en déclarant qu’elle n’importe rien au Canada — cette personne est-elle obligée de faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi?

[25] The answer to this legal question determines the outcome of this case:

- If the answer is yes—i.e., even though Mr. Williams triggered section 13, he still had to make a report under subsection 12(1) of the Act—then Mr. Williams’ failure to comply with subsection 12(1) of the Act is sufficient legal authority for the forfeiture of the currency under section 18 of the Act. As mentioned, section 18 allows for the currency to be seized where an officer has reasonable grounds to believe that a report that should have been made under the Act is not made. Thus, the currency was properly seized.
- If the answer is no—i.e., Mr. Williams triggered section 13 and so he did not need to make a report under subsection 12(1) of the Act—then Mr. Williams did not offend subsection 12(1) of the Act. This changes everything: the prerequisite for section 18—which authorizes seizure only when there is a reasonable belief that a report is required and not made—is not present. Thus, there is no legal authority for the seizure of Mr. Williams’ currency under section 18 of the Act and so Mr. Williams should get his currency back.

D. Mr. Williams’ position

[26] Immediately upon arriving in Canada, Mr. Williams announced he was accidentally in Canada and later, consistent with this, stated that did not intend to be in Canada. This is the expression of a decision not to enter Canada and, thus, not to import anything into Canada. Section 13 allows him to announce this “at any time” before the currency is retained or forfeited. Mr. Williams says that this includes the time before a report is made under subsection 12(1) of the Act. He emphasizes the words “at any time”.

[25] La réponse à cette question de droit est déterminante quant à l’issue de la présente affaire :

- Si la réponse est oui — p. ex., même si M. Williams a déclenché l’application de l’article 13, il devait quand même faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi — alors le fait que M. Williams ne se soit pas conformé au paragraphe 12(1) de la Loi autorisait l’agent à confisquer les espèces en application de l’article 18 de la Loi. Comme il est mentionné, l’article 18 permet la saisie des espèces lorsque l’agent a des motifs raisonnables de croire que la déclaration exigée par la Loi n’a pas été faite. Ainsi, les espèces ont été dûment saisies.
- Si la réponse est non — p. ex., M. Williams a déclenché l’application de l’article 13 et n’avait donc pas à faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi — alors M. Williams n’a pas contrevenu au paragraphe 12(1) de la Loi. Cela change tout : la condition préalable à l’application de l’article 18 — qui n’autorise la saisie que s’il existe un doute raisonnable qu’une déclaration doit être faite et qu’elle n’a pas été faite — n’est pas présente. Par conséquent, l’agent n’était pas légalement autorisé à saisir les espèces de M. Williams en application de l’article 18 de la Loi de sorte que M. Williams a droit à la restitution de ses espèces.

D. La thèse de M. Williams

[26] Dès son arrivée au Canada, M. Williams a déclaré que c’était par accident qu’il s’y trouvait, et plus tard, dans le même ordre d’idées, il a dit qu’il n’avait pas eu l’intention de venir au Canada. C’est là l’expression d’une décision de ne pas entrer au Canada et, partant, de ne rien importer au Canada. L’article 13 lui permet de faire cette déclaration « en tout temps » avant que les espèces soient retenues ou confisquées. M. Williams affirme que cela comprend aussi le temps qui précède la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi. Il insiste sur les mots « en tout temps ».

[27] Thus, according to Mr. Williams, the trigger for making a report under subsection 12(1)—the “importation or exportation” of currency over CAD\$10 000—was not present. According to Mr. Williams, he was not obligated to report that he was importing currency because he had already expressed his decision not to import the currency under section 13.

E. The Federal Court’s decision

[28] The Federal Court rejected Mr. Williams’ submissions. It adopted those of the Minister. In this Court, the Minister adopts the reasoning of the Federal Court.

[29] The Federal Court held (at paragraph 14) that the obligation to report to the officer “the importation ... of currency” over CAD\$10 000 in subsection 12(1) of the Act “is the first step in the importation of currency”.

[30] In the Federal Court’s view, the decision “not to proceed further with importing or exporting” the currency can only be taken after the report under subsection 12(1) of the Act has been made. Only after the report can a person “choose to ‘opt out’ of the importation pursuant to section 13” (at paragraph 16).

[31] According to the Federal Court, the fact that Mr. Williams did not intend to enter Canada “is irrelevant to his obligation to report and to answer truthfully the questions” asked by the border services officer under subsection 12(1) of the Act (at paragraph 18). In its view, interpreting section 13 in the manner suggested by Mr. Williams is inconsistent with the reporting obligations imposed by subsection 12(1) of the Act. In effect, the obligation to report under subsection 12(1) takes primacy over section 13.

[32] Therefore, according to the Federal Court, the border services officer in this case—who had a belief on reasonable grounds that Mr. Williams did not make

[27] Ainsi, selon M. Williams, l’élément déclencheur de l’obligation de faire une déclaration en application du paragraphe 12(1) — « l’importation ou l’exportation » d’espèces d’une valeur supérieure à 10 000 \$CAN — n’était pas présent. M. Williams affirme qu’il n’était pas tenu de déclarer qu’il importait des espèces parce qu’il avait déjà exprimé sa décision de ne pas les importer en application de l’article 13.

E. La décision de la Cour fédérale

[28] La Cour fédérale a rejeté la thèse de M. Williams. Elle a adopté celle du ministre. Devant notre Cour, le ministre a adopté les motifs de la Cour fédérale.

[29] Au paragraphe 14 de ses motifs, la Cour fédérale a conclu que l’obligation imposée par le paragraphe 12(1) de la Loi de déclarer à l’agent « l’importation [...] des espèces » d’une valeur supérieure à 10 000 \$CAN [TRADUCTION] « est la première étape de l’importation d’espèces ».

[30] Selon la Cour fédérale, il n’est possible de prendre la décision de « renoncer à poursuivre leur importation ou exportation » qu’après avoir fait la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi. Ce n’est qu’après avoir fait cette déclaration qu’une personne peut [TRADUCTION] « choisir de renoncer à l’importation en application de l’article 13 » (au paragraphe 16).

[31] Toujours selon la Cour fédérale, le fait que M. Williams n’avait pas l’intention d’entrer au Canada [TRADUCTION] « n’a rien à voir avec son obligation de déclaration ni avec l’obligation qu’il a de répondre honnêtement aux questions » posées par l’agent des services frontaliers conformément au paragraphe 12(1) de la Loi (au paragraphe 18). À son avis, l’interprétation que donne M. Williams de l’article 13 ne s’accorde pas avec l’obligation de déclaration imposée par le paragraphe 12(1) de la Loi. En effet, l’obligation de déclaration prévue au paragraphe 12(1) l’emporte sur l’article 13.

[32] Par conséquent, selon la Cour fédérale, l’agent des services frontaliers en l’espèce — qui avait des motifs raisonnables de croire que M. Williams n’avait pas

the required report under subsection 12(1)—had the power under section 18 of the Act “[to] seize as forfeit the currency”.

[33] In reaching its decision, the Federal Court did not analyze the role of the words “at any time” in section 13. The effect of its decision is to interpret “at any time” to mean “any time after a report has been made under subsection 12(1) of the Act”; as a result, a decision not to import under section 13 does not displace the reporting requirement imposed by subsection 12(1) of the Act.

F. Analysis

(1) *Was section 13 of the Act triggered by Mr. Williams?*

[34] The Federal Court proceeded on the basis that Mr. Williams had triggered section 13. In my view, on this issue, the Federal Court did not commit any reversible error.

[35] Most cross-border travellers are not knowledgeable about the law. Section 13 does not require them to use a particular, exact series of words to trigger section 13. Thus, the substance, not the form, of what the traveller says must be examined.

[36] The Minister’s statement of defence concedes that immediately upon arrival in Canada and before the border services officer asked Mr. Williams any questions, Mr. Williams told the border services officer that he arrived in Canada accidentally. Later, in secondary inspection, but before his currency was seized as forfeit under section 18, Mr. Williams stated that he did not intend to enter Canada, thereby confirming his earlier statement. His words can only as construed as meaning that he was going straight back to the United States.

[37] Mr. Williams was carrying his currency on his person. One cannot import into Canada something on

fait la déclaration requise par le paragraphe 12(1) — avait le pouvoir en vertu de l’article 18 de la Loi « saisir à titre de confiscation les espèces ».

[33] Dans sa décision, la Cour fédérale n’a pas analysé le rôle des mots « en tout temps » à l’article 13. L’effet de sa décision est que les mots « en tout temps » sont interprétés comme voulant dire [TRADUCTION] « en tout temps après qu’une déclaration a été faite en application du paragraphe 12(1) de la Loi »; par conséquent, la décision de ne pas importer, dont il est question à l’article 13, n’écarte pas l’obligation de déclaration imposée par le paragraphe 12(1) de la Loi.

F. Analyse

1) *M. Williams a-t-il déclenché l’application de l’article 13?*

[34] La Cour fédérale est partie du principe que M. Williams avait déclenché l’application de l’article 13. À mon avis, la Cour fédérale n’a commis à cet égard aucune erreur justifiant l’annulation de sa décision.

[35] La plupart des voyageurs transfrontaliers ne connaissent pas la Loi. L’article 13 ne les oblige pas à utiliser une suite exacte de mots pour déclencher l’application de l’article 13. C’est donc la substance, et non la forme, de ce que le voyageur dit qu’il convient d’examiner.

[36] Dans sa défense, le ministre concède que, dès son arrivée au Canada et avant que l’agent des services frontaliers lui pose des questions, M. Williams a dit à ce dernier qu’il était arrivé au Canada accidentellement. Plus tard, au cours de l’inspection secondaire, mais avant que ses espèces soient saisies à titre de confiscation en vertu de l’article 18, M. Williams a déclaré qu’il n’avait pas eu l’intention d’entrer au Canada, confirmant ainsi ce qu’il avait déclaré plus tôt. Ses mots peuvent seulement être interprétés comme signifiant qu’il retournerait directement aux États-Unis.

[37] M. Williams transportait ses espèces sur lui. Nul ne peut importer au Canada quelque chose qu’il a sur

one's person unless one enters Canada. In the circumstances of this case, Mr. Williams' statement that he did not intend to enter Canada is in substance a statement that he did not intend to import anything on his person into Canada. If he was going straight back to the United States, he was not importing anything into Canada.

[38] Viewed in these circumstances, Mr. Williams did the objective act required to trigger section 13, the communication of a decision not to import. I conclude that Mr. Williams triggered section 13.

[39] In light of the foregoing, the Federal Court was entitled in these circumstances to proceed on the basis that Mr. Williams triggered section 13. So shall we.

[40] Thus, the legal question posed earlier now must be answered: if, as here, a person triggers section 13 immediately upon arrival in Canada—i.e., in effect states that he is not importing anything into Canada—does the person have to make a report under subsection 12(1) of the Act? To answer this, we must interpret the relevant provisions of the Act.

(2) *Interpreting the relevant provisions of the Act*

[41] We are to interpret the relevant provisions of the Act in accordance with their text, context and purpose: *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193 and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[42] In this analysis, “[w]hen the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process”: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10.

lui à moins d'entrer au Canada. Compte tenu des circonstances de l'espèce, j'estime que la déclaration de M. William, selon laquelle il n'avait pas l'intention d'entrer au Canada, est en substance une déclaration qu'il n'avait pas l'intention d'importer quoi que ce soit au Canada. S'il entendait retourner directement aux États-Unis, il n'importait rien au Canada.

[38] Dans les circonstances, M. Williams a posé l'acte objectif nécessaire pour déclencher l'application de l'article 13, à savoir qu'il a communiqué sa décision de ne pas importer les espèces. Je conclus que M. Williams a déclenché l'application de l'article 13. Nous ferons donc de même.

[39] Compte tenu de ce qui précède, la Cour fédérale pouvait, dans les circonstances, partir du principe que M. Williams avait déclenché l'application l'article 13. Nous ferons donc de même.

[40] Ainsi, nous devons maintenant répondre à la question de droit posée plus tôt : si, comme en l'espèce, une personne déclenche l'application de l'article 13 dès son arrivée au Canada — p. ex., en déclarant qu'elle n'importe rien au Canada — cette personne est-elle obligée de faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi? Pour ce faire, nous devons interpréter les dispositions pertinentes de la Loi.

2) *L'interprétation des dispositions pertinentes de la Loi*

[41] Nous devons interpréter les dispositions pertinentes de la Loi en fonction de leur texte, de leur contexte et de leur objectif : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27 et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

[42] Dans la présente analyse, « [l]orsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation » : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10.

[43] Nevertheless, a court must consider the total context of the provision to be interpreted “no matter how plain the disposition may seem upon initial reading”: *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48.

[44] Also relevant to the process of legislative interpretation is that the seizure authorized under the Act operates in a way similar to absolute liability provisions found in a number of regulatory statutes. As I shall explain below, under this legislative regime the acts and omissions of travellers, not their intentions, are alone relevant. This Court has held that provisions such as these can operate in draconian ways and, thus, call for careful scrutiny: *Doyon v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 152, 312 D.L.R. (4th) 142; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175, at paragraphs 18–19, citing *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143 and *Canada v. Guindon*, 2013 FCA 153, [2014] 4 F.C.R. 786, 360 D.L.R. (4th) 515, at paragraphs. 54–55.

[45] I wish to offer some additional guidance concerning legislative interpretation. For clarity, none of this guidance should be construed as a comment on how the Federal Court interpreted the Act.

[46] Legislative interpretation can be tricky. One must be on guard not to introduce extraneous considerations into the proper, objective analysis of the text, context and purpose of legislation.

[47] Personal evaluations of the moral conduct of the parties, good or bad, should play no role in the analysis. In the case before us, we have a cross-border traveller who falsely declared to a border services officer how much currency he was carrying. In cases like this, some might let their reaction to the facts skew their interpretation of the legislation. That would be wrong.

[43] Néanmoins, la cour doit tenir compte du contexte global de la disposition devant être interprétée, « même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident » : *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48.

[44] Que la saisie autorisée par la Loi soit d’application semblable aux infractions de responsabilité absolue créées par de nombreuses lois de nature réglementaire est également pertinent pour le processus d’interprétation législative. Comme je l’expliquerai plus loin, ce sont les actes et les omissions des voyageurs, et non leurs intentions, qui sont pertinents dans le cadre de ce régime. La Cour a conclu que de telles dispositions peuvent produire des effets draconiens et doivent, pour cette raison, faire l’objet d’un examen minutieux : *Doyon c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 152; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Agence canadienne d’inspection des aliments*, 2017 CAF 45, aux paragraphes 18 et 19, citant *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; et *Canada c. Guindon*, 2013 CAF 153, [2014] 4 R.C.F. 786, aux paragraphes 54 et 55.

[45] J’aimerais donner quelques indications supplémentaires concernant l’interprétation de la Loi. Je précise que rien dans ces indications ne doit être interprété comme un commentaire sur la façon dont la Cour fédérale a interprété la Loi.

[46] L’interprétation législative peut être difficile. Il faut être vigilant afin de ne pas introduire de considérations externes dans l’analyse correcte et objective du texte, du contexte et de l’objet de la Loi.

[47] Les appréciations personnelles de la conduite morale des parties, bonne ou mauvaise, n’ont rien à faire dans l’analyse. Dans l’affaire qui nous occupe, un voyageur transfrontalier a fait une fausse déclaration à un agent des services frontaliers quant à la somme en espèces qu’il avait en sa possession. Dans un tel cas, certains pourraient laisser leur réaction devant les faits fausser leur interprétation de la loi. Ce serait là une erreur.

[48] Also wrong would be to permit personal policies or political preferences to play a part in our interpretation of the legislation: for example, to aim for a result we personally prefer, to fasten onto what we like and ignore what we don't, or to draw upon what we think is best for Canadian society. Common to these practices is an analytical focus on what we want the legislation to mean rather than on what the legislation authentically means.

[49] In our legal system, the starting point is that only elected legislators—not unelected judges—have the “exclusive” power to express their personal policies or political preferences in binding legislation: see the opening words of sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. These words enshrine a principle won four centuries ago at the cost of much bloodshed: for a recent restatement and discussion of the principle, see *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583, at paragraphs 40–46. The only exception is where legislation expressly delegates the power to legislate: see *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, 9 C.R.A.C. 13 (P.C.) (regulations made by delegates) and *In Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150, 42 D.L.R. 1 (orders akin to legislation made by delegates). But even then the delegation often must meet strict requirements of a constitutional nature: see, e.g., *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, (1998), 165 D.L.R. (4th) 1; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, 137 D.L.R. (4th) 449 and *Ontario Public School Boards' Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346, at pages 362–365, 45 C.R.R. (2d) 341 (Ont. Gen. Div.), at pages 356–359 (discussion of Henry VIII clauses).

[50] Absent a successful argument that legislation is inconsistent with the Constitution, judges—like everyone else—are bound by the legislation. They must take it as it is. They must not insert into it the meaning they want. They must discern and apply its authentic meaning, nothing else.

[48] Il serait tout aussi erroné de laisser des politiques personnelles ou des préférences politiques jouer un rôle dans notre interprétation de la loi : par exemple, viser un résultat que nous préférons personnellement, s'attacher à ce que nous aimons et ignorer ce que nous n'aimons pas, ou encore s'appuyer sur ce que nous croyons être ce qu'il y a de mieux pour la société canadienne. Ce qui est commun à ces pratiques, c'est que l'analyse est axée sur le sens que nous voulons donner à la loi plutôt que sur le véritable sens de la loi.

[49] Dans notre système juridique, le point de départ est que seuls des législateurs élus — et non des juges non élus — ont le pouvoir « exclusif » d'exprimer leurs politiques personnelles ou préférences politiques dans des textes ayant force exécutoire : voir le préambule des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. On y consacre un principe obtenu au prix de luttes sanglantes quatre siècles auparavant : pour un rappel et une analyse plus récente du principe, voir *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583, aux paragraphes 40 à 46. La seule exception étant lorsque la loi délègue expressément le pouvoir de légiférer : voir *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, 9 C.R.A.C. 13 (P.C.) (règlement pris par des délégués), et *In Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150, 42 D.L.R. 1 (ordonnances qui ressemblent à une loi adoptée par des délégués). Mais encore, la délégation doit souvent respecter des exigences strictes de nature constitutionnelle : voir, p. ex., *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929 et *Ontario Public School Boards Assn. v. Ontario (Attorney General)* (1997), 151 D.L.R. (4th) 346, aux paragraphes 362 à 365, 45 C.R.R. (2d) 341 (Cour de l'Ontario (Division générale), aux paragraphes 356 à 359) (analyse relative à des dispositions dites Henri VIII).

[50] En l'absence d'un argument convaincant voulant que la loi soit incompatible avec la Constitution, les juges — comme tout le monde — sont liés par la loi. Ils doivent la prendre telle qu'elle est. Ils ne doivent pas y insérer le sens qu'ils veulent lui donner. Ils doivent en dégager son sens véritable et l'appliquer, rien de plus.

[51] How do we go about this? As the authorities suggest, we are to investigate the text, context and purpose of the legislation as objectively and fairly as we can. On this, especially when investigating the purpose, we have assistance: the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, canons of statutory construction known to both legislative drafters and courts, and other legitimate aids to interpretation such as—in certain circumstances and with appropriate caution—extraneous, contemporaneous materials (e.g., regulatory impact or official explanatory statements), legislative debates, and legislative history.

[52] A frequently used tool in the interpretive process is to assess the likely effects or results of rival interpretations to see which accords most harmoniously with text, context and purpose. This is appropriate. The judge is assessing effects or results not to identify an outcome that accords with personal policies or political preferences. Rather the judge is assessing them against the standard, accepted markers of text, context and purpose in order to discern the authentic meaning of the legislation. For example, if the effect of one interpretation offends the legislative purpose but the effect of another interpretation does not, the latter may be preferable to the former.

[53] With these thoughts front of mind, I turn first to the purposes of the Act. While the Act's primary objectives, as set out in section 3, are to detect and prevent money laundering, terrorist financing and organized crime, both parties agree that section 13 is aimed at a different objective, namely to "[ensure] that appropriate safeguards are put in place to protect the privacy of persons with respect to personal information about themselves": paragraph 3(b) of the Act. Section 13, as interpreted by Mr. Williams, is consistent with this purpose. A person who has expressed his or her intention not to import currency into Canada need not make a report under subsection 12(1). The information that would have otherwise been disclosed in a report and shared with other agencies remains private.

[51] Comment faire? Comme la jurisprudence l'indique, nous devons examiner le texte, le contexte et l'objet de la loi aussi objectivement et équitablement que possible. Pour ce faire, et plus particulièrement en ce qui concerne l'objet, nous avons de l'aide : la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les règles d'interprétation législative connues à la fois des rédacteurs législatifs et des tribunaux, et les autres outils d'interprétation tels que — dans certaines circonstances et avec la prudence voulue — les documents extrinsèques, contemporains (p. ex., les résumés d'études d'impact de la réglementation ou les déclarations explicatives officielles), les débats législatifs et l'historique de la loi.

[52] Il est fréquent dans le processus d'interprétation de procéder à un examen des effets probables ou des résultats d'interprétations opposées pour voir laquelle de ces interprétations s'harmonise le mieux avec le texte, le contexte et l'objet de la loi. Cette façon de faire est appropriée. Le juge procède à cet examen non pas pour cerner l'interprétation qui s'accorde avec ses politiques personnelles ou ses préférences politiques. Il examine plutôt ces effets ou résultats au regard des critères habituels et reconnus que sont le texte, le contexte et l'objet, afin de dégager le sens véritable de la loi. Par exemple, si une interprétation est contraire à l'objet de la loi, mais qu'une autre interprétation ne l'est pas, cette dernière pourrait être préférable à la première.

[53] C'est avec ces considérations à l'esprit que je vais d'abord examiner l'objet de la Loi. Bien que les objectifs principaux de la Loi, énoncés à l'article 3, soient de détecter et de décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et du crime organisé, les deux parties conviennent que l'article 13 a un objectif différent : « assur[er] la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant » : alinéa 3b) de la Loi. L'article 13, tel qu'interprété par M. Williams, est conforme à cet objectif. La personne qui a exprimé son intention de ne pas importer des espèces au Canada n'a pas besoin de faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1). Les renseignements qui auraient autrement

[54] On the Minister's view of the matter, it is difficult to see what role section 13 plays.

[55] Parliament did not legislate section 13 into existence for no reason. An accepted canon of construction is that legislators do not legislate in vain. So what is behind section 13? What does expression of the decision not to import under section 13 give to a cross-border traveller?

[56] Section 13 can only mean that once a person expresses a decision not to import, that person need not report under the Act. This advances the purpose of protecting "the privacy of persons with respect to personal information about themselves" (paragraph 3(b) of the Act). Once a person makes a currency report under subsection 12(1) of the Act, the person's privacy interests evaporate. All reports "shall" be sent to the FINTRAC who can then, in certain circumstances and for certain purposes, share that information with local police forces, the Canada Revenue Agency, provincial securities regulators, the Canada Border Services Agency, the Communications Security Establishment, Canadian Security and Intelligence Services, and even foreign governments—and the *Customs Act* also allows information obtained through a currency report to be shared widely across government institutions in certain circumstances, including FINTRAC: see, e.g., subsections 12(5), 55(3), sections 55.1, 56 and 56.1 of the Act and paragraphs 107(4)(c) and 107(5)(k) of the *Customs Act*.

[57] In response to questioning by the Court, the Minister was unable to identify a plausible role for section 13. In all of the Minister's proposed interpretations of section 13, the cross-border traveller must make a truthful report before section 13 could be invoked. But once a report is made, the horse has long left the barn. If section 13 does not eliminate the requirement to report

été divulgués dans la déclaration, et communiqués à d'autres organismes, demeurent privés.

[54] À cet égard, le ministre estime qu'il est difficile de comprendre le rôle de l'article 13.

[55] Le législateur n'a pas adopté l'article 13 sans raison. L'un des principes d'interprétation reconnus est que le législateur ne légifère pas en vain. Alors, comment expliquer l'article 13? Qu'est-ce que cela donne à un voyageur transfrontalier d'exprimer la décision de ne pas importer en vertu de l'article 13?

[56] L'article 13 peut seulement vouloir dire que la personne qui renonce à importer les effets ou espèces n'a pas besoin de faire la déclaration prévue à la Loi. Cela favorise l'objet de protection de « la vie privée des personnes à l'égard des renseignements personnels les concernant » (alinéa 3b) de la Loi). Lorsqu'une personne fait la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi, son droit à la vie privée disparaît. Toutes les déclarations « doivent » être envoyées au CANAFE qui peut, dans certaines circonstances et à certaines fins, communiquer les renseignements qu'elles contiennent aux forces policières locales, à l'Agence du revenu du Canada, aux organismes provinciaux de réglementation des valeurs mobilières, à l'Agence des services frontaliers du Canada, au Centre de la sécurité des télécommunications, au Service canadien du renseignement de sécurité et même aux gouvernements étrangers — et la *Loi sur les douanes* permet également de communiquer, dans certaines circonstances, les renseignements obtenus au moyen d'une déclaration des mouvements transfrontaliers d'espèces à l'ensemble des institutions gouvernementales, dont le CANAFE : voir, p. ex., paragraphes 12(5) et 55(3), articles 55.1, 56 et 56.1 de la Loi et alinéas 107(4)c) et 107(5)k) de la *Loi sur les douanes*.

[57] Interrogé par la Cour, le ministre n'a pas pu expliquer de façon plausible le rôle de l'article 13. Dans toutes les interprétations de l'article 13 qui ont été proposées par le ministre, le voyageur transfrontalier doit faire une déclaration honnête avant que l'article 13 puisse être invoqué. Or, lorsque la déclaration est faite, il est déjà trop tard. Si l'article 13 n'a pas pour effet

and prevent all these privacy-diminishing consequences, it has no practical use. Allowing a person under section 13 not to give a report averts these consequences and furthers an important purpose under paragraph 3(b) of the Act—“ensuring that appropriate safeguards are put in place to protect the privacy of persons with respect to personal information about themselves”.

[58] Now to a consideration of context. The Act sits alongside the *Customs Act*. The Act does not displace or modify any of the provisions of the *Customs Act*. The *Customs Act* contains provisions that require individuals presenting themselves to a border services officer at a border station to answer questions, provide truthful information and cooperate fully with authorized searches: e.g., subsection 11(1), sections 98, 99, 153.1. The purposes for making full and candid disclosure at a border under the *Customs Act* include those under the Act and extend to others.

[59] These and other obligations under the *Customs Act* apply regardless of whether section 13 of the Act applies. Specifically, a statement by a person that she is turning around and going back immediately to the United States and not importing anything into Canada does not relieve that person from answering all questions honestly and cooperating fully under the *Customs Act*.

[60] The *Customs Act* sets out sanctions for contraventions of a number of its provisions, sanctions that are separate and apart from those set out under the Act: Part VI of the *Customs Act*.

[61] When the Act and the *Customs Act* are reviewed, one can see that violations of the *Customs Act* do not constitute a ground for forfeiture of currency under section 18 of the Act. Of course, contraventions of the *Customs Act* can result in serious sanctions. But those

d’écarter l’obligation de déclaration et d’empêcher toutes ces atteintes à la protection de la vie privée, il n’a aucune utilité pratique. Permettre à quelqu’un de ne pas faire de déclaration sur le fondement de l’article 13 empêche ces conséquences et favorise l’atteinte de l’objectif important énoncé à l’alinéa 3b) de la Loi — « [assurer] la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l’égard des renseignements personnels les concernant ».

[58] Examinons maintenant le contexte. La Loi va de pair avec la *Loi sur les douanes*. La Loi n’a pas pour effet d’écarter ou de modifier les dispositions de la *Loi sur les douanes*. La *Loi sur les douanes* renferme des dispositions obligeant ceux qui se présentent à un bureau de douane à répondre aux questions que leur pose l’agent des services frontaliers, à donner des renseignements véridiques et à collaborer pleinement avec l’agent qui procède à une fouille autorisée : p. ex., paragraphe 11(1), articles 98, 99 et 153.1. Les objectifs sous-tendant l’obligation imposée par la *Loi sur les douanes* de faire une divulgation complète et franche à la frontière comprennent ceux de la Loi et s’appliquent à d’autres lois.

[59] Ces obligations ainsi que d’autres obligations prévues par la *Loi sur les douanes* s’appliquent, peu importe que l’article 13 de la Loi s’applique. Plus précisément, la personne qui déclare qu’elle fait demi-tour et retourne immédiatement aux États-Unis et n’importe rien au Canada n’est pas, de par cette déclaration, dispensée de répondre honnêtement à toutes les questions qui lui sont posées et de collaborer pleinement comme l’exige la *Loi sur les douanes*.

[60] La *Loi sur les douanes* prévoit, à l’égard d’un certain nombre de dispositions, les sanctions applicables en cas d’infraction, lesquelles sont distinctes de celles prévues par la Loi : partie VI de la *Loi sur les douanes*.

[61] L’examen de la Loi et de la *Loi sur les douanes* révèle que les infractions à la *Loi sur les douanes* ne constituent pas un motif justifiant de confisquer les espèces en application de l’article 18 de la Loi. Certes, ces infractions peuvent entraîner des sanctions sévères.

sanctions are under the *Customs Act*. And those sanctions under the *Customs Act* do not include seizure under section 18 of the Act.

[62] In interpreting the Act, some mindful of the anti-money-laundering and anti-terrorism purposes of the Act might be reluctant to hold that section 13 relieves people from disclosing necessary information. But that would be taking an unduly narrow view of the statutory landscape. People are not relieved from disclosing necessary information. Obligations under the *Customs Act* remain. Failure to abide by them can result in serious sanctions.

[63] The practical effect is that even if Mr. Williams' invocation of section 13 of the Act is effective to relieve him of making a report under subsection 12(1) of the Act, the broad obligations imposed on him by the *Customs Act* remain. If the border services officer asks questions about currency, those obligations include answering those questions honestly.

[64] This interpretation is consistent with another provision in the Act, subsection 14(3). This provides that currency or monetary instruments retained but not yet seized by a border services officer must be given back to the person if "the officer is satisfied that the currency or monetary instruments have been reported under subsection 12(1) [of the Act]" or if "the importer or exporter ... advises the officer that they have decided not to proceed further with importing or exporting them." The "or" is disjunctive. Thus, even if a report has not been made under subsection 12(1) of the Act, subsection 14(3) requires border services officers to return any retained currency or monetary instruments once the traveller advises the border services officer that the currency or monetary instruments are not being imported—in other words, using the circumstances of Mr. Williams, the person is turning around and going back to the United States. Subsection 14(3) represents a slight extension of section 13, which allows a person to express a decision not to import currency or monetary instruments only until the currency or monetary

Ces sanctions sont cependant celles de la *Loi sur les douanes*, et la saisie prévue à l'article 18 de la Loi n'en fait pas partie.

[62] En interprétant la Loi, ceux qui ont à l'esprit ses objectifs de lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement du terrorisme pourraient hésiter à conclure que l'article 13 dispense les gens de divulguer des renseignements nécessaires. Or, ce serait là adopter une vision trop étroite du cadre législatif. Les gens ne sont pas dispensés de l'obligation de divulguer des renseignements nécessaires. Les obligations prévues par la *Loi sur les douanes* demeurent. Ne pas s'y conformer peut entraîner des sanctions sévères.

[63] Concrètement, cela signifie que, même si l'invocation par M. Williams de l'article 13 de la Loi a pour effet de le dispenser de l'obligation de faire la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi, les obligations générales que lui impose la *Loi sur les douanes* demeurent. Si l'agent des services frontaliers lui pose des questions concernant les espèces, ces obligations lui imposent de répondre honnêtement à ces questions.

[64] Cette interprétation est compatible avec une autre disposition de la Loi, le paragraphe 14(3), qui précise que les espèces ou effets qui sont retenus, mais qui ne sont pas encore saisis par un agent des services frontaliers doivent être remis à la personne si « l'agent constate qu'ils ont été déclarés en conformité avec le paragraphe 12(1) [de la Loi] » ou si « l'importateur ou l'exportateur informe l'agent qu'il a renoncé à poursuivre leur importation ou exportation ». Le « ou » est disjonctif. Ainsi, même si la déclaration prévue au paragraphe 12(1) de la Loi n'a pas été faite, le paragraphe 14(3) exige de l'agent des services frontaliers qu'il remette les espèces ou effets qui sont retenus dès lors que le voyageur l'informe que les espèces ou les effets ne sont pas importés — autrement dit, si l'on prend la situation de M. Williams, la personne fait demi-tour et retourne aux États-Unis. Le paragraphe 14(3) va légèrement plus loin que l'article 13, qui permet seulement à la personne de renoncer à l'importation des espèces ou effets tant que ceux-ci ne sont pas retenus. Néanmoins, le paragraphe 14(3) confirme l'interprétation selon

instruments are retained. Nevertheless subsection 14(3) confirms the interpretation that a failure to report is not cause for the forfeiture of currency or monetary instruments as long as a proper and timely decision not to import or export is expressed.

[65] Looking now at the text of section 13, the words “at any time” before the currency is retained under section 14 or forfeited under section 18 are, in the words of *Canada Trustco*, “precise and unequivocal”. There is no reason consistent with the purpose of the Act to read them down, especially in light of the broad disclosure obligations under the *Customs Act*. In fact, even if section 13 did not contain the words “at any time”, it may have been necessary to read those words into section 13 to give meaning to it: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014), at pages 211–214.

[66] Again, looking at the text, the obligation under subsection 12(1) is to report “the importation ... of currency” over CAD\$10 000. Mr. Williams, having declared he was not intending to enter Canada, was not importing anything. As he was not importing anything, he had no report of importation to make under subsection 12(1).

[67] The Minister submits that Mr. Williams’ subjective intention not to import the currency is irrelevant: *Azouz v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FC 1222; *Zeid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 539, 326 F.T.R. 219; *Hoang v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2006 FC 182, [2006] 4 F.C.R. 309. I agree only insofar as the Minister suggests that a decision not to import must be expressed to the border services officer and that it is no defence for a traveller to argue that he or she did not intend to contravene the reporting requirement or had no knowledge they were in contravention. The cases cited stand only for these two propositions and neither justifies the seizure of Mr. Williams’ currency.

laquelle le défaut de faire une déclaration ne justifie pas de confisquer les espèces ou effets dans la mesure où la personne a dûment et en temps opportun renoncé à leur importation ou exportation.

[65] Examinons maintenant le libellé de l’article 13. Les mots « en tout temps » — avant que les espèces soient retenues en application de l’article 14 ou confisquées en application de l’article 18 — sont, pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Canada Trustco*, « précis et non équivoque[s] ». Aucun motif s’accordant avec l’objet de la Loi ne justifie d’en donner une interprétation atténuée, compte tenu particulièrement des obligations générales de déclaration imposées par la *Loi sur les douanes*. En fait, même si l’article 13 ne contenait pas les mots « en tout temps », il aurait sans doute fallu les ajouter par interprétation pour y donner du sens : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014), aux pages 211 à 214.

[66] Encore une fois, si l’on examine le texte, le paragraphe 12(1) oblige à déclarer « l’importation [...] des espèces » d’une valeur supérieure à 10 000 \$CAN. M. Williams, qui a déclaré qu’il n’avait pas l’intention d’entrer au Canada, n’importait rien. Comme il n’importait rien, il n’avait pas de déclaration d’importation à faire en vertu du paragraphe 12(1).

[67] Le ministre soutient que l’intention subjective de M. Williams de ne pas importer d’espèces n’est pas pertinente : *Azouz c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CF 1222; *Zeid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CF 539; *Hoang c. Canada (Ministre du Revenu national)*, 2006 CF 182, [2006] 4 R.C.F. 309. Je suis d’accord avec lui, mais seulement dans la mesure où il veut dire que la décision de renoncer à l’importation doit être exprimée à l’agent des services frontaliers et que le voyageur ne peut pas invoquer en défense qu’il n’avait pas l’intention de contrevenir à l’obligation de déclaration ou ne savait pas qu’il y contrevenait. Les décisions susmentionnées n’étaient que ces deux propositions et aucune d’elles ne justifie la saisie des espèces de M. Williams.

[68] Section 13 as I have interpreted it does not rely on a subjective intention not to import. To trigger section 13, as the parties agree, a person must express the decision. In substance, Mr. Williams expressed to the border services officer his decision not to import. By doing that act, he triggered section 13.

[69] In this Court, Mr. Williams is not making any submissions about his intention. Rather he is submitting that because of his act of expressing his decision not to import, he cannot be taken in law to be importing currency. Arriving in Canada by accident, in substance he expressed his decision to turn around and go back to the United States right away. Thus, under subsection 12(1), he had no obligation to report “the importation or exportation of currency”. And thus, there was no basis for the seizure of his currency under section 18.

[70] The Minister also points to subsection 12(4) of the Act which requires travellers to “answer truthfully any questions asked by the officer in the performance of the officer’s duties and functions” under Part 2 of the Act and adds that Mr. Williams did fail to answer truthfully the officer’s question about how much currency he was carrying, a question that falls under Part 2 of the Act. But this is of no moment. The forfeiture of the currency under section 18 is available only on the basis of reasonable grounds to believe subsection 12(1) is infringed, not subsection 12(4). The text of section 13 does not make it contingent on the cross-border traveller making a report or making an accurate report; again, it says it can be invoked “at any time” before the currency is retained under section 14 or forfeited under section 18. And, as previously mentioned, recourses may exist under the Act and the *Customs Act* for Mr. Williams’ failure to answer questions truthfully, such as the obligation under subsection 12(4) of the Act: see, e.g., subsection 74(1) of the Act and subsection 11(1), sections 153, 153.1, 160, 160.1 and 161 of the *Customs Act*. But none of those recourses permit the forfeiture of the unreported currency under section 18 of the Act.

[68] Tel que je l’ai interprété, l’article 13 ne dépend pas d’une intention subjective de renoncer à l’importation. Pour qu’il s’applique, comme les parties en conviennent, la personne doit exprimer la décision de renoncer à l’importation. En substance, M. Williams a exprimé à l’agent des services frontaliers sa décision de ne pas importer. Ce faisant, il a déclenché l’application de l’article 13.

[69] Devant la Cour, M. Williams n’a formulé aucune observation concernant son intention. Il a plutôt prétendu que, parce qu’il exprimé sa décision de ne pas importer, il ne saurait être considéré en droit comme ayant importé des espèces. En arrivant au Canada accidentellement, il a exprimé en substance sa décision de faire demi-tour et de retourner immédiatement aux États-Unis. Il n’avait donc, selon le paragraphe 12(1), aucune obligation de déclarer « l’importation ou l’exportation des espèces ». C’est pourquoi aucun motif ne justifiait la saisie de ses espèces en application de l’article 18.

[70] Le ministre a également invoqué le paragraphe 12(4) de la Loi, qui impose au voyageur l’obligation de « répondre véridiquement aux questions que lui pose un agent dans l’exercice des attributions » que lui confère la partie 2 de la Loi, et il a ajouté que M. Williams n’a pas répondu véridiquement quand l’agent lui a demandé combien d’argent en espèces il avait sur lui, une question qui entre dans le champ d’application de la partie 2 de la Loi. Mais cela est sans importance. La confiscation des espèces en application de l’article 18 n’est possible que si l’agent a des motifs raisonnables de croire qu’il y a infraction au paragraphe 12(1), non au paragraphe 12(4). Le libellé de l’article 13 n’assujettit pas le voyageur transfrontalier à l’obligation de faire une déclaration ou une déclaration exacte; encore une fois, la disposition peut être invoquée « en tout temps » avant la rétention des espèces en application de l’article 14 ou leur confiscation en application de l’article 18. Et, comme nous l’avons mentionné, la Loi et la *Loi sur les douanes* offrent des recours concernant le défaut de M. Williams de répondre véridiquement aux questions, notamment l’obligation prévue au paragraphe 12(4) de la Loi pourrait être invoquée : voir,

[71] To reiterate, this interpretation of section 13 does not turn it into something like a “get out of jail free” card for money launderers, terrorist financiers and other transnational criminals. The Act and section 13 occupy a small corner in the broader universe of obligations created by the *Customs Act* and the powerful investigatory and enforcement mechanisms that accompany it. Backed by the threat of significant financial and custodial consequences, border services officers wield wide-ranging powers under the *Customs Act* to question travellers without cause, search travellers and their possessions, seize those possessions, compel truthful responses, arrest travellers committing offences under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and share information widely to protect the interests of Canadians and their institutions of government: see e.g., subsection 11(1), sections 98, 99, 107, 110, 153, 153.1, 160, 160.1, 161, 163.5 of the *Customs Act*. These powers and penalties loom large over every cross-border traveller, including Mr. Williams.

[72] Section 13 performs a very limited function at the border: it protects a privacy interest—the amount of currency or monetary instruments in one’s possession—for individuals who are not importing currency or monetary instruments. It does not immunize travellers engaging in unlawful activities.

[73] For the foregoing reasons, the seizure and forfeiture of Mr. Williams’ currency was not authorized by law.

[74] It is not necessary to consider Mr. Williams’ alternative submissions under the *Canadian Bill of Rights* or the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*].

p. ex., paragraphe 74(1) de la Loi et paragraphe 11(1), articles 153, 153.1, 160, 160.1 et 161 de la *Loi sur les douanes*. Or, aucun de ces recours ne permet la confiscation des espèces non déclarées en application de l’article 18 de la Loi.

[71] Je rappelle que cette interprétation de l’article 13 n’est pas une sorte d’échappatoire pour les blanchisseurs d’argent, les financiers du terrorisme et les autres criminels transnationaux. La Loi et son article 13 n’occupent que peu d’espace dans le grand univers des obligations créées par la *Loi sur les douanes* et des mécanismes d’enquête et d’exécution puissants qui l’accompagnent. Avec en toile de fond la possibilité d’une détention et de lourdes conséquences financières, l’agent des services frontaliers exerce les vastes pouvoirs que lui confère la *Loi sur les douanes* pour questionner les voyageurs sans motif valable, les fouiller eux et leurs effets, saisir ces effets, exiger qu’ils répondent véridiquement aux questions posées, arrêter ceux qui commettent des infractions au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ainsi que pour communiquer les renseignements ainsi recueillis afin de protéger les intérêts des Canadiens et de leurs institutions gouvernementales : voir, p. ex., paragraphe 11(1), articles 98, 99, 107, 110, 153, 153.1, 160, 160.1, 161, 163.5 de la *Loi sur les douanes*. Ces pouvoirs et sanctions sont très préoccupants pour les voyageurs transfrontaliers, y compris M. Williams.

[72] L’article 13 exerce une fonction très limitée à la frontière : il protège un aspect du droit à la vie privée de la personne — soit le montant des espèces ou effets en sa possession — qui n’importe pas d’espèces ou d’effets. Il ne protège pas les voyageurs qui se livrent à des activités illégales.

[73] Pour les motifs qui précèdent, la saisie et la confiscation des espèces de M. Williams n’étaient pas autorisées par la loi.

[74] Il n’est pas nécessaire d’examiner les observations subsidiaires présentées par M. Williams sur le fondement de la *Déclaration canadienne des droits* ou de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*].

[75] Nothing in these reasons affects any recourse under the *Customs Act* that may exist against Mr. Williams on the facts of this case.

G. Proposed disposition

[76] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Federal Court, grant Mr. Williams' motion for summary judgment with costs of the action and costs here and below on the motion. Pre-judgment interest should run from the date of seizure until the return of the currency and should be calculated on the basis that the cause of action arose in Ontario in accordance with subsection 36(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

NADON J.A.: I agree.

WEBB J.A.: I agree.

[75] Les présents motifs ne modifient en rien les recours pouvant être pris en vertu de la *Loi sur les douanes* à l'encontre M. Williams eu égard aux faits de la présente affaire.

G. Dispositif proposé

[76] Pour les motifs qui précèdent, je serais d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance de la Cour fédérale, de faire droit à la requête en jugement sommaire de M. Williams, avec dépens afférents à l'action, et avec dépens afférents à la requête devant la Cour et la Cour fédérale. Des intérêts avant jugement seront applicables à partir de la date de la saisie jusqu'à la restitution des espèces, et ils seront calculés en tenant pour acquis que le fait générateur est survenu en Ontario, en application du paragraphe 36(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

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

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

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Appeal Division (IAD) decision allowing respondent's appeal from decision of visa officer, granting permanent residence application of respondent's wife — Respondent, Canadian citizen, applying to sponsor wife, Vietnamese citizen, as permanent resident — Officer not satisfied as to genuineness of marriage, denying visa — Hearing of appeal from that decision set for July 18, 2017 — Applicant determining no hearing officers available to attend this hearing, requesting postponement of hearing date — IAD denying postponement, citing, *inter alia*, factors in *Immigration Appeal Division Rules*, SOR/2002-230 (IADR), r. 48(4), *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 162(2) — Concluding that lack of resources not exceptional circumstance warranting postponement — IAD proceeding with hearing, concluding marriage genuine, granting visa application — Real issue herein IAD's refusal, prior to hearing date, to grant postponement — Applicant arguing, *inter alia*, that IAD focusing almost exclusively on administrative convenience, failing to consider certain factors, including that applicant not consulted in advance about dates — Also arguing significant public interest in not letting visa applications like this proceed unopposed, without scrutiny for fraud or other adverse effects on immigration system — No reasonable basis hearing for holding that postponement decision facilitating fraud or some adverse effect on immigration system — To succeed applicant having to show that not only did it claim not to have available resources or hearing officers, but also that it had no reasonable alternative other than postponement — No evidence that on hearing date, no hearing officers available for other scheduled cases— If some hearing officers available but insufficient for all scheduled cases, incumbent on applicant to explain why present case selected as one for which there was no hearing officer — Not Court's role to second-guess reasonable choices made by management, if there had been evidence that reasonable choices were made — Absent this type of evidence of justification for applicant's action, applicant cannot show either unreasonableness or unfairness — Application dismissed.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. CHUNG (IMM-3671-17, 2018 FC 238, Phelan J., judgment dated March 2, 2018, 11 pp.)

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision directing Minister of Citizenship and Immigration (applicant) to provide it with unredacted appeal record, including portion over which applicant asserting informer privilege — Respondent sponsoring wife to come to Canada but application refused by visa officer — In context of appeal from that decision by respondent, applicant providing appeal record in which portion of visa officer's notes redacted — Applicant submitting that information: protected by informer privilege; irrelevant as not relied on by visa officer, applicant — IAD ordering applicant to provide it with redacted material so that it could assess whether information irrelevant or protected by informer privilege — IAD concluding that questions of whether informer privilege applied and whether information at issue relevant could be determined only by IAD and only with benefit of reviewing redacted information — Principal issue herein whether IAD erred in its decision — Correctness standard applicable to review of decision as matter raising question of central importance to legal system as whole (i.e. statutory entitlement of IAD to access privileged information), outside IAD's specialized area of expertise — *Canada (Attorney General) v. Quadri*, 2011 FCA 115 providing guidance on screening process to be followed by administrative tribunal when confronted with privilege claim — Screening conducted without

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

inspecting document — At first stage, tribunal assessing whether document could possibly fall within privileged category — At second stage, tribunal assessing whether document may be relevant to issues in dispute — Where outcome of claim cannot be determined through screening, necessary to consider whether tribunal having legal authority to determine privilege claim — That question considered in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 — IAD not erring in treatment of relevance of redacted portion of visa officer’s notes — Correctly extrapolating from conclusions in case law that it, as tribunal deciding appeal, was required to be arbiter of what was relevant for purposes of appeal record — Also correctly referencing principle that any document before decision maker when decision made is presumed relevant — IAD correctly rejecting applicant’s position that IAD could dispose of issue before it based on applicant’s assertion that material not relevant — However, IAD erring in concluding having authority to inspect information over which informer privilege claimed, in order to determine whether or not privilege applying — *Blood Tribe* requiring express statutory language for tribunal’s enabling statute to be interpreted as entitling it to access privileged information — While *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 162, 174 providing IAD with machinery that could be used to review documentation, provisions falling short of express, clear, unambiguous statutory language *Blood Tribe* requiring — Also, *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 providing IAD with alternative effective remedy, i.e. reference of matter (of privilege) to Federal Court for determination — Finally, IAD erring in finding it was required to review redacted information to confirm existence of privilege; misunderstanding test for application of informer privilege; stating that privilege triggered where communicator requesting confidentiality *and* recipient of information making corresponding promise of confidentiality (express or implied) — Case law not supporting that interpretation — Required analysis not conjunctive — Not necessary to consider informer’s expectations as separate element of test where explicit promise of confidentiality made — Implicit promise of confidentiality also sufficient to support application of informer privilege — Here, evidence before IAD supporting conclusion that informer privilege applying to redacted portion of notes — Application allowed — Matter remitted to IAD for continuation of appeal but not necessary for IAD to revisit privilege question as it should have upheld applicant’s assertion of privilege.

CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. HANJRA (IMM-2398-17, 2018 FC 208, Southcott J., judgment dated February 23, 2018, 31 pp.)

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of decision by immigration officer denying applicant permanent residence visa on grounds of inadmissibility pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)(f) — Applicant Eritrean citizen, involved with Eritrean Liberation Front, Eritrean People’s Liberation Front — Officer concluding both organizations engaged in terrorism, subversion, that applicant’s continued involvement in those organizations not made under duress — Applicant at no time requesting that the officer exercise “residual discretion” to issue visa despite finding of inadmissibility — Main issues whether officer having discretion to grant visa; whether officer erring in treating considerations of membership *per se* in an organization separately from issue of whether that membership created through duress — Nothing before officer suggesting that “discretion” in play, that despite finding of inadmissibility, officer should have issued visa — In any event, scheme of Act, specific wording and legislative intent pointing away from conclusion that word “may” in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 144, 146(2) granting residual discretion — Statutory scheme providing Minister with power of relief — Redundant for exemption power to be available at both ministerial level in Act, and at visa officer level in Regulations — Once finding of inadmissibility pursuant to Act, s. 34(1) made, visa officer having no remaining authority to issue visa — With respect to duress, evidence having to be considered as a whole to determine whether membership voluntary or coerced — Here, officer looking at all the evidence — Applicant’s initial position not indicating any duress — Emphasis on duress increasing as time progressed — Reasonable for officer to put greater emphasis on applicant’s early statement as to his reasons for joining, staying with organizations — Application dismissed.

DAMIR V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2453-17, 2018 FC 48, Phelan J., judgment dated January 18, 2018, 16 pp.)

Judicial review of decision by immigration officer dismissing applicant’s application for permanent residence on grounds of inadmissibility pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)(d) — Officer finding reasonable grounds to believe that applicant, citizen of Iran, assisting with Iran’s development of weapons of mass destruction — Applicant

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

submitting, *inter alia*, that officer not providing him an oral hearing, relying on information of which applicant unaware, failing to conduct proper analysis of evidence — Issues whether officer treating applicant unfairly, whether officer's conclusion unreasonable — Officer failing to treat applicant fairly — Making adverse credibility findings which should have been made only after oral hearing, not on basis of written submissions alone — Concerns set out in National Security Screening Division report, including opinion applicant may be Iranian intelligence officer acting on behalf of the Iranian Ministry of Intelligence and Security, never disclosed to applicant — Providing vague reference to applicant's possible inadmissibility on security grounds insufficient to satisfy officer's duty of fairness — Applicant entitled to know allegations against him, evidence relied on to support those allegations — While conclusion on issue of fairness sufficient to dispose of present application, officer's conclusion with respect to permanent residence application also addressed — Officer's conclusion unreasonable — Officer applying standard similar to the one articulated in *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678, i.e. a person cannot be considered to have committed a serious crime without evidence that they made a knowing and significant contribution to that crime — Fact that Act, s. 34(1)(d) permitting finding of inadmissibility for person "being a danger to the security of Canada" not meaning that person is inadmissible without evidence they have done something, or might do something, that supports conclusion on dangerousness — However, precise reasoning in *Ezokola* may not apply here — *Ezokola* not suggesting that definition of complicity it set out should be incorporated into concept of "member" in s. 34(1)(f) — Supreme Court's concern that individuals should not be found complicit in wrongful conduct based merely on their association with group engaged in international crimes may extend to inadmissibility, generally, and to definition of membership specifically — Effects of *Ezokola* can be felt outside sphere of the exclusion clauses in which it arose — Here, officer appearing to accept that finding under s. 34(1)(d) requiring evidence of knowledge, contribution — However, no evidence before officer supporting conclusion that applicant had "significantly and knowingly" assisted his employers in advancing Iran's weapons program — Clear that officer satisfied that applicant guilty by association — Nothing in record supporting officer's finding that applicant made significant, knowing contribution to Iran's weapons program — Application allowed.

HOSSEINI V. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP) (IMM-4640-16, 2018 FC 171, O'Reilly J., judgment dated February 14, 2018, 18 pp.)

COPYRIGHT

Judicial review of Copyright Board decision certifying royalty rates in two proposed tariffs filed by applicant (Access Copyright) concerning copying of published works by provincial, territorial governments during 2005–2009, 2010–2014 periods — First tariff proposed by Access Copyright not covering making of digital copies — Second tariff proposed by Access Copyright authorizing making, distribution of digital copies subject to certain terms — One term requiring government licensees, when no longer covered by proposed tariff, to cease use of digital copies, delete them from their computer hard drives and other electronic media (Deletion Provision) — In its decision, Board deciding not to include Deletion Provision in second tariff — Access Copyright submitting that Board having no authority under *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 to (1) vary terms, conditions on digital uses that Access Copyright agreed to authorize; (2) remove term of digital use and thereafter remove entire class of digital use from tariff on basis of that improperly removed condition — Characterizing this issue as going to Board's jurisdiction — Respondents characterizing Board's actions differently, i.e. Board not deciding to remove Deletion Provision but instead deciding not to include it in tariff, thus exercising its discretion under *Copyright Act*, s. 70.15 to set tariffs — *Per Stratas J.A.*: Regardless of characterization adopted, reasonableness, not correctness, applicable standard of review — No jurisdictional issue warranting correctness review present — Question of what Board may do question of statutory interpretation (i.e. *Copyright Act*, its home statute) — Supreme Court of Canada recently affirming reasonableness applicable standard of review in such cases — Respondents properly characterizing decision under review — Court previously upholding jurisdiction of Board to exclude classes of uses from tariff — Board's decision not to include matters related to Deletion Provision in tariff herein reasonable — While under *Copyright Act*, s. 70.12, collective society such as Access Copyright, not Board, having power to set terms, conditions upon which society agreeing to license use of works in its repertoire, Board still having discretion, under *Copyright Act*, s. 70.15, regarding what matters should, should not form part of tariff — Here, well within Board's proper discretion to rule as it did — Access Copyright also arguing Board's evaluation of substantial copying, assessment of fair dealing unreasonable — *Copyright Act*, s. 3, defining copyright as sole right to reproduce, perform in public and publish, if unpublished, copyright-protected work or any "substantial part" thereof in any material form whatever — Not defining "substantial part" — Supreme Court stating that analysis of qualitative aspect of portion reproduced essential element of analysis under s. 3(1) — Also holding that substantial part of work is part of work representing substantial portion of author's skill, judgment expressed therein — Here, copying at issue entirely direct, literal, consisting primarily of photocopying

COPYRIGHT—Concluded

excerpts from journals, newspapers, books — Access Copyright attacking Board’s “bright-line” rule that one to two copied pages of a published work not exceeding 2.5 percent of overall work constituting “reasonable approximations in establishing non-substantiality” — However, not clear Board could have proceeded differently as no qualitative evidence before it about levels of skill, judgment used to create portions of original works copied by government employees — Board’s adoption of bright-line rule providing guidance concerning what copying is permitted — Board not proceeding in unacceptable or indefensible way — Board’s assessment of fair dealing also acceptable, defensible — Board faithfully applying Supreme Court’s teachings — With respect to procedural fairness, Access Copyright aware of issues in play before Board, having ample opportunity to offer submissions on those issues — Board therefore not breaching any obligations of procedural fairness — *Per* Rennie J.A. (concurring reasons): Existence of jurisdictional questions not foreclosed, Supreme Court not rejecting correctness standard for jurisdictional questions — Application of reasonableness standard in *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3 flowing from majority’s interpretation that issue therein not true jurisdictional question, not from rejection of correctness standard for jurisdictional questions or from determination true jurisdictional questions do not exist — Furthermore, role of reviewing courts in assessing procedural fairness not unsettled — Regardless, no jurisdictional question arising herein in light of established case law — Application dismissed.

CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT) v. CANADA (A-293-15, 2018 FCA 58, Stratas and Rennie J.J.A., judgment dated March 22, 2018, 54 pp.)

MARITIME LAW

Appeals from Federal Court (F.C.) decision (2017 FC 105) dismissing appellant’s action against Her Majesty the Queen in Right of Canada (Crown) for damages resulting from M/V *Clipper Adventurer (Clipper)* grounding on submerged, uncharted shoal in Canadian Arctic — F.C. maintaining Crown’s action *in personam* and *in rem* against appellant, *Clipper* for costs, expenses it incurred to prevent marine oil pollution damage — Following discovery of shoal by Canadian Coast Guard (CCG) in 2007, Notice to Shipping (NOTSHIP) A102/07 issued — NOTSHIP A102/07 later cancelled when Notice to Mariners (NOTMAR) issued in October 2010 — *Clipper* not requesting NOTSHIPS, not having properly updated nautical chart on board — F.C. concluding that duty to warn *Clipper* discharged by issuance of NOTSHIP A102/07 — *Clipper* negligent in setting course without benefit of NOTSHIPS — As to Crown’s claim for reimbursement, F.C. concluding that *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (MLA), s. 116(1) not applying, awarding Crown simple interest at 5 percent — Appellant arguing, *inter alia*, that duty to warn breached because NOTMAR should have been issued in June 2010 — Issues whether issuance of NOTSHIP A102/07 sufficient to fulfil duty to warn, whether F.C. should have applied MLA, s. 116, awarded lower rate of interest — F.C. not erring in finding no breach for which Crown should be held liable — F.C. entitled to consider other factors, circumstances such as whether actual warning given to mariners through issuance of NOTSHIP A102/07 suitable, reasonable warning — This was not a case where no warning was given of presence of shoal — Mariners having their own duty of care at common law — Must have on board up-to-date charts, nautical publications — Ample evidence in evidentiary record to support F.C.’s conclusion that issuance of NOTSHIP A102/07 fulfilling duty to warn mariners of presence of shoal — F.C. correctly concluding that MLA, s. 116(1) not applicable in present circumstances — Words “a claim under this Part” in s. 116(1) having to be construed by considering them in their entire context, grammatical, ordinary sense harmoniously with object, scheme of MLA, in particular Part 7, intention of Parliament — Part 7, entitled “Ship-source Oil Pollution Fund” (SOPF), establishing Canadian compensation scheme based on “polluter pays” principle — Appellant not putting forward any rationale as to why Parliament would intend to limit rate of interest payable by polluter when no payment by SOPF involved — SOPF acting primarily as debtor rather than creditor — Parliament wanting to regulate rate of interest payable by SOPF, thus recoverable when exercising its right of subrogation — Claims against shipowner or its guarantor referred to in s. 116(1) are claims by SOPF — Right of Crown to claim against appellant herein not a claim under Part 7 — Appeals dismissed.

ADVENTURER OWNER LTD. v. CANADA (A-64-17, A-65-17, 2018 FCA 34, Gauthier J.A., judgment dated February 7, 2018, 18 pp.)

PRACTICE

Appeal from Case Management Judge’s decision dismissing plaintiffs’ motion for issuance of protective, confidentiality order pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 151 — Motion arising in context of patent infringement proceedings commenced by plaintiffs against defendants — Plaintiffs, defendants principal competitors in Canadian, foreign market of baby

PRACTICE—Concluded

care products — Parties agreeing that highly sensitive documents, information would be exchanged in course of proceedings, that protective order providing two tiers of confidentiality should be put in place, i.e. “Confidential”, “Counsel’s Eyes Only” (CEO) — However, parties not agreeing on who would have access to CEO documents, information — While defendants agreeing to limit disclosure to individuals proposed by plaintiffs, defendants wishing to include one in-house counsel for each party — In absence of agreement, plaintiffs bringing above-mentioned motion — In dismissing motion, Case Management Judge finding that in order to prevent disclosure to in-house counsel, Court must be presented with concrete evidence establishing on balance of probabilities actual prejudice if disclosure allowed — Rejecting plaintiffs’ submission regarding risk that would occur if CEO documents, information disclosed to defendants’ in-house counsel — Plaintiffs arguing that Case Management Judge disregarding factors established by case law governing issuance of CEO protective orders; failing to recognize irreversible prejudice resulting from disclosure of entirety of plaintiffs’ CEO documents, information to defendants’ in-house counsel — Whether Case Management Judge’s decision reasonable — Purpose of CEO or “counsel and expert’s eyes only” provisions is to prevent disclosure of highly sensitive, confidential information to officers, executives, employees or anyone else involved in receiving party’s day-to-day operations from consciously or unconsciously grounding business decisions on confidential information to competitive disadvantage of producing party — Such orders preventing counsel from showing relevant evidence to clients; therefore should only be granted in unusual circumstances — Each case to be decided on its own merits — In case at bar, Case Management Judge not departing from earlier case law — Level of involvement of in-house counsel in party’s day-to-day operations, activities, threat posed by this involvement remaining determining factor for excluding in-house counsel from disclosure — Argument that where employee has had access to sensitive, proprietary information, he or she cannot be expected to have “empty head” as to such information when making future business decisions, remaining relevant consideration — Case Management Judge’s decision consistent with foregoing principles — Not committing reviewable error in analysis, assessment of quality of evidence — Reasonably open to Case Management Judge to conclude that plaintiffs not meeting burden of demonstrating that order precluding disclosure to in-house counsel necessary at this point in proceedings — Motion dismissed.

ANGELCARE DEVELOPMENT INC. v. MUNCHKIN, INC. (T-151-16, 2018 FC 447, Roussel J., order dated April 24, 2018, 16 pp.)

TRADE-MARKS

EXPUNGEMENT

Appeal pursuant to *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, s. 56 from Registrar of Trade-marks decision finding respondent demonstrating use of trade-mark LUSH, registration TMA 649810 (Mark) in association with t-shirts — Following request by applicant, Registrar issuing notice pursuant to Act, s. 45 requiring respondent show use of Mark in Canada — In response, respondent providing evidence demonstrating sales for t-shirts bearing Mark to Lush Canada employees — Registrar considering applicant’s contention that t-shirts bearing Mark not sold in normal course of trade in light of affidavit evidence submitted by respondent describing t-shirts as “promotional” goods sold at cost, rather than for profit, in small quantities to employees — However, Registrar finding that t-shirts not merely uniforms; evidence suggesting employees purchasing t-shirts to give to third parties — Registrar thus satisfied that respondent establishing use within meaning of Act, s. 4(1); therefore not necessary to consider whether clothing sales to United States constituting use within the meaning of Act, s. 4(3) — Whether “normal course of trade” requirement under Act, s. 4(1) requiring transfer of marked goods for profit; whether Registrar erring in finding marked goods not merely promotional; whether test for use under Act, s. 4(3) different from test in Act, s. 4(1) — While promotional goods distributed free of charge *per se* not meeting requirements of Act, s. 4(1), if use part of overall course of action for a business, carried out for purpose of deriving profits, developing goodwill for goods, may constitute use in normal course of that business — In case at bar, given absence of profit, promotional, *de minimis* nature of sales to employees, fact respondent not normally in business of selling clothing, Registrar’s determination that sales made “in the normal course of trade” unreasonable — Registrar’s finding that marked goods not merely promotional also unreasonable — Finally, while test for Act, s. 4(3) distinct from test for Act, s. 4(1), important not to lose sight of purpose of s. 4(3), i.e. to protect Canadian entities who would be entitled to protection under Act but for fact entities’ sales taking place exclusively outside Canada — Where party’s activities in Canada not establishing use of trade-mark, those same activities not rising to level of use simply because export has taken place — Accordingly, since respondent’s t-shirt sales not constituting use under Act, s. 4(1), use also not established for purposes of Act, s. 4(3) — Appeal allowed.

RICHES, MCKENZIE & HERBERT LLP v. COSMETIC WARRIORS LIMITED (T-825-17, 2018 FC 63, Manson J., judgment dated January 23, 2018, 14 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, faisant droit à l'appel du défendeur contre la décision d'un agent des visas et accueillant la demande de résidence permanente de l'épouse du défendeur — Le défendeur, un citoyen canadien, a demandé de parrainer son épouse, une citoyenne du Vietnam, en tant que résidente permanente — N'étant pas convaincu du caractère authentique du mariage, l'agent a refusé le visa — L'audience de l'appel de cette décision a été fixée le 18 juillet 2017 — Le demandeur a déterminé qu'il n'y avait aucun agent d'audience disponible pour comparaître à cette audience et a demandé que la date d'audience soit remise — La SAI a refusé la remise, en citant notamment les facteurs énumérés à la règle 48(4) des *Règles de la Section d'appel de l'immigration*, DORS/2002-230 (RSAI) et à l'art. 162(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — Elle a conclu que le manque de ressources ne constituait pas une circonstance exceptionnelle qui justifie une remise — La SAI a tenu l'audience, a conclu que le mariage était authentique et a accueilli la demande de visa — La véritable question à trancher en l'espèce était le refus de la SAI, avant la date d'audience, d'accorder une remise — Le demandeur a fait valoir notamment que la SAI a mis l'accent presque exclusivement sur la commodité administrative et n'a pas tenu compte d'un certain nombre des facteurs, y compris le fait que le demandeur n'est pas consulté à l'avance au sujet des dates — Il a fait valoir également qu'il était nettement dans l'intérêt public de ne pas laisser les demandes de visa comme celle-ci être traitées sans opposition et sans examen de fraude ou d'autres conséquences négatives sur le système d'immigration — Il n'existait aucun motif raisonnable de conclure que la décision concernant la remise a facilité une fraude ou une conséquence négative sur le système d'immigration — Pour obtenir gain de cause, le demandeur devait démontrer que non seulement il a soutenu qu'il y avait absence de ressources ou d'agents d'audience, mais également qu'il n'avait aucune autre solution de rechange raisonnable que la remise — Il ne ressort aucunement de la preuve qu'à la date de l'audience, aucun agent d'audience n'était disponible pour d'autres affaires fixées — Si certains agents d'audience étaient disponibles, mais que le nombre de tels agents était insuffisant pour toutes les affaires fixées, il incombait au demandeur d'expliquer la raison pour laquelle l'espèce a été choisie comme une des affaires à l'égard desquelles il n'y avait aucun agent d'audience — Il ne revenait pas à la Cour de remettre en question le caractère raisonnable des choix faits par la gestion, s'il existait une preuve que des choix raisonnables ont été faits — En l'absence de ce type de preuve de justification de la mesure prise par le demandeur, le demandeur ne peut démontrer ni le caractère déraisonnable ni le caractère injuste — Demande rejetée.

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. CHUNG (IMM-3671-17, 2018 CF 238, juge Phelan, jugement en date du 2 mars 2018, 11 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI) demandant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le demandeur) de lui fournir un dossier d'appel non expurgé, y compris une partie du dossier qui, selon le demandeur, était assujettie au privilège relatif aux indicateurs de police — Le défendeur a parrainé son épouse pour l'admission au Canada, mais cette demande a été refusée par l'agent des visas — Dans le cadre de l'appel de cette décision par le défendeur, le demandeur a fourni un dossier d'appel dans lequel une partie des notes de l'agent avait été expurgée — Le demandeur a soutenu que les renseignements étaient protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police et qu'ils n'étaient pas pertinents, puisque l'agent et le demandeur ne s'y étaient pas

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fiés — La SAI a ordonné au demandeur de lui fournir la documentation expurgée de façon à ce qu'elle puisse évaluer si ces renseignements n'étaient pas pertinents ou protégés par le privilège relatif aux indicateurs de police — La SAI a conclu que les questions de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s'appliquait et si les renseignements en question étaient pertinents pouvaient seulement être décidées par la SAI, et seulement si elle était en mesure d'analyser les renseignements expurgés — Il s'agissait principalement dans la présente affaire de savoir si la SAI a commis une erreur dans sa décision — La norme de la décision correcte s'appliquait au contrôle de la décision puisqu'il s'agissait d'une question d'importance capitale au système juridique dans son ensemble (c.-à-d. le droit d'origine législative de la SAI d'avoir accès à des documents privilégiés), ne relevant pas du domaine de spécialisation de la SAI — *Canada (procureur général) c. Quadri*, 2011 CAF 115 a fourni une orientation quant au processus à suivre par un tribunal administratif devant une revendication de privilège — Le document a été examiné, mais il n'a pas été inspecté — L'étape initiale d'examen est d'évaluer si le document peut possiblement appartenir à la catégorie de document privilégié — La deuxième étape d'examen consiste à évaluer si le document peut être pertinent aux questions du litige — Lorsque la décision quant à la revendication ne peut être prise au moyen d'un examen, il est nécessaire d'examiner si le tribunal détient le pouvoir légal de déterminer une revendication de privilège — Cette question a été examinée dans l'affaire *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 — La SAI n'a pas commis d'erreur dans son traitement de la partie expurgée des notes de l'agent des visas — Elle a eu raison d'extrapoler les conclusions de la jurisprudence selon lesquelles le tribunal saisi d'un appel doit être l'arbitre de ce qui est pertinent aux fins d'inclusion au dossier d'appel — En outre, elle a eu raison de faire référence au principe selon lequel tout document soumis au décideur dans le cadre de sa prise de décision est présumé pertinent — La SAI a eu raison de rejeter la position du demandeur selon laquelle elle pouvait disposer de la question dont elle était saisie sur le fondement de l'affirmation du demandeur selon laquelle les documents n'étaient pas pertinents — Cependant, la SAI a commis une erreur de conclure qu'elle avait le pouvoir d'inspecter les renseignements pour lesquels était revendiqué un privilège relatif aux indicateurs de police, afin de décider si le privilège s'appliquait ou non — Selon *Blood Tribe*, il doit y avoir un libellé exprès pour qu'une loi habilitante d'un tribunal soit interprétée de façon à lui conférer le droit d'accès à des renseignements privilégiés — Si les art. 162 et 174 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, confèrent à la SAI un mécanisme qui peut être utilisé pour examiner des documents, ces dispositions ne satisfont pas au libellé exprès, clair et non ambigu expliqué dans *Blood Tribe* — En outre, la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 confère à la SAI d'autres recours efficaces, c.-à-d. le renvoi de l'affaire (du privilège) à la Cour fédérale pour jugement — Enfin, la SAI a commis une erreur de conclure qu'il lui était nécessaire d'examiner le document expurgé pour évaluer la revendication du privilège; elle a mal compris le critère d'application à respecter en regard du privilège relatif aux indicateurs de police; elle a déclaré que ce privilège est enclenché lorsque le communicateur fait une demande de confidentialité et qu'il existe une promesse sous-jacente de confidentialité (expresse ou implicite) par le bénéficiaire des renseignements — La jurisprudence ne soutient pas cette interprétation — L'analyse requise n'est pas conjonctive — Il n'est pas nécessaire d'examiner les attentes de l'indicateur comme élément distinct du critère lorsqu'il y a eu une promesse explicite de confidentialité — Une promesse implicite de confidentialité est aussi suffisante pour justifier la demande de privilège relatif aux indicateurs — En l'espèce, la preuve soumise à la SAI appuyait la conclusion que le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait à la partie expurgée des notes — Demande accueillie — L'affaire a été renvoyée à la SAI pour la poursuite de l'appel, mais il n'était pas nécessaire que la SAI réexamine la question du privilège, car elle aurait dû confirmer l'allégation de privilège du demandeur.

CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) C. HANJRA (IMM-2398-17, 2018 CF 208, juge Southcott, jugement en date du 23 février 2018, 31 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration de refuser la demande de visa de résident permanent au demandeur au motif qu'il était interdit de territoire conformément à l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — Le demandeur est un citoyen érythréen appartenant au Front de libération de l'Érythrée et au Front populaire de libération de l'Érythrée — L'agent a conclu que les deux organisations participaient au terrorisme et à la subversion et que l'appartenance continue du demandeur à ces deux organisations n'était pas sous la contrainte — À aucun moment le demandeur n'a demandé que l'agent fasse preuve d'un « pouvoir discrétionnaire résiduel » de délivrer un visa malgré la conclusion d'interdiction de territoire — Il s'agissait principalement de savoir si l'agent avait la discrétion d'accorder un visa et si l'agent a commis une erreur en traitant les considérations d'appartenance en soi dans une organisation séparément de la question à savoir si l'appartenance avait été créée par la contrainte — Il n'y avait rien devant l'agent qui suggérerait que

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

cette « discrétion » était en jeu, que malgré la conclusion d'interdiction de territoire, l'agent aurait dû autrement délivrer un visa — Quoi qu'il en soit, le régime de la Loi et la formulation précise et l'intention législative s'éloignent de la conclusion selon laquelle le terme « peuvent » aux art. 144 et 146(2) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, accorde un pouvoir discrétionnaire résiduel — Le régime législatif fournit au ministre le pouvoir de réparation — Il est redondant que le pouvoir d'exemption soit offert au niveau ministériel dans la Loi et au niveau de l'agent des visas dans le Règlement — Une fois qu'une conclusion d'interdiction de territoire est effectuée aux motifs de l'art. 34(1) de la Loi, un agent des visas n'a aucun pouvoir restant de délivrer un visa — En ce qui concerne la contrainte, la preuve doit être examinée dans son ensemble afin de déterminer si l'appartenance était volontaire ou forcée — Dans la présente affaire, l'agent a examiné tous les éléments de preuve — La position initiale du demandeur n'indiquait pas de contrainte — L'accent mis sur la contrainte a augmenté au fil du temps — Il était raisonnable pour l'agent d'accorder plus d'importance à la déclaration du début du demandeur quant à ses motifs de se joindre à l'organisation et d'y rester — Demande rejetée.

DAMIR C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2453-17, 2018 CF 48, juge Phelan, jugement en date du 18 janvier 2018, 16 p.)

Contrôle judiciaire d'une décision d'un agent d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente du demandeur au motif qu'il était interdit de territoire conformément à l'art. 34(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — L'agent a conclu qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur, un citoyen iranien, a contribué au développement d'armes de destruction massive en Iran — Le demandeur a soutenu notamment que l'agent ne lui a accordé aucune audience, qu'il s'est basé sur de l'information dont le demandeur n'était pas au courant, et qu'il n'a pas analysé correctement les éléments de preuve — Il s'agissait de savoir si l'agent a traité le demandeur de façon injuste et si la conclusion de l'agent était déraisonnable — L'agent n'a pas traité le demandeur de façon équitable — L'agent a tiré des conclusions défavorables quant à la crédibilité du demandeur, ce qui n'aurait dû être fait qu'après une audience et non en se basant seulement sur les observations écrites — Les préoccupations soulevées dans un rapport de la Division des enquêtes pour la sécurité nationale, qui inclut une opinion selon laquelle le demandeur pourrait être un agent de renseignement iranien agissant sur les ordres du ministère iranien du Renseignement et de la Sécurité, n'ont jamais été communiquées au demandeur — Le fait de fournir au demandeur une vague référence sur sa possible interdiction de territoire pour des motifs de sécurité n'était pas suffisant pour remplir le devoir d'équité de l'agent — Le demandeur avait le droit de connaître les allégations formulées contre lui et les preuves sur lesquelles on s'est fondé pour appuyer ces allégations — Bien que la conclusion tirée sur la question de l'équité ait été suffisante pour trancher la demande dans la présente affaire, la conclusion de l'agent portant sur la demande de résidence permanente a elle aussi été abordée — La conclusion de l'agent était déraisonnable — L'agent a utilisé des critères similaires à ceux détaillés dans l'arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678, c.-à-d. qu'une personne ne peut être tenue d'avoir commis un crime grave sans preuve que cette personne a contribué sciemment et de manière significative au dit crime — Le fait que l'art. 34(1)d) de la Loi prévoit une conclusion d'interdiction de territoire pour une personne qui pourrait « constituer un danger pour la sécurité du Canada » ne signifie pas qu'une personne est interdite de territoire sans preuve qu'elle a commis quelque chose, ou pourrait commettre quelque chose, qui confirmerait sa dangerosité — Toutefois, le motif précis évoqué dans l'arrêt *Ezokola* ne s'appliquait peut-être pas ici — L'arrêt *Ezokola* ne sous-entend pas que la définition de complicité qui y est établie doit être assimilée au concept de « membre » décrit à l'art. 34(1)f) — La préoccupation de la Cour suprême selon laquelle les individus ne doivent pas être jugés complices d'un comportement fautif en se basant simplement sur leur association avec un groupe impliqué dans des crimes internationaux pourrait s'étendre généralement à la notion d'interdiction de territoire et, plus spécifiquement, à la définition d'affiliation à un groupe — Les effets de l'arrêt *Ezokola* se font sentir hors du champ des clauses d'exclusion dans lesquelles elles se sont posées — Dans la présente affaire, il semble que l'agent ait reconnu qu'une conclusion en vertu de l'art. 34(1)d) nécessite certaines preuves de connaissance et de contribution — Toutefois, il n'y avait pas dans les motifs de l'agent un élément de preuve pour sa conclusion selon laquelle le demandeur a « consciemment et significativement » assisté ses employeurs dans le développement du programme d'armement iranien — Il était évident que l'agent était convaincu que le demandeur était coupable par association — Rien dans le dossier ne supportait la conclusion de l'agent selon laquelle le demandeur a contribué consciemment et significativement au programme d'armement iranien — Demande accueillie.

HOSSEINI C. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ) (IMM-4640-16, 2018 CF 171, juge O'Reilly, jugement en date du 14 février 2018, 18 p.)

DROIT D'AUTEUR

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur homologuant des taux de redevances dans le cadre de deux projets de tarif déposés par la demanderesse (Access Copyright) concernant la reproduction d'œuvres publiées par les gouvernements provinciaux et territoriaux pour les années 2005–2009 et 2010–2014 — Le premier projet de tarif d'Access Copyright ne visait pas la réalisation de copies numériques — Le deuxième projet de tarif d'Access Copyright autorisait la réalisation et la distribution de copies numériques à certaines conditions — Selon l'une de ces conditions, lorsqu'ils n'étaient plus visés par le projet de tarif, les gouvernements titulaires de licence devaient cesser d'utiliser les copies numériques, les supprimer des disques durs de leurs ordinateurs et de tout autre dispositif électronique (la disposition relative à la suppression) — Dans sa décision, la Commission a décidé de ne pas inclure la disposition relative à la suppression dans le deuxième tarif — Access Copyright a fait valoir que la Commission n'était pas habilitée en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 à 1) modifier les modalités relatives aux utilisations des copies numériques qu'Access Copyright avait convenu d'autoriser; 2) éliminer une modalité relative aux utilisations des copies numériques et par la suite éliminer une catégorie entière d'utilisation des copies numériques du tarif sur le fondement de cette condition éliminée à tort — Elle a dit de cette question qu'elle concernait la compétence de la Commission — Les intimés ont qualifié les actions de la Commission différemment, à savoir que la Commission n'a pas décidé d'éliminer la disposition relative à la suppression, mais qu'elle a plutôt décidé de ne pas l'inclure dans le tarif et qu'elle a donc exercé le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 70.15 de la *Loi sur le droit d'auteur* de fixer des tarifs — Le juge Stratas, J.C.A. : Peu importe la qualification adoptée, la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable de la décision, et non celle de la décision correcte — Il n'y avait aucune question de compétence justifiant un contrôle en fonction de la norme de la décision correcte — La question de savoir ce que la Commission peut faire est une question d'interprétation législative (à savoir sa loi habilitante, la *Loi sur le droit d'auteur*) — La Cour suprême du Canada a récemment confirmé que la norme du caractère raisonnable de la décision est la norme de contrôle applicable dans ce genre d'affaires — Les intimés ont correctement qualifié la décision en cause dans le cadre du présent contrôle judiciaire — La Cour a précédemment maintenu la compétence de la Commission d'exclure d'un tarif certaines catégories d'utilisations — La décision de la Commission de ne pas inclure des questions se rapportant à la disposition relative à la suppression dans le tarif dans la présente affaire était raisonnable — Bien qu'aux termes de l'art. 70.12 de la *Loi sur le droit d'auteur*, une société de gestion collective comme Access Copyright, et non la Commission, a le pouvoir de fixer les modalités sur le fondement desquelles la société en question convient d'octroyer une licence d'utilisation des œuvres faisant partie de son répertoire, la Commission avait encore un pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'art. 70.15 de la *Loi sur le droit d'auteur*, relativement aux questions qui devaient ou ne devaient pas faire partie du tarif — Dans la présente affaire, la Commission détenait clairement le pouvoir discrétionnaire de rendre la décision qu'elle a rendue — Access Copyright a fait valoir également que l'évaluation par la Commission de ce qui constitue une reproduction importante et son évaluation du caractère équitable de l'utilisation étaient déraisonnables — L'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur* définit le droit d'auteur comme comportant le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter une « partie importante » en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante — L'expression « partie importante » n'y est pas définie — La Cour suprême a déclaré que l'analyse de l'aspect qualitatif de la partie qui est reproduite est un élément essentiel de l'analyse effectuée sous le régime de l'art. 3(1) — Elle a déclaré en outre qu'une partie importante d'une œuvre est une partie qui représente une part importante du talent et du jugement de l'auteur exprimés dans l'œuvre — Dans la présente affaire, la réalisation de copies en cause était parfaitement directe et littéraire et consistait principalement à photocopier des extraits de revues, de journaux et de livres — Access Copyright a contesté la règle de la « démarcation très nette » suivie par la Commission, selon laquelle une ou deux pages copiées d'une œuvre publiée ne constituant pas plus de 2,5 pour cent de l'œuvre entière était une « estimation raisonnable pour établir le caractère non important de la partie copiée » — Toutefois, l'on ne pouvait dire avec certitude si la Commission aurait pu agir différemment, puisqu'aucune preuve qualitative ne lui a été soumise sur la mesure du talent et du jugement qui ont servi à créer les parties des œuvres originales dont les employés gouvernementaux ont fait des copies — L'adoption par la Commission de la règle de la démarcation très nette a fourni une indication en ce qui concerne la reproduction qui est permise — La Commission n'a pas agi d'une façon qui était inacceptable ou indéfendable — L'évaluation par la Commission de l'utilisation équitable était également acceptable et défendable — La Commission a appliqué fidèlement les enseignements donnés par la Cour suprême — En ce qui concerne l'équité procédurale, Access Copyright savait quelles questions étaient en litige devant la Commission, puisqu'elle a eu amplement l'occasion de présenter des observations sur ces questions — La Commission n'a donc contrevenu à aucune obligation d'équité procédurale — Le juge Rennie, J.C.A. (motifs concourants) : L'existence de questions de compétence n'a pas été écartée, la Cour suprême n'ayant pas rejeté la norme de la décision correcte pour les questions de compétence — L'application de la norme du caractère raisonnable dans l'affaire *Québec (Procureur général) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3, découle non pas du rejet de la norme de la décision correcte en ce qui concerne les questions de compétence ou de la détermination selon laquelle il n'existait aucune question portant véritablement sur la compétence, mais de l'interprétation par la majorité selon laquelle la

DROIT D'AUTEUR—Fin

question en litige dans cette affaire n'était pas une véritable question de compétence — En outre, le rôle du tribunal d'examen dans l'évaluation de l'équité procédurale n'a pas été perturbé — Quoiqu'il en soit, aucune question de compétence ne se posait dans la présente affaire compte tenu de la jurisprudence établie — Demande rejetée.

CANADIAN COPYRIGHT LICENSING AGENCY (ACCESS COPYRIGHT) C. CANADA (A-293-15, 2018 CAF 58, les juges Stratas et Rennie, J.C.A., jugement en date du 22 mars 2018, 54 p.)

DROIT MARITIME

Appels de la décision de la Cour fédérale (C.F.) (2017 CF 105) de rejeter l'action intentée par l'appelante contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada (la Couronne) pour les dommages subis après que le navire à moteur *Clipper Adventurer* (le *Clipper*) s'est échoué dans un haut-fond inexploré et submergé dans l'Arctique canadien — La C.F. a accueilli l'action personnelle et l'action réelle intentées par la Couronne contre l'appelante, le *Clipper*, au titre des frais et des dépenses qu'elle a engagés pour prévenir les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures — À la suite de la découverte du haut-fond par la Garde côtière canadienne (GCC) en 2007, l'Avis à la navigation A102/07 a été publié — Cet Avis à la navigation a ensuite été annulé lorsqu'un Avis aux navigateurs a été publié en octobre 2010 — N'ayant pas demandé les Avis à la navigation, le *Clipper* n'a pas correctement mis à jour la carte hydrographique à bord — La C.F. a conclu qu'il a été satisfait à l'obligation de mettre le *Clipper* en garde au moyen de la publication de l'Avis à la navigation A102/07 — Le *Clipper* a fait preuve de négligence lorsqu'il a établi le trajet du navire sans l'aide des Avis à la navigation — En ce qui concerne la demande en recouvrement présentée par la Couronne, la C.F. a conclu que l'art. 116(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (Loi) ne s'appliquait pas et a accordé à la Couronne des intérêts au taux simple de cinq pour cent — L'appelante a fait valoir notamment qu'il n'avait pas été satisfait à l'obligation de mise en garde étant donné qu'un Avis aux navigateurs aurait dû être publié en juin 2010 — Il s'agissait de savoir si la publication de l'Avis à la navigation A102/07 était suffisante pour satisfaire à l'obligation de mise en garde et si la C.F. aurait dû appliquer l'art. 116 de la Loi et accorder des intérêts à un taux inférieur — La C.F. n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a conclu qu'il n'y a eu aucun manquement dont la Couronne devait être tenue responsable — La C.F. était autorisée à prendre en considération d'autres facteurs et circonstances, comme la question de savoir si la mise en garde comme telle qui a été donnée aux navigateurs au moyen de l'Avis à la navigation A102/07 constituait une mise en garde suffisante et raisonnable — Il ne s'agissait pas en l'espèce d'une situation où aucune mise en garde n'a été donnée de la présence d'un haut-fond — Les navigateurs assument leur propre obligation de diligence en common law — Ils doivent avoir à bord des cartes et des publications maritimes à jour — Il y avait dans le dossier de la preuve bon nombre d'éléments de preuve appuyant la conclusion de la C.F. selon laquelle la publication de l'Avis à la navigation A102/07 satisfaisait à l'obligation de mettre les navigateurs en garde contre la présence d'un haut-fond — La C.F. a conclu à juste titre que l'art. 116(1) de la Loi ne s'appliquait pas dans les circonstances de la présente affaire — Le passage « demandes en recouvrement de créance présentées en vertu de la présente partie » à l'art. 116(1) doit être interprété compte tenu du contexte entier dans lequel il se trouve et de son sens grammatical et ordinaire, conformément à l'objet et au régime de la Loi – en particulier de la partie 7 – et à l'intention du législateur — La partie 7, intitulée « Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires » (Caisse d'indemnisation), établit un régime d'indemnisation canadien fondé sur le principe selon lequel « le pollueur paie » — L'appelante n'a fait valoir aucune raison pour laquelle le législateur souhaiterait limiter le taux d'intérêt payable par le pollueur lorsqu'il n'y a eu aucun paiement par la Caisse d'indemnisation — La Caisse d'indemnisation a agi principalement comme débitrice plutôt que comme créancière — Le législateur souhaitait régler le taux d'intérêt payable par la Caisse d'indemnisation, qui pouvait donc être recouvré dans le cadre de l'exercice de son droit de subrogation — Les demandes en recouvrement présentées contre le propriétaire de navire ou le garant du propriétaire de navire auxquelles renvoie l'art. 116(1) sont des demandes en recouvrement présentées par la Caisse d'indemnisation — Le droit de la Couronne de présenter une demande en recouvrement contre l'appelante en l'espèce ne se rapportait pas à une demande en recouvrement au sens de la partie 7 — Appels rejetés.

ADVENTURER OWNER LTD. C. CANADA (A-64-17, A-65-17, 2018 CAF 34, juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 7 février 2018, 18 p.)

MARQUES DE COMMERCE

RADIATION

Appel interjeté en vertu de l'art. 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, contre une décision du registraire des marques de commerce, qui a conclu que la défenderesse a démontré l'emploi de la marque de commerce LUSH et de l'enregistrement LMC 649810 (la marque) en liaison avec des tee-shirts — À la demande de la demanderesse, le registraire a envoyé un avis conformément à l'art. 45 de la Loi pour demander à la défenderesse de démontrer l'emploi de la marque au Canada — En réponse, la défenderesse a fourni une preuve de ventes démontrée de tee-shirts portant la marque aux employés de Lush Canada — Le registraire s'est penché sur la prétention de la demanderesse selon laquelle les tee-shirts arborant la marque n'étaient pas vendus dans la pratique normale du commerce, en se fondant sur le fait que l'affidavit soumis par la défenderesse décrivait les tee-shirts comme des produits « promotionnels » vendus au prix coûtant, et non à un prix permettant de réaliser un profit, en petites quantités aux employés — Toutefois, le registraire a conclu que les tee-shirts n'étaient pas simplement des uniformes; la preuve laissait entendre que des employés avaient acheté des tee-shirts afin de les donner à des tiers — Parce que le registraire était convaincu que la défenderesse avait établi un emploi au sens de l'art. 4(1) de la Loi, il n'était pas nécessaire de conclure si les ventes de vêtements aux États-Unis constituaient un emploi au sens de l'art. 4(3) de la Loi — Il s'agissait de savoir si l'exigence de « la pratique normale du commerce » à l'art. 4(1) de la Loi requérait le transfert des produits en réalisant un profit; si le registraire a commis une erreur en concluant que les produits arborant la marque n'étaient pas simplement promotionnels; si le critère d'emploi prévu à l'art. 4(3) de la Loi différait de celui de l'art. 4(1) de la Loi — Bien que la distribution gratuite de produits en tant que tels ne satisfasse pas aux exigences de l'art. 4(1) de la Loi, si un tel emploi fait partie d'une pratique normale du commerce pour une entreprise, qu'elle est exécutée dans le but d'engendrer des profits et de développer un achalandage pour les produits, elle pourrait constituer un emploi dans la pratique normale du commerce de cette entreprise — Dans les circonstances de l'espèce, puisqu'il y avait une absence de profit, la nature promotionnelle et *de minimis* de la vente aux employés, et le fait que la défenderesse n'est pas habituellement une entreprise de vente de vêtements, la décision du registraire selon laquelle ces ventes étaient dans la « pratique normale du commerce » était déraisonnable — La conclusion du registraire selon laquelle les produits portant la marque n'étaient pas strictement promotionnels était également déraisonnable — Enfin, bien que le critère énoncé à l'art. 4(3) de la Loi soit distinct du critère prévu à l'art. 4(1) de la Loi, il est important de ne pas perdre de vue l'objet de l'art. 4(3), qui vise à protéger les entités canadiennes qui auraient droit à la protection en vertu de la Loi, mais pour le fait que leurs ventes ont exclusivement lieu à l'extérieur du Canada — Lorsque les activités d'une partie au Canada n'établissent pas l'emploi d'une marque de commerce, ces mêmes activités n'ont pas atteint le niveau d'emploi simplement parce qu'une exportation a eu lieu — En conséquence, les ventes de tee-shirts de la défenderesse ne constituant pas un emploi aux fins de l'art. 4(1) de la Loi, cet emploi n'a pas été établi non plus aux fins de l'art. 4(3) de la Loi — Appel accueilli.

RICHES, MCKENZIE & HERBERT LLP C. COSMETIC WARRIORS LIMITED (T-825-17, 2018 CF 63, juge Manson, jugement en date du 23 janvier 2018, 14 p.)

PRATIQUE

Appel de la décision du juge responsable de la gestion de l'instance de rejeter la requête des demandereses pour que soit prononcée une ordonnance de confidentialité et préventive conformément à la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — La requête a été présentée dans le cadre de procédures intentées par les demandereses contre les défenderesses pour contrefaçon de brevet — Les demandereses et les défenderesses sont les principales concurrentes sur le marché canadien et étranger des produits de soins pour bébé — Les parties ont convenu que des documents et des informations très délicats seraient échangés au cours des procédures et qu'il faudrait prévoir une ordonnance préventive comprenant deux catégories de confidentialité, à savoir « Confidentielle » et « consultation restreinte aux avocats » — Toutefois, elles ne se sont pas entendues sur les personnes qui auraient accès aux documents et informations de consultation restreinte — Même si les défenderesses ont convenu de limiter l'étendue de la communication aux personnes proposées par les demandereses, les défenderesses souhaitaient inclure un avocat interne pour chaque partie — Faute d'accord entre les parties, les demandereses ont présenté la requête susmentionnée — En rejetant la requête, le juge responsable de la gestion de l'instance a conclu que, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles à un avocat interne, il faut que la Cour reçoive des preuves concrètes permettant d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y aura un préjudice réel si cette divulgation est autorisée — Il a rejeté l'argument des demandereses au sujet du risque encouru si les documents et les informations de consultation restreinte aux avocats venaient à être divulgués à l'avocat interne des défenderesses — Les demandereses ont fait valoir que le juge responsable de la gestion de l'instance a fait abstraction des facteurs établis par la jurisprudence régissant la délivrance d'ordonnances préventives de consultation restreinte aux avocats, et qu'il n'a pas tenu compte du préjudice irréversible qui découlerait de la divulgation de l'intégralité des documents et des informations de consultation restreinte des demandereses à l'avocat interne

PRATIQUE—Fin

des défenderesses — Il s'agissait de savoir si la décision du juge responsable de la gestion de l'instance était raisonnable — Les dispositions «réservées aux avocats» ou «réservées aux avocats et aux experts» visent à empêcher la divulgation de renseignements très délicats et confidentiels aux agents, aux directeurs, aux employés ou à toute autre personne impliquée dans les opérations quotidiennes de la partie qui reçoit les documents, afin que ceux-ci ne se fondent pas, consciemment ou inconsciemment, sur ces renseignements confidentiels pour prendre leurs décisions d'affaires, au désavantage concurrentiel de la partie qui produit les documents — Étant donné que ces ordonnances empêchent les avocats de présenter les preuves pertinentes à leurs clients, il n'est permis de prononcer une ordonnance de confidentialité restrictive que dans des circonstances exceptionnelles — Chaque cas est un cas d'espèce — Dans la présente affaire, le juge responsable de la gestion de l'instance n'a pas dérogé à la jurisprudence antérieure — Le facteur déterminant pour exclure un avocat interne est le degré d'implication de cet avocat dans les opérations et les activités quotidiennes de la partie, et le risque encouru du fait de cette implication — L'argument selon lequel une fois qu'un employé a eu accès à des renseignements délicats et exclusifs, on ne peut pas s'attendre à ce qu'il ou elle «fasse fi» de ces renseignements lors de la prise de futures décisions d'affaires, reste un facteur pertinent — La décision du juge responsable de la gestion de l'instance concorde avec les principes susmentionnés — Il n'a pas commis une erreur susceptible de contrôle, dans le cadre de son analyse et de son appréciation de la qualité de la preuve — Il était raisonnable pour le juge responsable de la gestion de l'instance de conclure que les demanderesses ne s'étaient pas acquittées de leur fardeau de la preuve qui consistait à démontrer qu'à ce stade, il était nécessaire de rendre une ordonnance de consultation restreinte aux avocats internes — Requête rejetée.

ANGELCARE DEVELOPMENT INC. C. MUNCHKIN, INC. (T-151-16, 2018 CF 447, juge Roussel, ordonnance en date du 24 avril 2018, 16 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3