

## EDITOR'S NOTE

An erratum was published in [2016] Volume 3, Part 1. In *Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 166, [2016] 2 F.C.R. 167, at paragraph 6, the filing date of the '329 Patent is erroneously stated as February 12, 2002. The correct filing date is August 2, 2000.

The correction has been made to page 173 of the present document.

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

Un erratum a été publié dans [2016] Volume 3, fascicule 1. Au paragraphe 6 de la décision *Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 166, [2016] 2 R.C.F. 167, la date de dépôt du brevet '329 est erronément indiquée comme étant le 12 février 2002. La date de dépôt est en fait le 2 août 2000.

La correction a été apportée à la page 174 du présent document.



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2016, Vol. 2, Part 2**

**2016, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2016] 2 F.C.R., {<sup>167-349</sup><sub>D-5-D-8</sub>

Renvoi [2016] 2 R.C.F., {<sup>167-349</sup><sub>F-5-F-9</sub>

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

### LEGAL EDITORS

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2016.

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

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

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

### ARRÊTISTES

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

*Le Recueil des décisions des Cours fédérales est publié conformément à la Loi sur les Cours fédérales. L'arrêtiŕte 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 WILLIAM A. BROOKS.*

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016.

N° de cat. JU1-2-1-PDF  
ISSN 1714-373X

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte 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.*

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

*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.*

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

## CONTENTS

Appeals noted . . . . .	I
Judgments . . . . .	167–349
Digests . . . . .	D-5–D-8

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Esfand (F.C.) . . . . . 282**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision concluding not having jurisdiction to consider application to cessate respondent’s refugee status pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 108 on basis respondent not Convention refugee as contemplated in Act, s. 95(1)(a)—Respondent, citizen of Iran, dependant of husband who was determined to be Convention refugee—Respondent becoming member of Convention refugees abroad (CR-1) class under family unity policy—Applicant seeking cessation of respondent’s refugee status on basis respondent voluntarily re-availing herself of protection of Iran—RPD finding applicant wrong in stating that respondent granted refugee status by virtue of finding on husband—Finding respondent became member of CR-1 class by virtue of being dependent on her husband—Whether RPD erred in finding that respondent not determined to be Convention refugee as contemplated in Act, s. 95 so that RPD not having jurisdiction to cessate refugee status—RPD’s decision reasonable—Phrase “has been determined to be a Convention refugee” in Act, s. 95(1)(a) not applying to respondent—Statement in Citizenship and Immigration Canada’s Overseas Processing Manual (OP) that accompanying family members deriving refugee status from principal applicant not saying respondent “has been determined to be a Convention

*Continued on next page*

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

*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.*

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

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I
Jugements . . . . .	167–349
Fiches analytiques . . . . .	F-5–F-9

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Esfand (C.F.) . . . . . 282**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Contrôle judiciaire à l’égard d’une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) par laquelle elle a conclu qu’elle n’avait pas compétence pour entendre, sur le fondement de l’art. 108 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, la demande d’annulation du statut de réfugié de la défenderesse au motif que la défenderesse n’était pas une réfugiée au sens de la Convention visée à l’art. 95(1)a) de la Loi—La défenderesse est une citoyenne de l’Iran qui était une personne à charge de son époux à qui on avait reconnu la qualité de réfugié au sens de la Convention—En vertu d’une politique en matière d’unité familiale, la défenderesse est devenue membre de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières (RC-1)—Le demandeur a demandé un constat selon lequel la défenderesse avait perdu la qualité de réfugié au sens de la Convention au motif qu’elle s’était réclamée de nouveau et volontairement de la protection de l’Iran—La SPR a conclu que c’est à tort que la demanderesse affirmait que la demanderesse s’est vu reconnaître la qualité de réfugié en raison de la décision dont fait l’objet son époux—La SPR a conclu que la défenderesse a accédé à la catégorie RC-1 parce qu’elle était une personne à la charge de son époux—Il s’agissait de savoir si la SPR a commis une erreur lorsqu’elle a conclu qu’il n’avait pas été établi que la défenderesse est une réfugiée au

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

refugee”—Applicable statutory, regulatory provisions having to be clearer for applicant’s position to prevail—Question certified—Application dismissed.

### **Eli Lilly Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) ..... 167**

Patents—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s application for judicial review of decision by respondent Minister of Health refusing to list appellant’s Canadian Patent No. 2379329 ('329 patent) on patent register against appellant’s drug Trifexis—Respondent issuing notice of compliance (NOC) for Trifexis, approving new drug submission No. 141 509 (NDS 141 509) for formulation containing spinosad, milbemycin oxime—'329 patent indicating formulation may include other compounds such as “milbemycins”—Claims not expressly referring to milbemycin oxime—Respondent advising appellant '329 patent not eligible for listing on grounds not having claim for formulation containing both spinosad, milbemycin oxime, but rather having claims for formulation containing spinosad alone—Respondent of opinion patent not meeting requirements of *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 4(2)(b)—Federal Court applying test in *Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* (*Abbott test*)—Federal Court holding claims of '329 patent including not only spinosad, but other active ingredients such as milbemycin oxime; finding respondent erring in construction of patent—However, following decision in *Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FCA 254 (*Gilead F.C.A.*), Federal Court concluding reference in '329 patent to milbemycins not sufficiently specific to allow it to find patent’s claims matching formulation found in Trifexis—Respondent’s decision to refuse to list '329 patent thus found to be reasonable—Whether Federal Court erring: with respect to its construction of '329 patent’s claims, consequent overturning of respondent’s determination on that issue; in respect of third step of *Abbott test* for patent listing eligibility, i.e. whether formulation claimed in '329

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sens de la Convention au titre de l’art. 95 de la LIPR, de sorte que la SPR n’avait pas compétence pour examiner la demande visant à mettre fin au statut de réfugié—La décision de la SPR était raisonnable—Il n’y a pas eu, à l’égard de la défenderesse, un « constat qu’elle est [...] un réfugié au sens de la Convention » comme l’exige l’art. 95(1)a) de la Loi—Le passage dans le Guide de traitement des demandes à l’étranger (OP) de Citoyenneté et Immigration Canada qui indique que les membres de la famille accompagnant un demandeur principal obtiennent leur statut de réfugié du fait que le demandeur principal l’obtient ne dit pas qu’il y a eu à l’égard de la défenderesse un « constat qu’elle est [...] un[e] réfugié au sens de la Convention »—Il faudrait que les dispositions législatives et réglementaires soient plus claires pour que la thèse du demandeur l’emporte—Une question a été certifiée—Demande rejetée.

### **Eli Lilly Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) ..... 167**

Brevets—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelante de la décision du ministre de la Santé intimé de refuser d’inscrire le brevet canadien n° 2379329 (le brevet '329) de l’appelante au registre des brevets relativement au médicament Trifexis de cette dernière—L’intimé a délivré un avis de conformité (AC) à l’égard du Trifexis et a approuvé une présentation de drogue nouvelle n° 141 509 (la PDN 141 509) relativement à une formulation précise contenant du spinosad et de l’oxime de milbémycine—Le brevet '329 indiquait que la formulation pouvait englober d’autres composés comme les « milbémycines »—Aucune des revendications ne mentionnait expressément l’oxime de milbémycine—L’intimé a informé l’appelante que le brevet '329 n’était pas admissible à l’inscription au motif qu’il ne comportait pas de revendication visant le spinosad et l’oxime de milbémycine, mais plutôt des revendications se rapportant à une formulation contenant uniquement le spinosad—L’intimé a estimé que le brevet ne satisfaisait pas aux exigences de l’art. 4(2)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*—La Cour fédérale a appliqué le critère énoncé dans la décision *Laboratoires Abbott Limitée c. Canada (Procureur général)* (le critère *Abbott*)—La Cour fédérale a déterminé que les revendications du brevet '329 visaient non seulement le spinosad comme ingrédient actif, mais aussi d’autres ingrédients actifs comme l’oxime de milbémycine; elle a conclu que l’interprétation du brevet par l’intimé était erronée—Cependant, suivant la décision dans l’affaire *Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 254 (*Gilead C.A.F.*), la Cour fédérale a conclu que la mention des milbémycines dans le brevet '329 n’était pas suffisamment précise pour lui permettre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

patent formulation found in Trifexis—Federal Court erring in respect of third step of *Abbott* test—Misunderstanding requirements of s. 4(2)(b)—Respondent concluding formulation claimed by '329 patent not containing milbemycin oxime, therefore correctly concluding no match between claims of '329 patent, NOC-approved drug—Respondent's conclusion unimpeachable—Real issue arising from fact Federal Court overturning respondent's construction of '329 patent, but nonetheless concluding respondent correctly refusing to list '329 patent on register—*Abbott* test requiring Federal Court to determine whether formulation claimed by patent at issue is the one in respect of which respondent issued NOC—Federal Court resiling from understanding of s. 4(2)(b) when dealing with third step of test—Federal Court misunderstanding Court's decisions on issue, particularly decision in *Gilead F.C.A.*—*Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FC 2, *Gilead F.C.A.* distinguished from present appeal—Federal Court understanding *Gilead F.C.A.* as requiring it to find words “milbemycin oxime” in '329 patent's claims—*Gilead F.C.A.* not abandoning *Abbott* test or principles of claim construction enunciated by Supreme Court—Question at third step of *Abbott* test not whether words “milbemycin oxime” appearing, but whether claims of '329 patent claim milbemycin oxime as medicinal ingredient in formulation—Relevancy no longer sufficient to allow listing of patent—Patent having to contain, as per paragraph 4(2)(b), formulation of certain medicinal ingredients approved by respondent through issuance of NOC—Clear third step of *Abbott* test met—Appeal allowed—*Per Dawson J.A.* (concurring reasons): *Gilead F.C.A.* could not be distinguished—Thus, wrongly decided—Result in *Gilead F.C.A.* not consistent with result herein—Result in present appeal correct, in accord with text, context, purpose of Regulations, s. 4(2)(a),(b)—Not necessary to require patent to specifically name every medicinal ingredient approved through issuance of NOC—Regulations' purpose not served by denying listing to patent when patent claims innovative, useful medicinal ingredient or formulation approved for use through issuance of NOC.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de conclure que ses revendications correspondaient à la formulation de Trifexis—La décision de l'intimé de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre était par conséquent raisonnable—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale s'est trompée en interprétant les revendications du brevet '329 et en infirmant la décision de l'intimé sur ce point, puis si elle a commis une erreur relativement au troisième volet du critère *Abbott* lié à l'admissibilité du brevet à l'inscription, c'est-à-dire si la formulation revendiquée dans le brevet '329 est celle qui figure dans la formulation de Trifexis—La Cour fédérale a commis une erreur quant à la troisième étape du critère—La Cour fédérale a mal compris les exigences de l'art. 4(2)(b) du Règlement—L'intimé a conclu que la formulation revendiquée par le brevet '329 ne contenait pas l'oxime de milbémycine, et a donc estimé à juste titre qu'il n'y avait pas de correspondance entre les revendications du brevet '329 et le médicament approuvé par l'AC—La conclusion de l'intimé était irrécusable—Le véritable différend tenait à ce que la Cour fédérale a infirmé l'interprétation du brevet '329 retenue par l'intimé, mais a néanmoins conclu qu'il avait eu raison de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre—Le critère *Abbott* oblige simplement la Cour fédérale à déterminer si la formulation revendiquée dans le brevet en cause est celle à l'égard de laquelle l'intimé a délivré un AC—La Cour fédérale est revenue sur son interprétation de l'art. 4(2)(b) lorsqu'elle a examiné le troisième volet du critère—La Cour fédérale a mal compris les décisions de la Cour rendues en cette matière, notamment dans l'arrêt *Gilead (C.A.F.)*—Une distinction a été établie entre les décisions *Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CF 2 et *Gilead (C.A.F.)*, et le présent appel—La Cour fédérale s'est crue tenue de vérifier si le terme « oxime de milbémycine » apparaissait dans les revendications du brevet '329—La décision rendue dans l'arrêt *Gilead (C.A.F.)* n'est pas un abandon du critère *Abbott* ou des principes d'interprétation des revendications énoncés par la Cour suprême—La question posée par le troisième volet du critère *Abbott* n'était pas de savoir si le terme « oxime de milbémycine » apparaît dans les revendications du brevet '329, mais plutôt si les revendications comprennent l'oxime de milbémycine comme ingrédient médicinal dans la formulation visée par le brevet—La pertinence ne suffit plus pour autoriser l'inscription d'un brevet—Il faut désormais établir que le brevet contient, conformément à l'art. 4(2)(b), une formulation de certains ingrédients médicinaux que l'intimé a approuvée en délivrant un AC—Le troisième volet du critère *Abbott* a manifestement été rempli—Appel accueilli—La juge Dawson, J.C.A. (motifs concourants) : aucune distinction n'a pu être établie avec l'arrêt *Gilead (C.A.F.)*—Par conséquent, l'arrêt *Gilead (C.A.F.)* était erroné—Le résultat dans *Gilead (C.A.F.)* ne concorde pas avec l'issue du présent appel—L'issue du présent appel est correcte parce qu'elle est conforme au texte,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Hillis v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 235**

Income Tax—Tax treaties—Exchange of information—Motion for summary judgment seeking declaration that *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* (Implementation Act), *Income Tax Act* (ITA) ss. 263–269 (collectively, impugned provisions) *ultra vires* or inoperative because unconstitutional or otherwise infringing *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—Plaintiffs also seeking permanent prohibitive injunction preventing collection, disclosure of taxpayer information to U.S.—*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance Through Enhanced Exchange of Information Under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Intergovernmental Agreement or IGA), requiring Canada, U.S. to collect account holder information at reporting financial institutions—Due diligence procedures requiring financial institutions to search records for account holders that are U.S. persons, as defined in IGA—Plaintiffs, Canadian citizens also having U.S. person status, asserting, *inter alia*, that collection, disclosure of taxpayer information to U.S. contrary to provisions of *Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, being Schedule I of the *Canada–United States Tax Convention Act, 1984*, (Canada–U.S. Tax Treaty), ITA s. 241; that Crown prohibited from providing taxpayer information; that account holder information not meeting “may be relevant” standard—Whether information exchanged under IGA “foreseeably relevant”; whether impugned provisions *ultra vires*—Impugned provisions not *ultra vires* or inoperative—Plaintiffs misreading IGA, Canada–U.S. Tax Treaty—Authority to exchange information obtained pursuant to IGA deriving from Canada–U.S. Tax Treaty, Art. XXVII—Exceptions under s. 241(4) to prohibition from disclosing taxpayer information applicable to impugned provisions, IGA—Words, intent of IGA explicit, clear—IGA having force of law in Canada—ITA, ss. 266–269 compulsory—Compliance under Canada–U.S. Tax Treaty supposing all U.S. persons, including plaintiffs, will file required tax reports, declare taxable income—Collection, disclosure under IGA

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

au contexte et à l’objet des art. 4(2)a) et b) du Règlement—Il n’y a pas lieu d’exiger qu’un brevet nomme expressément chaque ingrédient médicinal approuvé par la délivrance d’un avis de conformité—On n’atteint pas les objets du Règlement lorsqu’on refuse d’inscrire un brevet qui revendique une formulation ou un ingrédient médicinal innovateur et utile, et dont l’utilisation a été approuvée par la délivrance d’un AC.

### **Hillis c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 235**

Impôt sur le revenu—Traités fiscaux—Échange de renseignements—Requête en jugement sommaire en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* (la Loi de mise en œuvre de l’AIG) et les art. 263 à 269 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la LIR) (collectivement, les dispositions contestées) sont *ultra vires* ou inopérants, parce qu’ils sont inconstitutionnels ou qu’ils portent indûment atteinte par ailleurs à des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*—Les demanderesse ont également sollicité une injonction prohibitive permanente empêchant la collecte et la communication aux États-Unis de renseignements fiscaux—*L’Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* (l’Accord intergouvernemental ou l’AIG) exige du Canada et des États-Unis qu’ils recueillent des renseignements sur les titulaires de comptes ouverts auprès d’une institution financière déclarante—Les procédures de diligence raisonnable que suivent les institutions financières obligent ces dernières à chercher dans leurs dossiers de compte des indications que le titulaire d’un compte est une personne des États-Unis, selon la définition de l’AIG—Les demanderesses, des citoyennes canadiennes qui ont également le statut de personne des États-Unis, ont affirmé, entre autres, que la collecte et la communication des renseignements seraient contraires aux dispositions de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* (qui constitue l’annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada–États-Unis en matière d’impôts*) (la Convention fiscale Canada–États-Unis) ou à l’art. 241 de la LIR; qu’il est généralement interdit à l’État de fournir à quiconque des renseignements relatifs à un contribuable; les renseignements de cette nature ne répondent pas aux critères des renseignements « pertinents »—Il s’agissait de savoir si les renseignements échangés dans le cadre de l’AIG sont « pertinents de manière prévisible » et si les dispositions

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

meeting standard of “may be relevant” under Art. XXVII, language of Art. XXVII, overall legal, factual context—Unreasonable to interpret Intergovernmental Agreement in a way rendering it impossible to perform—Exchange of information not amounting to providing assistance in collection, not captured under Canada-U.S. Tax Treaty, Art. XXVI A—Motion dismissed.

### **Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc. (F.C.A.) . . . . . 202**

Patents—Infringement—Damages—Appeal from Federal Court decision quantifying damages respondent Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) entitled to for infringement of its Canadian Patent No. 1161380 by appellants—Merck & Co.’s patent consisting of product by-process patent for anti-cholesterol drug lovastatin—Patent issued in 1984, expired in January 2001—Merck Canada Inc. selling lovastatin in Canada since 1988 under licence from Merck & Co.—Apotex Inc. issued notice of compliance to sell generic version of lovastatin—Respondents commencing action against both appellants, alleging patent infringement—Federal Court finding respondents entitled to damages award, plus pre-judgment, post-judgment interest for patent infringement—Rejecting appellants’ argument that availability of non-infringing lovastatin should be considered in assessing damages—Whether Federal Court erring in law by rejecting legal relevance of non-infringing lovastatin when computing damages for patent infringement; if so, whether appellants making out case based on existence of non-infringing lovastatin; whether Court erring in assessing royalty rate applicable to pre-expiry infringing sales; whether Court erring in assessing royalty rate applicable

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

contestées sont *ultra vires*—Les dispositions contestées ne sont pas *ultra vires* ou inopérantes—Les demanderesse ont interprété erronément l’AIG et la Convention fiscale Canada-États-Unis—Le pouvoir d’échanger automatiquement, chaque année, les renseignements que le Canada obtient conformément aux modalités de l’AIG découle bel et bien de l’art. XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis—Les exceptions que crée l’art. 241(4) à l’égard de l’interdiction de communiquer des renseignements relatifs à un contribuable s’appliquent aux dispositions contestées et à l’AIG—Les termes de l’AIG sont explicites et l’intention est claire—L’AIG a force de loi au Canada—Les art. 266 à 269 de la LIR sont obligatoires—Aux termes de la Convention fiscale Canada-États-Unis, l’observation des règles fiscales suppose que toutes les personnes des États-Unis, y compris les demanderesse, produiront les déclarations d’impôt requises et déclareront leurs revenus imposables—La collecte et la communication que vise l’AIG satisfont aux critères des renseignements « pertinents » dont il est question à l’art. XXVII, du libellé de l’art. XXVII et du contexte juridique et factuel général—Il est déraisonnable d’interpréter un accord intergouvernemental d’une manière qui le rend presque impossible à appliquer—L’échange de renseignements n’équivaut pas à prêter assistance sur le plan de la perception et cette mesure ne tombe donc pas sous le coup de l’art. XXVI A de la Convention fiscale Canada-États-Unis—Requête rejetée.

### **Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc. (C.A.F.) . . . . . 202**

Brevets—Contrefaçon—Dommages-intérêts—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a fixé les dommages-intérêts auxquels l’intimée Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) avait droit pour la contrefaçon par les appelantes de son brevet canadien n° 1161380—Le brevet de Merck & Co. concerne une revendication de produit par le procédé pour le médicament anti-cholestérol lovastatine—Le brevet a été délivré à Merck & Co. en 1984 et a expiré en janvier 2001—Merck Canada Inc. vend la lovastatine au Canada depuis 1988 sous licence de Merck & Co.—Apotex Inc. a délivré un avis de conformité pour commercialiser une version générique de la lovastatine—Les intimées ont intenté une action contre les deux appelantes en invoquant la contrefaçon de brevet—La Cour fédérale a conclu que les intimées avaient droit à des dommages-intérêts, plus les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement pour contrefaçon de brevet—La Cour fédérale a rejeté l’argument des appelantes selon lequel l’existence de lovastatine non contrefaite devait entrer en ligne de compte pour l’évaluation des dommages-intérêts—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de droit en rejetant la pertinence juridique de l’existence de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

to post-expiry infringing sales; whether Court erring by determining that Merck & Co. having standing to bring claim for damages by virtue of exclusive licence agreement with Merck Canada Inc.—*Patent Act*, s. 55(1) invoking principle of causation by requiring that damages for infringement arise “by reason of the infringement”—Although Federal Court accepting “but for” legal test for establishing causation, refusing to apply principles of causation to appellants’ actions—Federal Court erring in applying principles of causation, by conflating relevance of non-infringing alternative with availability of non-infringing alternative in fact—While Federal Court should have considered relevance of non-infringing alternatives, appellants not establishing would have produced non-infringing lovastatin in “but for” world—Thus, no basis for interfering with Court’s decision concerning lost profits to be awarded to Merck Canada Inc. regarding pre-expiry tablet replacement sales—Federal Court also not erring in assessing royalty rate applicable to post-expiry infringing sales—Finally, Federal Court not erring by determining that Merck & Co. having standing to bring claim for damages by virtue of exclusive licence agreement with Merck Canada Inc.—Appeal dismissed.

### **Taman v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 297**

Public Service—Political activities—Judicial review of Public Service Commission (PSC or Commission) decision denying applicant’s request for permission, leave of absence without pay to seek nomination, be candidate in federal election pursuant to *Public Service Employment Act*, ss. 114(4), (5) (Act)—Applicant submitting that Commission’s decision not reflecting proportionate balancing of rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, statutory objectives of Act—Arguing Commission’s decision unreasonable, seeking *inter alia* to have decision set aside—Applicant working as federal prosecutor, having high-level of autonomy—Commission not satisfied that being candidate during election period not

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

lovastatine non contrefaite pour le calcul des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet; dans l’affirmative, si les appelantes ont réussi à démontrer le bien-fondé de leur cause sur le fondement de l’existence de lovastatine non contrefaite; si la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits avant la date d’expiration du brevet; si la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d’expiration du brevet; si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que Merck & Co. avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada Inc.—L’art. 55(1) de la *Loi sur les brevets* renvoie au principe de causalité en exigeant que le dommage subi découle de la contrefaçon—Même si la Cour fédérale a accepté le critère juridique permettant d’établir le lien de causalité qu’est celui de la condition essentielle, elle a néanmoins refusé d’appliquer le principe de la causalité aux actions des appelantes—La Cour fédérale a commis une erreur en appliquant le principe de la causalité en confondant la pertinence du produit de substitution non contrefait et la disponibilité de ce produit dans les faits—Même si la Cour fédérale aurait dû considérer comme pertinente l’existence d’un produit non contrefaisant, les appelantes n’ont pas réussi à prouver qu’elles auraient produit de la lovastatine non contrefaite dans la situation hypothétique—Il n’y avait donc aucune raison de modifier la décision de la Cour fédérale concernant les bénéfices perdus dont Merck Canada Inc. doit être dédommagée à l’égard des ventes antérieures à l’expiration du brevet—La Cour fédérale n’a pas non plus commis d’erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d’expiration du brevet—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que Merck & Co. avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada Inc.—Appel rejeté.

### **Taman c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 297**

Fonction publique—Activités politiques—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la Commission de la fonction publique (la CFP ou la Commission) a rejeté la requête de la demanderesse qui souhaitait obtenir la permission d’être choisie comme candidate à la prochaine élection fédérale et un congé sans solde, en application des art. 114(4) et (5) de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique* (la Loi)—La demanderesse a soutenu que la décision de la Commission n’était pas le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* et des objectifs qu’énonce la loi—Elle a fait valoir que la décision de la Commission était déraisonnable et a demandé entre autres

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

impairing or be perceived as impairing applicant's ability to perform duties in politically impartial manner—Whether PSC's decision herein reasonable—In present case, decision not based on applicant's job title rather than on duties applicant performing as federal prosecutor, public servant—Contrary to applicant's argument, Commission's decision not constituting political involvement prohibition against all federal prosecutors—Decision also not inconsistent with statutory context, including *Canada Elections Act*, provincial statutes—Commission understanding factual context; findings supported by evidence on record—Considering competing rights, interests at play as required under Act—Commission not satisfied that applicant's candidacy would not impair or be perceived to impair her ability to perform duties in politically impartial manner either before election or upon applicant's return to work—Commission's decision reflecting proportionate balancing of Charter rights, therefore reasonable—Application dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Fundamental Freedoms—Public Service Commission (PSC or Commission) denying applicant's request for permission, leave of absence without pay to seek nomination, be candidate in next federal election—Applicant, federal prosecutor, arguing decision infringing her rights pursuant to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 2(b), (d), 3—Whether PSC's decision reflecting proportionate balancing of Charter rights at stake in light of statutory objectives—Applicant's rights pursuant to Charter, ss. 2(b), 3 affected herein but unnecessary to determine scope of applicant's s. 2(d) rights (freedom of association)—In present case, applicant's Charter rights not absolute; balanced by decision maker against objective of political impartiality—Not possible herein to fully protect applicant's right to freedom of expression, to engage in political activity, run for office while also permitting applicant to maintain position in public service, return thereto after election if unsuccessful—Decision reflecting proportionate balancing of applicant's Charter rights, therefore reasonable.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

que la décision soit infirmée—La demanderesse travaillait comme procureure fédérale et jouissait d'un degré élevé d'autonomie—La Commission n'était pas convaincue que le fait de se porter candidate pendant la période électorale ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale—Il s'agissait de savoir si la décision de la CFP était raisonnable en vertu des présentes—En l'espèce, la décision n'était pas fondée sur le titre du poste qu'occupe la demanderesse en tant que procureure fédérale plutôt que sur les fonctions qu'elle exerce en sa qualité de procureure fédérale et de fonctionnaire—Contrairement à l'argument de la demanderesse, la décision de la Commission n'était pas assimilable à une interdiction de se livrer à des activités politiques à l'endroit de tous les procureurs fédéraux—La décision n'était pas non plus incompatible avec le contexte législatif, ce qui inclut la *Loi électorale du Canada* et diverses lois provinciales—La Commission a bien saisi le contexte factuel; ses conclusions étaient étayées par la preuve figurant dans le dossier—La Commission a tenu compte des droits et des intérêts opposés en jeu, comme l'exigeait la Loi—La Commission s'est dite non convaincue que la mise en candidature de la demanderesse ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale, soit avant l'élection, soit après son retour au travail—La décision de la Commission était le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits garantis par la Charte, et elle était de ce fait raisonnable—Demande rejetée.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Libertés fondamentales—La Commission de la fonction publique (la CFP ou la Commission) a rejeté la requête de la demanderesse qui souhaitait obtenir la permission d'être choisie comme candidate à la prochaine élection fédérale et un congé sans solde—La demanderesse a soutenu que la décision de la Commission portait atteinte aux droits que lui confèrent les art. 2(b), (d) et 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Il s'agissait de savoir si la décision de la Commission était le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits garantis par la Charte qui étaient en jeu au vu des objectifs prévus par la loi—Les droits de la demanderesse garantis par les art. 2(b) et 3 de la Charte ont été touchés, mais il n'était pas nécessaire de déterminer la portée des droits que l'art. 2(d) garantit à la demanderesse (liberté d'association)—En l'espèce, les droits que la Charte garantit à la demanderesse n'étaient pas absolus et le décideur les a mis en balance avec l'objectif de l'impartialité politique—Il était impossible de protéger entièrement le droit de la demanderesse à la liberté d'expression et à celui de se

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS** (Concluded)

## **SOMMAIRE** (Fin)

livrer à des activités politiques ou de se porter candidate à une élection, tout en lui permettant de conserver son poste et de le réintégrer après l'élection, en cas d'échec de sa part—La décision de la Commission était le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits de la demanderesse garantis par la Charte, et elle était de ce fait raisonnable.



## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 799, [2014] 4 F.C.R. 811, has been affirmed on appeal (A-470-14, 2016 FCA 93). The reasons for judgment, handed down March 29, 2016, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1022, [2015] 3 F.C.R. 587, has been reversed on appeal (A-512-14, 2016 FCA 96). The reasons for judgment, handed down March 29, 2016, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Canada (Attorney General) v. Boogaard*, A-556-14, 2015 FCA 150, Stratas J.A., judgment dated June 22, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused April 7, 2016.

*Canadian Arab Federation v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-68-14, 2015 FCA 168, Dawson J.A., judgment dated July 24, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused March 31, 2016.

*Eadie v. MTS Inc.*, A-97-14, 2015 FCA 173, Gauthier J.A., judgment dated July 27, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused April 7, 2016.

*Nishnawbe-Aski Police Service Board v. Public Service Alliance of Canada*, A-432-13, 2015 FCA 211, Stratas J.A., judgment dated October 2, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused April 7, 2016.

*Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, A-538-14, 2015 FCA 257, Gauthier J.A., judgment dated November 18, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused April 7, 2016.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 799, [2014] 4 R.C.F. 811, a été confirmée en appel (A-470-14, 2016 CAF 93). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 29 mars 2016, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1022, [2015] 3 R.C.F. 587, a été infirmée en appel (A-512-14, 2016 CAF 96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 29 mars 2016, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Canada (Procureur général) c. Boogaard*, A-556-14, 2015 CAF 150, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 22 juin 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 avril 2016.

*Fédération Canado-Arabe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, A-68-14, 2015 CAF 168, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 24 juillet 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 mars 2016.

*Eadie c. MTS Inc.*, A-97-14, 2015 CAF 173, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 27 juillet 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 avril 2016.

*Commission des services policiers Nishnawbe-Aski c. Alliance de la fonction publique du Canada*, A-432-13, 2015 CAF 211, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 2 octobre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 avril 2016.

*Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, A-538-14, 2015 CAF 257, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 18 novembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 7 avril 2016.



**Federal Courts  
Reports**

**2016, Vol. 2, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2016, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-146-14  
2015 FCA 166

A-146-14  
2015 CAF 166

**Eli Lilly Canada Inc. (Appellant)**

**Eli Lilly Canada Inc. (appelante)**

v.

c.

**Attorney General of Canada and Minister of Health  
(Respondents)**

**Procureur général du Canada et Ministre de la Santé  
(intimés)**

**INDEXED AS: ELI LILLY CANADA INC. v. CANADA  
(ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : ELI LILLY CANADA INC. c. CANADA  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Dawson and Boivin  
J.J.A.—Toronto, April 22; Ottawa, July 17, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Dawson et Boivin,  
J.C.A.—Toronto, 22 avril; Ottawa, 17 juillet 2015.

*Patents — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of decision by respondent Minister of Health refusing to list appellant's Canadian Patent No. 2379329 ('329 patent) on patent register against appellant's drug Trifexis — Respondent issuing notice of compliance (NOC) for Trifexis, approving new drug submission No. 141 509 (NDS 141 509) for formulation containing spinosad, milbemycin oxime — '329 patent indicating formulation may include other compounds such as "milbemycins" — Claims not expressly referring to milbemycin oxime — Respondent advising appellant '329 patent not eligible for listing on grounds not having claim for formulation containing both spinosad, milbemycin oxime, but rather having claims for formulation containing spinosad alone — Respondent of opinion patent not meeting requirements of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 4(2)(b) — Federal Court applying test in Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General) (Abbott test) — Federal Court holding claims of '329 patent including not only spinosad, but other active ingredients such as milbemycin oxime; finding respondent erring in construction of patent — However, following decision in Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health), 2012 FCA 254 (Gilead F.C.A.), Federal Court concluding reference in '329 patent to milbemycins not sufficiently specific to allow it to find patent's claims matching formulation found in Trifexis — Respondent's decision to refuse to list '329 patent thus found to be reasonable — Whether Federal Court erring: with respect to its construction of '329 patent's claims, consequent overturning of respondent's determination on that issue; in respect of third step of Abbott test for patent listing eligibility, i.e. whether formulation claimed in '329 patent formulation found in Trifexis — Federal Court erring in respect of third step of Abbott test — Misunderstanding requirements of s. 4(2)(b) — Respondent concluding formulation claimed by '329 patent not containing milbemycin oxime, therefore correctly concluding no match between claims of '329 patent, NOC-approved drug — Respondent's conclusion*

*Brevets — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante de la décision du ministre de la Santé intimé de refuser d'inscrire le brevet canadien n° 2379329 (le brevet '329) de l'appelante au registre des brevets relativement au médicament Trifexis de cette dernière — L'intimé a délivré un avis de conformité (AC) à l'égard du Trifexis et a approuvé une présentation de drogue nouvelle n° 141 509 (la PDN 141 509) relativement à une formulation précise contenant du spinosad et de l'oxime de milbémycine — Le brevet '329 indiquait que la formulation pouvait englober d'autres composés comme les « milbémycines » — Aucune des revendications ne mentionnait expressément l'oxime de milbémycine — L'intimé a informé l'appelante que le brevet '329 n'était pas admissible à l'inscription au motif qu'il ne comportait pas de revendication visant le spinosad et l'oxime de milbémycine, mais plutôt des revendications se rapportant à une formulation contenant uniquement le spinosad — L'intimé a estimé que le brevet ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 4(2)b du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — La Cour fédérale a appliqué le critère énoncé dans la décision Laboratoires Abbott Limitée c. Canada (Procureur général) (le critère Abbott) — La Cour fédérale a déterminé que les revendications du brevet '329 visaient non seulement le spinosad comme ingrédient actif, mais aussi d'autres ingrédients actifs comme l'oxime de milbémycine; elle a conclu que l'interprétation du brevet par l'intimé était erronée — Cependant, suivant la décision dans l'affaire Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé), 2012 CAF 254 (Gilead C.A.F.), la Cour fédérale a conclu que la mention des milbémycines dans le brevet '329 n'était pas suffisamment précise pour lui permettre de conclure que ses revendications correspondaient à la formulation de Trifexis — La décision de l'intimé de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre était par conséquent raisonnable — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale s'est trompée en interprétant les revendications du brevet '329 et en informant la décision de l'intimé sur ce point, puis si elle a*

*unimpeachable — Real issue arising from fact Federal Court overturning respondent's construction of '329 patent, but nonetheless concluding respondent correctly refusing to list '329 patent on register — Abbott test requiring Federal Court to determine whether formulation claimed by patent at issue is the one in respect of which respondent issued NOC — Federal Court resiling from understanding of s. 4(2)(b) when dealing with third step of test — Federal Court misunderstanding Court's decisions on issue, particularly decision in Gilead F.C.A. — Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health), 2012 FC 2, Gilead F.C.A. distinguished from present appeal — Federal Court understanding Gilead F.C.A. as requiring it to find words "milbemycin oxime" in '329 patent's claims — Gilead F.C.A. not abandoning Abbott test or principles of claim construction enunciated by Supreme Court — Question at third step of Abbott test not whether words "milbemycin oxime" appearing, but whether claims of '329 patent claim milbemycin oxime as medicinal ingredient in formulation — Relevancy no longer sufficient to allow listing of patent — Patent having to contain, as per paragraph 4(2)(b), formulation of certain medicinal ingredients approved by respondent through issuance of NOC — Clear third step of Abbott test met — Appeal allowed — Per Dawson J.A. (concurring reasons): Gilead F.C.A. could not be distinguished — Thus, wrongly decided — Result in Gilead F.C.A. not consistent with result herein — Result in present appeal correct, in accord with text, context, purpose of Regulations, s. 4(2)(a),(b) — Not necessary to require patent to specifically name every medicinal ingredient approved through issuance of NOC — Regulations' purpose not served by denying listing to patent when patent claims innovative, useful medicinal ingredient or formulation approved for use through issuance of NOC.*

*commis une erreur relativement au troisième volet du critère Abbott lié à l'admissibilité du brevet à l'inscription, c'est-à-dire si la formulation revendiquée dans le brevet '329 est celle qui figure dans la formulation de Trifexis — La Cour fédérale a commis une erreur quant à la troisième étape du critère — La Cour fédérale a mal compris les exigences de l'art. 4(2)(b) du Règlement — L'intimé a conclu que la formulation revendiquée par le brevet '329 ne contenait pas l'oxime de milbémycine, et a donc estimé à juste titre qu'il n'y avait pas de correspondance entre les revendications du brevet '329 et le médicament approuvé par l'AC — La conclusion de l'intimé était irrécusable — Le véritable différend tenait à ce que la Cour fédérale a infirmé l'interprétation du brevet '329 retenue par l'intimé, mais a néanmoins conclu qu'il avait eu raison de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre — Le critère Abbott oblige simplement la Cour fédérale à déterminer si la formulation revendiquée dans le brevet en cause est celle à l'égard de laquelle l'intimé a délivré un AC — La Cour fédérale est revenue sur son interprétation de l'art. 4(2)(b) lorsqu'elle a examiné le troisième volet du critère — La Cour fédérale a mal compris les décisions de la Cour rendues en cette matière, notamment dans l'arrêt Gilead (C.A.F.) — Une distinction a été établie entre les décisions Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé) 2012 CF 2 et Gilead (C.A.F.), et le présent appel — La Cour fédérale s'est crue tenue de vérifier si le terme « oxime de milbémycine » apparaissait dans les revendications du brevet '329 — La décision rendue dans l'arrêt Gilead (C.A.F.) n'est pas un abandon du critère Abbott ou des principes d'interprétation des revendications énoncés par la Cour suprême — La question posée par le troisième volet du critère Abbott n'était pas de savoir si le terme « oxime de milbémycine » apparaît dans les revendications du brevet '329, mais plutôt si les revendications comprennent l'oxime de milbémycine comme ingrédient médicinal dans la formulation visée par le brevet — La pertinence ne suffit plus pour autoriser l'inscription d'un brevet — Il faut désormais établir que le brevet contient, conformément à l'art. 4(2)(b), une formulation de certains ingrédients médicinaux que l'intimé a approuvée en délivrant un AC — Le troisième volet du critère Abbott a manifestement été rempli — Appel accueilli — La juge Dawson, J.C.A. (motifs concourants) : aucune distinction n'a pu être établie avec l'arrêt Gilead (C.A.F.) — Par conséquent, l'arrêt Gilead était erroné — Le résultat dans Gilead (C.A.F.) ne concorde pas avec l'issue du présent appel — L'issue du présent appel est correcte parce qu'elle est conforme au texte, au contexte et à l'objet des art. 4(2)(a) et (b) du Règlement — Il n'y a pas lieu d'exiger qu'un brevet nomme expressément chaque ingrédient médicinal approuvé par la délivrance d'un avis de conformité — On n'atteint pas les objets du Règlement lorsqu'on refuse d'inscrire un brevet qui revendique une formulation ou un ingrédient médicinal innovateur et utile, et dont l'utilisation a été approuvée par la délivrance d'un AC.*

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's application for judicial review of a decision by the respondent Minister of Health refusing to list the appellant's Canadian Patent No. 2379329 ('329 patent) on the patent register against the appellant's drug Trifexis.

The respondent issued a notice of compliance (NOC) in respect of Trifexis, identified as new drug submission No. 141 509 (NDS 141 509). More particularly, the respondent approved NDS 141 509 for a precise formulation containing two medicinal ingredients, namely spinosad and milbemycin oxime. The '329 patent indicates that the formulation of the invention may include, in combination with the spinosyn compound, other compounds such as "milbemycins". None of the claims expressly refer to milbemycin oxime. The respondent advised the appellant that the '329 patent was not eligible for listing with the Office of Patented Medicines and Liaison on the grounds that it did not have a claim for the formulation containing both spinosad and milbemycin oxime, but rather that it had claims for a formulation containing spinosad alone. In the respondent's opinion, although milbemycins are mentioned in the '329 patent as compounds that can be combined with spinosad, the patent did not meet the requirements of paragraph 4(2)(b) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (Regulations), which requires that the patent make a claim to the formulation containing the medicinal ingredients found in the NOC-approved drug. The Federal Court indicated that the respondent was bound to apply the three-step test enunciated in *Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 700 (*Abbott test*), i.e. (1) what formulation does the patent claim; (2) what is the formulation of the NOC issued for the drug in question; and (3) whether the formulation claimed by the patent was authorized in the NOC. The Federal Court held that the claims of the '329 patent included not only spinosad as the active ingredient, but other active ingredients such as milbemycin oxime. It therefore found that the respondent had erred in its construction of the patent. However, following the decision in *Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FCA 254 (*Gilead F.C.A.*), the Federal Court concluded that the reference in the '329 patent to milbemycins was not sufficiently specific so as to allow it to find that the patent's claims matched the formulation found in Trifexis. As a result, the Federal Court concluded that the respondent's decision to refuse to list the '329 patent on the register was reasonable notwithstanding that the respondent had erred in construing the claims of the '329 patent.

At issue herein was whether the Federal Court erred with respect to its construction of the '329 patent's claims and its consequent overturning of the respondent's determination on

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante de la décision du ministère de la Santé intimé de refuser d'inscrire le brevet canadien n° 2379329 (le brevet '329) de l'appelante au registre des brevets relativement au médicament Trifexis de cette dernière.

L'intimé a délivré un avis de conformité (AC) à l'égard du Trifexis, médicament dont le numéro de présentation de drogue nouvelle (PDN) est le 141 509. Plus exactement, l'intimé a approuvé la PDN 141 509 relativement à une formulation précise contenant deux ingrédients médicinaux, à savoir le spinosad et l'oxime de milbémycine. Le brevet '329 indique que la formulation de l'invention peut englober, en combinaison avec le composé de spinosyne, d'autres composés comme les « milbémycines ». Aucune des revendications ne mentionne expressément l'oxime de milbémycine. L'intimé a informé l'appelante que le brevet '329 n'était pas admissible à l'inscription auprès du Bureau des médicaments brevetés et de la liaison au motif qu'il ne comportait pas de revendication à l'égard de la formulation contenant à la fois le spinosad et l'oxime de milbémycine, mais des revendications se rapportant à une formulation contenant uniquement le spinosad. L'intimé a estimé que même si le brevet '329 mentionnait les milbémycines comme des composés susceptibles d'être combinés au spinosad, il ne satisfaisait pas aux exigences de l'alinéa 4(2)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement), aux termes duquel le brevet doit revendiquer la formulation contenant les ingrédients médicinaux compris dans le médicament ayant fait l'objet d'un AC. La Cour fédérale a indiqué que l'intimé devait appliquer le critère à trois volets énoncé dans la décision *Laboratoires Abbott Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 700 (critère *Abbott*), c'est-à-dire, 1) quelle formulation est revendiquée par le brevet; 2) quelle formulation est visée par l'AC délivré à l'égard du médicament en cause; et 3) si la formulation revendiquée par le brevet est celle qui a été homologuée par la délivrance de l'AC. La Cour fédérale a déterminé que les revendications du brevet '329 visaient non seulement le spinosad comme ingrédient actif, mais aussi d'autres ingrédients actifs comme l'oxime de milbémycine. La juge a donc conclu que l'interprétation par l'intimé était erronée. Suivant l'arrêt *Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 254 (*Gilead C.A.F.*), la Cour fédérale a conclu que la mention des milbémycines dans le brevet '329 n'était pas suffisamment précise pour lui permettre de conclure que ses revendications correspondaient à la formulation de Trifexis. La Cour fédérale a par conséquent conclu que la décision de l'intimé de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre était raisonnable en dépit du fait que son interprétation des revendications du brevet '329 était erronée.

Il s'agissait en l'espèce de savoir si la Cour fédérale s'était trompée en interprétant les revendications du brevet '329 et en infirmant la décision de l'intimé sur ce point, puis si elle a

that issue; and whether it erred in respect of the third step of the *Abbott* test for patent listing eligibility, i.e. whether the formulation claimed in the '329 patent is the formulation found in the appellant's drug submission for Trifexis.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in respect of the third step of the *Abbott* test. More particularly, it misunderstood the requirements of paragraph 4(2)(b) of the Regulations which led it to misapply the Regulations to the specific facts before it. There was no basis to interfere with the Federal Court's analysis of the first and second steps of the *Abbott* test. The respondent concluded that the formulation claimed by the '329 patent did not contain milbemycin oxime, and therefore correctly concluded that there was no match between the claims of the '329 patent and the NOC-approved drug. The respondent's conclusion and logic were unimpeachable. The real issue in this appeal arose from the fact that the Federal Court overturned the respondent's construction of the '329 patent, but nonetheless concluded that the respondent correctly refused to list the '329 patent on the register. The *Abbott* test required the Federal Court to determine whether the formulation claimed by the patent at issue is the one in respect of which the respondent has issued a NOC. Having understood, at least initially, the meaning of paragraph 4(2)(b), the Federal Court then resiled from that understanding of the provision when it dealt with the third step of the test. This happened because the Federal Court misunderstood the Court's decisions on the issue and more particularly the decision in *Gilead F.C.A.* An examination of the facts and holdings in *Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FC 2 and *Gilead F.C.A.* distinguished these decisions from the present appeal. The Federal Court appears to have understood *Gilead F.C.A.* to require it to find the words "milbemycin oxime" in the '329 patent's claims. Failing to find those words, the Federal Court concluded that the '329 patent did not claim the formulation that had been approved by the issuance of the NOC and could not be listed. The decision in *Gilead F.C.A.* is not an abandonment of the *Abbott* test or of the principles of claim construction enunciated by the Supreme Court. The question at the third step of the *Abbott* test is not whether the words "milbemycin oxime" appear in the claims of the '329 patent, but whether the claims of the '329 patent claim milbemycin oxime as a medicinal ingredient in the formulation set out in the patent. Under the amended Regulations, relevancy is no longer sufficient to allow the listing of a patent. In effect, it must now be shown that the patent which the innovator seeks to list on the register contains, as per paragraph 4(2)(b), a formulation of certain medicinal ingredients which the respondent has approved through the issuance of a NOC. In other words, the patent must claim specifically the formulation which the respondent has approved through the issuance of a NOC. It was clear that the third step of the *Abbott* test was met. The '329 patent claims a formulation of two

commis une erreur relativement au troisième volet du critère *Abbott* lié à l'admissibilité du brevet à l'inscription, c'est-à-dire si la formulation revendiquée dans le brevet '329 est celle qui figure dans la formulation de Trifexis.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur relativement au troisième volet du critère *Abbott*. Plus précisément, elle a mal compris les exigences de l'alinéa 4(2)b) du Règlement et a donc incorrectement appliqué celui-ci aux faits particuliers qui lui ont été présentés. Il n'y avait aucune raison de revenir sur l'analyse de la Cour fédérale concernant le premier et le deuxième volet du critère *Abbott*. L'intimé a conclu que la formulation revendiquée par le brevet '329 ne contenait pas l'oxime de milbémycine, et a donc estimé à juste titre qu'il n'y avait pas de correspondance entre les revendications du brevet '329 et le médicament approuvé par l'AC. La conclusion de l'intimé et sa logique étaient irrécusables. Le véritable différend dans le présent appel tenait à ce que la Cour fédérale a infirmé l'interprétation du brevet '329 retenue par l'intimé, mais a néanmoins conclu qu'il avait eu raison de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre. Le critère *Abbott* obligeait la Cour fédérale à déterminer si la formulation revendiquée dans le brevet en cause est celle à l'égard de laquelle l'intimé a délivré un AC. Ayant saisi, du moins initialement, le sens de l'alinéa 4(2)b), la Cour fédérale est ensuite revenue sur son interprétation lorsqu'elle a examiné le troisième volet du critère. Cela venait de ce que la Cour fédérale a mal compris les décisions de la Cour en cette matière, notamment dans l'arrêt *Gilead (C.A.F.)*. Un examen des faits et des raisonnements tenus dans la décision *Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CF 2 et dans l'arrêt *Gilead (C.A.F.)* permettait de distinguer ces décisions du présent appel. Il semble que la Cour fédérale se soit crue tenue, du fait de l'arrêt *Gilead (C.A.F.)*, de vérifier si le terme « oxime de milbémycine » apparaissait dans les revendications du brevet '329. En l'absence de ce terme, la Cour fédérale a conclu que le brevet '329 en question ne revendiquait pas la formulation approuvée par l'AC et ne pouvait pas être inscrit au registre. La décision rendue dans l'arrêt *Gilead (C.A.F.)* n'est pas un abandon du critère *Abbott* ou des principes d'interprétation des revendications énoncés par la Cour suprême. La question posée par le troisième volet du critère *Abbott* n'est pas de savoir si le terme « oxime de milbémycine » apparaît dans les revendications du brevet '329, mais plutôt si les revendications comprennent l'oxime de milbémycine comme ingrédient médicinal dans la formulation visée par le brevet '329. En vertu du Règlement modifié, la pertinence ne suffit plus pour autoriser l'inscription d'un brevet. En fait, il faut désormais établir que le brevet que l'innovateur souhaite inscrire au registre contient, conformément à l'alinéa 4(2)b), une formulation de certains ingrédients médicinaux que l'intimé a approuvée en délivrant un AC. En d'autres mots, le brevet doit revendiquer expressément la formulation que l'intimé a approuvée par la

medicinal ingredients, spinosad and milbemycin oxime. The respondent approved this formulation through the issuance of a NOC for Trifexis.

*Per Dawson J.A. (concurring reasons):* The Federal Court erred in respect of the third step of the *Abbott* test. As to *Gilead F.C.A.*, that decision could not be distinguished. It was wrongly decided. The Court in *Gilead F.C.A.* concluded that the patent at issue therein could not be listed because it did not explicitly name one of the medicinal ingredients, rilpivirine, and so there was no match between the subject matter of the patent and the formulation approved in the NOC. The patent was found to be ineligible for listing. That result is not consistent with the result in the present appeal where the '329 patent was found to be eligible for listing because it claimed the formulation approved in the NOC issued in respect of Trifexis. The result in the present appeal was correct because it accorded with the text, context and purpose of paragraphs 4(2)(a) and (b) of the Regulations. The inquiry required by paragraphs 4(2)(a) and (b) supported the interpretation that it is not necessary to require a patent to specifically name every medicinal ingredient approved through the issuance of a NOC. The purpose of the Regulations is to regulate the early working exception under the *Patent Act* and to balance patent protection with the early entry of generic drugs. This purpose is not served by denying listing to a patent when the patent claims an innovative and useful medicinal ingredient or formulation and that same medicinal ingredient or formulation has been approved for use through the issuance of a NOC.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.002.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 “claim for the formulation”, 3(2), 4(2).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 700, 67 C.P.R. (4th) 51, affd 2008 FCA 354, [2009] 3 F.C.R. 547.

délivrance d'un AC. Le troisième volet du critère *Abbott* a manifestement été rempli. Le brevet '329 revendique une formulation de deux ingrédients médicinaux, le spinosad et l'oxime de milbémycine. L'intimé a approuvé cette formulation en délivrant un AC à l'égard de Trifexis.

La juge Dawson, J.C.A. (motifs concourants) : la Cour fédérale a commis une erreur relativement au troisième volet du critère *Abbott*. En ce qui a trait à l'arrêt *Gilead* (C.A.F.), celui-ci ne pouvait être différencié. Par conséquent, on a donc conclu que cet arrêt est erroné. La Cour dans l'arrêt *Gilead* (C.A.F.) a conclu que le brevet en litige ne pouvait être inscrit parce qu'il ne nommait pas explicitement un des ingrédients médicinaux, soit la rilpivirine, et qu'il n'y avait donc pas correspondance entre l'objet du brevet et la formulation approuvée dans l'avis de conformité. Le brevet a été jugé inadmissible à l'inscription. Ce résultat ne concorde pas avec l'issue du présent appel, dans lequel le brevet '329 a été jugé admissible à l'inscription parce qu'il revendique la formulation approuvée dans l'avis de conformité délivré à l'égard de Trifexis. L'issue du présent appel était correcte parce qu'elle était conforme au texte, au contexte et à l'objet des alinéas 4(2)a) et b) du Règlement. L'examen requis par les alinéas 4(2)a) et b) du Règlement étayait l'interprétation suivant laquelle il n'y a pas lieu d'exiger qu'un brevet nomme expressément chaque ingrédient médicinal approuvé par la délivrance d'un avis de conformité. Le Règlement a pour objet de réglementer l'exception relative aux travaux préalables au titre de la *Loi sur les brevets*, et d'établir un équilibre entre la protection des brevets et l'arrivée rapide de médicaments génériques. On n'atteint pas ces objets lorsqu'on refuse d'inscrire un brevet qui revendique une formulation ou un ingrédient médicinal innovateur et utile, et dont l'utilisation a été approuvée par la délivrance d'un AC.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 2 « revendication de la formulation », 3(2), 4(2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Laboratoires Abbott Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 700, conf. par 2008 CAF 354, [2009] 3 R.C.F. 547.

## DISTINGUISHED:

*Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FCA 254, 105 C.P.R. (4th) 1, revg in part 2012 FC 2, 101 C.P.R. (4th) 240.

## CONSIDERED:

*Purdue Pharma v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 132, 93 C.P.R. (4th) 186; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024.

## REFERRED TO:

*G.D. Searle & Co. v. Canada (Health)*, 2009 FCA 35, 71 C.R.R. (4th) 389; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FC 446, [2008] 1 F.C.R. 672.

APPEAL from a Federal Court decision (2014 FC 152, 121 C.P.R. (4th) 193) dismissing the appellant's application for judicial review of a decision by the respondent Minister of Health refusing to list the appellant's Canadian Patent No. 2379329 on the patent register against the appellant's drug product Trifexis. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Jay Zakaïb, Jennifer L. Wilkie and Kelly A. McClellan* for appellant.  
*Eric Peterson* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a judgment of Madam Justice Bédard (the Judge) of the Federal Court dated February 17, 2014 (2014 FC 152, 121 C.P.R. (4th)

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 254, infirmant en partie 2012 CF 2.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Purdue Pharma c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 132; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024.

## DÉCISIONS CITÉES :

*G.D. Searle & Co. c. Canada (Santé)*, 2009 CAF 35; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 446, [2008] 1 R.C.F. 672.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 152) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante de la décision du ministère de la Santé intimé de refuser d'inscrire le brevet canadien n° 2379329 de l'appelante au registre des brevets relativement au médicament Trifexis de cette dernière. Appel accueilli.

## ONT COMPARU

*Jay Zakaïb, Jennifer L. Wilkie et Kelly A. McClellan* pour l'appelante.  
*Eric Peterson* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gowling Lafleur Henderson*, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : La Cour est saisie d'un appel visant le jugement 2014 CF 152 du 17 février 2014 par lequel la juge Bédard (la juge) de la Cour fédérale a

193; the Federal Court decision) wherein she dismissed Eli Lilly Canada Inc.'s (the appellant's) application for judicial review of a decision made by the Minister of Health (the Minister) on May 30, 2011 in which the Minister refused to list the appellant's Canadian Patent No. 2379329 (the '329 patent or the patent) on the patent register (the register) maintained under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as am. by SOR/98-166, 99-379, 2006-242 (the Regulations) against the appellant's drug product Trifexis identified as new drug submission No. 141 509 (NDS 141 509).

[2] The main issue in this appeal is whether the Minister was wrong in refusing to list the '329 patent against the appellant's approved Trifexis drug product on the register. In my view, the Minister was wrong to refuse to list the '329 patent on the register and consequently the Judge below ought to have intervened.

#### I. Factual Background

[3] The relevant facts are not complicated and can be summarized as follows.

[4] Trifexis is the appellant's drug product. On September 16, 2010, the appellant filed a new drug submission, NDS 141 509, with the Minister for this drug product which is intended for veterinary use, specifically the prevention of heartworm disease, the prevention and treatment of flea infestations and the treatment and control of adult hookworm, adult roundworm and adult whipworm infections in dogs and puppies.

[5] On November 1, 2011, the Minister issued a notice of compliance (NOC) in respect of NDS 141 509. More particularly, the Minister approved NDS 141 509 for a precise formulation containing two medicinal ingredients, namely spinosad and milbemycin oxime.

[6] The '329 patent entitled "Oral Treatment of Companion Animals with Ectoparasitocidal Spinosyns" was filed with the Patent Office on August 2, 2000 and

rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par Eli Lilly Canada Inc. (l'appelante) à l'encontre d'une décision du 30 mai 2011 du ministre de la Santé. Ce dernier refusait dans cette décision d'inscrire, au registre des brevets tenu en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, modifié par DORS/98-166, 99-379 et 2006-242 (le Règlement), le brevet canadien n° 2379329 (le brevet '329) de l'appelante relativement au médicament Trifexis de cette dernière, médicament dont le numéro de présentation de drogue nouvelle (PDN) est le 141 509.

[2] La principale question que soulève le présent appel est de savoir si le ministre a eu tort de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre relativement au médicament approuvé de l'appelante Trifexis. À mon avis, la réponse est oui; par conséquent, la juge d'instance inférieure aurait dû intervenir.

#### I. Le contexte factuel

[3] Les faits pertinents ne sont pas compliqués et peuvent être résumés comme suit.

[4] Trifexis est le médicament de l'appelante. Le 16 septembre 2010, cette dernière a déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle, la PDN 141 509, visant ce médicament destiné à un usage vétérinaire, et plus précisément à la prévention du ver du cœur, à la prévention et au traitement des infestations par des puces, ainsi qu'au traitement et au contrôle des infestations causées par les ankylostomes ou vers à crochet, les ascarides ou vers ronds, et les trichures chez les chiens et les chiots.

[5] Le 1<sup>er</sup> novembre 2011, le ministre a délivré un avis de conformité (AC) à l'égard de la PDN 141 509. Plus exactement, il a approuvé cette PDN relativement à une formulation précise contenant deux ingrédients médicinaux, à savoir le spinosad et l'oxime de milbémycine.

[6] Le brevet '329, intitulé « Traitement par voie orale d'animaux de compagnie faisant appel à des spinosyns ectoparasitocides », a été déposé au Bureau des

issued on October 20, 2009. Its invention pertains to oral formulations of agricultural insecticides known as spinosyns that are to be administered to companion animals, such as household dogs and cats for control of parasite infections such as fleas and other parasites that can cause heartworm disease.

[7] The '329 patent, which contains seven claims, indicates that the formulation of the invention may include, in combination with the spinosyn compound, other compounds with antiparasite activity, such as “milbemycins”. None of the claims expressly refer to milbemycin oxime. They do, however, expressly refer to spinosad.

[8] The relevant part of the disclosure, for the purpose of this appeal, is found at page 8 of the '329 patent and provides as follows:

The formulations of this invention may further include, in combination with the spinosyn component, one or more other compounds that have activity against the specific ectoparasite or endoparasite to be controlled, such as, for example, synthetic pyrethroids, natural pyrethins, organophosphates, organochlorines, carbamates, formidines, avermectins, milbemycins, insect growth regulators (including chitin synthesis inhibitors, juvenile hormone analogs, and juvenile hormones), nitromethylenes, pyridines and pyrazoles. [Emphasis added.]

...

The term “oral formulation” means that the spinosyn component or components, either alone or in combination with one or more of the other types of compounds listed supra, is formulated into a product or formulation suitable for administering to the animal by mouth. [Emphasis in original.]

[9] As to the claims, claims 1 and 5 are relevant and they read as follows:

1. A single-dose oral formulation for controlling an ectoparasite infestation on a dog or cat comprising an ectoparasitocidal amount of spinosad, or a physiologically acceptable N-demethyl derivative or salt thereof, and a

brevets le 2 août 2000, et délivré le 20 octobre 2009. L'invention concerne des formulations orales d'insecticides agricoles connus sous le nom de spinosynes, à administrer à des animaux de compagnie, comme les chiens et les chats domestiques, en vue de la prévention d'infections parasitaires comme les puces et d'autres parasites susceptibles de causer le ver du cœur.

[7] Le brevet '329, qui contient sept revendications, indique que la formulation de l'invention peut englober, en combinaison avec le composé de spinosyne, d'autres composés ayant une activité antiparasitaire, comme les « milbémécines ». Aucune des revendications ne mentionne expressément l'oxime de milbémécine; elles font toutefois explicitement référence au spinosad.

[8] La partie pertinente de la divulgation aux fins du présent appel figure à la page 8 du brevet '329 :

[TRADUCTION] Les formulations relatives à la présente invention peuvent également englober, en association avec le composant de spinosyne, un ou des composés présentant une activité dirigée contre l'ectoparasite ou l'endoparasite ciblé, par exemple des pyréthroïdes de synthèse, des pyréthrines naturelles, des composés organophosphorés, des composés organochlorés, des carbamates, des formamidines, des avermectines, des milbémécines, des régulateurs de la croissance des insectes (y compris les inhibiteurs de la synthèse de la chitine, des analogues de l'hormone juvénile et des hormones juvéniles), des nitrométhylènes, des pyridines et des pyrazoles. [Non souligné dans l'original.]

[...]

Le terme « formulation orale » signifie que le ou les composants de spinosyne, seul ou en association avec un ou plusieurs des types de composés précités, est formulé en un produit ou une formulation convenant à une administration par voie orale chez l'animal. [Souligné dans l'original.]

[9] Quant aux revendications, les revendications 1 et 5 sont pertinentes; elles sont rédigées comme suit :

[TRADUCTION]

1. Une formulation orale à dose unique pour la lutte contre une infestation ectoparasitaire chez un chien ou un chat, comprenant une quantité ectoparasitocide de spinosad, ou un dérivé N-déméthylé ou un sel physiologiquement

physiologically acceptable carrier in a dosage form selected from tablet, capsule or liquid suitable for administration once every at least 7 days at a dose of 10 to 100mg of spinosad per kg of body weight.

...

5. A single-dose oral formulation for controlling an ectoparasite infestation on a dog or cat comprising an ectoparasiticide amount of spinosad, or a physiologically acceptable N-demethyl derivative or salt thereof, and a physiologically acceptable carrier in a chewable treat oral dosage form suitable for administration once every at least 7 days at a dose of 10 to 100mg of spinosad per kg of body weight.

[10] On September 16, 2010, the appellant filed patent lists with the Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) at Health Canada to list the '329 patent in respect of NDS 141 509.

[11] By letter dated November 8, 2010, the Minister advised the appellant that the '329 patent was not eligible for listing in respect of NDS 141 509 on the grounds that it did not contain a claim for the two compounds found in its drug product. More particularly, the Minister indicated that the '329 patent did not claim the medicinal ingredients spinosad and milbemycin oxime, that it did not claim the formulation containing the two medicinal ingredients and that it did not claim the use of the two medicinal ingredients, as required by subsection 4(2) of the Regulations. In other words, the Minister made it clear to the appellant that the '329 patent did not contain a claim for the formulation containing both spinosad and milbemycin oxime, but rather that it contained claims for a formulation containing spinosad alone. The Minister's letter concluded by advising the appellant that it could provide written representations in response within the next 30 days.

[12] The appellant responded to the Minister's letter on March 31, 2011. On May 30, 2011, the Minister advised the appellant that, after consideration of its written representations, the OPML maintained its view that

acceptable du spinosad, ainsi qu'un vecteur physiologiquement acceptable sous la forme d'un comprimé, d'une capsule ou d'un liquide convenant à une administration au moins une fois tous les sept jours à raison d'une dose de 10 mg à 100 mg de spinosad par kilogramme de poids corporel.

[...]

5. Une formulation orale à dose unique pour la lutte contre une infestation ectoparasitaire chez un chien ou un chat, comprenant une quantité ectoparasiticide de spinosad, ou un dérivé N-déméthylé ou un sel physiologiquement acceptable du spinosad, ainsi qu'un vecteur physiologiquement acceptable sous la forme d'une friandise à croquer convenant à une administration au moins une fois tous les sept jours à raison d'une dose de 10 mg à 100 mg de spinosad par kilogramme de poids corporel.

[10] Le 16 septembre 2010, l'appelante a déposé des listes de brevets auprès du Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (BMBL) de Santé Canada en vue d'inscrire le brevet '329 à l'égard de la PDN 141 509.

[11] Dans une lettre du 8 novembre 2010, le ministre a informé l'appelante que le brevet '329 n'était pas admissible à l'inscription relativement à la PDN 141 509 au motif qu'il ne comportait pas de revendication visant les deux composés contenus dans son médicament. Plus précisément, le ministre a indiqué que le brevet '329 ne revendiquait pas les ingrédients médicinaux spinosad et oxime de milbémecine, qu'il ne revendiquait pas la formulation contenant les deux ingrédients médicinaux, et qu'il ne revendiquait pas l'utilisation des deux ingrédients médicinaux, comme le requiert le paragraphe 4(2) du Règlement. En d'autres termes, le ministre a affirmé à l'appelante que le brevet '329 ne comportait pas de revendication à l'égard de la formulation contenant à la fois le spinosad et l'oxime de milbémecine, mais des revendications se rapportant à une formulation contenant uniquement le spinosad. Le ministre a terminé sa lettre en informant l'appelante qu'elle pouvait répondre par des observations écrites dans un délai de 30 jours.

[12] L'appelante a répondu à la lettre du ministre le 31 mars 2011. Le 30 mai suivant, le ministre informait l'appelante qu'après avoir examiné les observations écrites de l'appelante, le BMBL restait d'avis que le

the '329 patent was not eligible for listing on the register in respect of NDS 141 509 (the Minister's decision).

[13] In the Minister's opinion, although milbemycins are mentioned in the '329 patent as compounds which can be combined with spinosad, the patent does not meet the requirements of paragraph 4(2)(b) of the Regulations which require that the patent make a claim to the formulation containing the medicinal ingredient(s) found in the NOC-approved drug. The Minister's view is expressed as follows (Minister's decision, page 3):

While we agree that the '329 patent contains claims for a formulation containing the medicinal ingredient spinosad, there are no claims in the '329 patent specifying milbemycin oxime as the second medicinal ingredient present in the formulation of the invention. The mere mention of milbemycins in the disclosure as one of many groups of compounds that may be combined with spinosad in the formulation of the invention is not sufficient to constitute a claim for the formulation containing the medicinal ingredient(s), as required by section 2 and paragraph 4(2)(b) of the *PM(NOC) Regulations*. Specifically, the passage at page 8 of the disclosure of the '329 patent, to which you refer in your representations, states the following:

The formulation of this invention may further include, in combination with the spinosyn component, one or more other compounds that have activity against the specific ectoparasite or endoparasite to be controlled, such as, for example, synthetic pyrethroids, natural pyrethins, organophosphates, organochlorines, carbamates, foramidines, avermectins, milbemycins, insect growth regulators (including chitin synthesis inhibitors, juvenile hormone analogs, and juvenile hormones), nitromethylenes, pyridines and pyrazoles.

Milbemycins are characterized as a family of macrolide antibiotics with insecticidal and acaricidal activity and include not only milbemycin oxime but milbemectin, nemadectin and moxidectin as well. This characterization is consistent with that of your expert, Dr. Manon Paradis who acknowledges at paragraph 24 of her affidavit that:

brevet '329 n'était pas admissible à l'inscription au registre relativement à la PDN 141 509 (la décision du ministre).

[13] Le ministre a estimé que même si le brevet '329 mentionnait les milbémycines comme des composés susceptibles d'être combinés au spinosad, il ne satisfaisait pas aux exigences de l'alinéa 4(2)b) du Règlement, aux termes duquel le brevet doit revendiquer la formulation contenant les ingrédients médicinaux compris dans le médicament ayant fait l'objet d'un AC. Le ministre a ainsi expliqué sa position (décision du ministre, page 3) :

[TRADUCTION] Bien que nous convenions que le brevet '329 renferme des revendications visant une formulation qui comprend l'ingrédient médicinal spinosad, aucune des revendications du brevet '329 ne mentionne l'oxime de milbémycine comme étant le deuxième ingrédient médicinal présent dans la formulation de l'invention. La simple mention des milbémycines dans la divulgation, comme étant l'un des nombreux groupes de composés pouvant être associés au spinosad dans la formulation de l'invention, n'est pas suffisante pour constituer une revendication de la formulation contenant le ou les ingrédients médicinaux, comme l'exigent l'article 2 et l'alinéa 4(2)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Plus précisément, le passage qui figure à la page 8 de la divulgation du brevet '329, auquel vous renvoyez dans vos observations, indique :

La formulation relative à la présente invention peut également englober, en association avec le composant de spinosyne, un ou des composés présentant une activité dirigée contre l'ectoparasite ou l'endoparasite ciblé, par exemple des pyréthroides de synthèse, des pyrétrines naturelles, des composés organophosphorés, des composés organochlorés, des carbamates, des formamidines, des avermectines, des milbémycines, des régulateurs de la croissance des insectes (y compris les inhibiteurs de la synthèse de la chitine, des analogues de l'hormone juvénile et des hormones juvéniles), des nitrométhylènes, des pyridines et des pyrazoles.

Les milbémycines constituent une famille de macrolides antibiotiques présentant une activité insecticide et acaricide; elles comprennent non seulement l'oxime de milbémycine, mais également la milbémycine, la némadectine et la moxidectine. Cette description est conforme à celle qu'a livrée votre experte, Manon Paradis, qui reconnaît au paragraphe 24 de son affidavit que :

24. Macrocyclic lactones are broad spectrum potent antiparasitic agents derived from soil organisms and include **two closely related chemical groups**: avermectins (e.g., ivermectin, abamectin, eprinomectin, doramectin and selamectin) **and milbemycins (e.g., milbemycin oxime and moxidectin)**....

Therefore, even if the OPML accepts your position that the *PM(NOC) Regulations* do not require that all of the medicinal ingredients present in the approved drug be specified in the claim for the formulation, a close examination of the above-noted passage of the disclosure reveals that the specific medicinal ingredient milbemycin oxime, which is not explicitly mentioned in the claims, is also not explicitly mentioned in the disclosure. Rather, as indicated above, milbemycins are mentioned as one of many groups of compounds that may be combined with spinosad in the formulation of the invention. [Emphasis in original.]

[14] As a result of the Minister's decision, the appellant brought an application for judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985 c. F-7. On February 17, 2014, the Judge dismissed the appellant's application with costs.

[15] Before turning to the Federal Court decision, a few words concerning the administrative framework pursuant to which drug products such as Trifexis are approved for marketing in Canada will be useful in the present case.

## II. Administrative Framework

[16] To advertise or sell a new drug in Canada, manufacturers require the issuance of a NOC from the Minister. In order to obtain a NOC, they must file a drug submission for their product which satisfies the Minister that it is safe and effective.

[17] New drug submissions, which are usually filed by innovator companies pursuant to section C.08.002 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, typically

24. Les lactones macrocycliques sont de puissants agents antiparasitaires à large spectre dérivés d'organismes vivant dans le sol et englobent **deux groupes étroitement apparentés de substances chimiques** : les avermectines (p. ex., ivermectine, abamectine, éprinomectine, doramectine et selamectine) **et les milbémycines (p. ex., oxime de milbémycine et moxidectine)** [...]

Par conséquent, même si le BMBL accepte votre position selon laquelle le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* n'exige pas que l'ensemble des ingrédients médicinaux présents dans un médicament homologué soit précisé dans la revendication visant une formulation donnée, après un examen attentif de l'extrait précité de la divulgation, on constate que l'ingrédient médicinal oxime de milbémycine, qui n'est pas expressément mentionné dans les revendications, n'est également pas mentionné de façon expresse dans la divulgation. Plutôt, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, il est fait mention des milbémycines comme étant l'un des nombreux groupes de composés pouvant être associés au spinosad dans la formulation de l'invention. [Souligné dans l'original.]

[14] En conséquence de la décision du ministre, l'appelante a présenté une demande de contrôle judiciaire en application de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Le 17 février 2014, la juge a rejeté sa demande avec dépens.

[15] Avant de nous tourner vers la décision de la Cour fédérale, il est utile en l'espèce de dire quelques mots sur le cadre administratif régissant l'approbation de médicaments tels que Trifexis en vue de leur commercialisation au Canada.

## II. Le cadre administratif

[16] Les fabricants qui souhaitent annoncer ou vendre un nouveau médicament au Canada doivent se faire délivrer un AC par le ministre. Pour l'obtenir, ils doivent présenter une présentation de drogue concernant leur produit afin de convaincre le ministre que le médicament est sûr et efficace.

[17] Les présentations de drogue nouvelle, qui sont habituellement déposées par des sociétés innovatrices conformément à l'article C.08.002 du *Règlement sur les*

contain considerable clinical trial data and detailed studies which form the basis upon which their product will be approved for sale in Canada.

[18] No NOC can be issued by the Minister if prohibited by the Regulations. Prohibition to issue NOCs begins with the filing of a patent list by innovators in which they describe the patents which they seek to list on the register against their drug products. The Minister, pursuant to subsection 3(2) of the Regulations, is bound to maintain the register. Hence, through her officials in the OPML, the Minister may add patents to the register which meet the prescribed requirements and may refuse to add, or may delete, those patents that do not meet the prescribed requirements.

[19] In order to qualify under the Regulations, a patent must meet the requirements of subsection 4(2):

4 ...

(2) A patent on a patent list in relation to a new drug submission is eligible to be added to the register if the patent contains

(a) a claim for the medicinal ingredient and the medicinal ingredient has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission;

(b) a claim for the formulation that contains the medicinal ingredient and the formulation has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission;

(c) a claim for the dosage form and the dosage form has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission; or

(d) a claim for the use of the medicinal ingredient, and the use has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission.

[20] Of particular relevance to this appeal is paragraph 4(2)(b) of the Regulations, i.e. “claim for the formulation”. This phrase is defined in section 2 [as am. by SOR/2006-242, s. 1] of the Regulations:

*aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, contiennent normalement des données abondantes provenant d’essais cliniques et des études détaillées sur la base desquelles leur produit sera approuvé aux fins de la vente au Canada.

[18] Le ministre ne peut délivrer un AC si le Règlement l’interdit. Cette interdiction prend effet lorsque les innovateurs déposent une liste de brevets dans laquelle ils décrivent ceux qu’ils souhaitent inscrire au registre relativement à leurs médicaments. Aux termes du paragraphe 3(2) du Règlement, il incombe au ministre de tenir le registre. Il peut ainsi, par l’entremise de ses fonctionnaires du BMBL, ajouter au registre des brevets conformes aux exigences réglementaires, ou refuser de les ajouter, ou encore supprimer les brevets qui ne satisfont pas aux exigences.

[19] Pour être admissible au titre du Règlement, les brevets doivent remplir les exigences énoncées au paragraphe 4(2) :

4 [...]

(2) Est admissible à l’adjonction au registre tout brevet, inscrit sur une liste de brevets, qui se rattache à la présentation de drogue nouvelle, s’il contient, selon le cas :

a) une revendication de l’ingrédient médicinal, l’ingrédient médicinal ayant été approuvé par la délivrance d’un avis de conformité à l’égard de la présentation;

b) une revendication de la formulation contenant l’ingrédient médicinal, la formulation ayant été approuvée par la délivrance d’un avis de conformité à l’égard de la présentation;

c) une revendication de la forme posologique, la forme posologique ayant été approuvée par la délivrance d’un avis de conformité à l’égard de la présentation;

d) une revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal, l’utilisation ayant été approuvée par la délivrance d’un avis de conformité à l’égard de la présentation.

[20] L’alinéa 4(2)b) du Règlement, qui concerne la « revendication de la formulation », est particulièrement pertinent quant au présent appel. Cette expression est ainsi définie à l’article 2 [mod. par DORS/2006-242, art. 1] du Règlement :

2 ...

“claim for the formulation” means a claim for a substance that is a mixture of medicinal and non-medicinal ingredients in a drug and that is administered to a patient in a particular dosage form.

[21] At issue in this appeal is whether the '329 patent claims a formulation that contains the two medicinal ingredients found in Trifexis for which the Minister has issued a NOC.

### III. Federal Court Decision

[22] I now turn to the Federal Court decision. After setting out the factual background, the Minister’s decision and the regulatory framework, the Judge turned to the issues and the standard of review.

[23] She first indicated that the Minister was bound to apply the three-step test enunciated by Hughes J. in *Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 700, 67 C.P.R. (4th) 51 (*Abbott F.C.*) to determine the eligibility of a patent for listing on the register (the *Abbott* test). The *Abbott* test has been accepted by this Court in a number of decisions: *Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 354, [2009] 3 F.C.R. 547 (*Abbott F.C.A.*), at paragraphs 29–33; *G.D. Searle & Co. v. Canada (Health)*, 2009 FCA 35, 71 C.R.R. (4th) 389 (*Searle*), at paragraphs 33–35; *Purdue Pharma v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 132, 93 C.P.R. (4th) 186 (*Purdue*), at paragraphs 111–113; and *Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FCA 254, 105 C.P.R. (4th) 1 (*Gilead F.C.A.*), at paragraphs 11–12.

[24] In the context of this case, the Judge formulated the *Abbott* test as follows (Federal Court decision, paragraph 16):

In this case, paragraph 4(2)(b) of the Regulations which relates to a claim for a formulation is involved. The Minister was required to answer the following questions:

(1) What formulation does the patent claim?

2 [...]

« revendication de la formulation » Revendication à l’égard d’une substance qui est un mélange des ingrédients médicaux et non médicaux d’une drogue et qui est administrée à un patient sous une forme posologique donnée.

[21] La question qui se pose dans le présent appel est de savoir si le brevet '329 revendique une formulation contenant les deux ingrédients médicaux de Trifexis à l’égard duquel le ministre a délivré un AC.

### III. La décision de la Cour fédérale

[22] Examinons à présent la décision de la Cour fédérale. Après avoir exposé le contexte factuel, la décision du ministre et le cadre réglementaire, la juge s’est penchée sur les questions en litige et sur la norme de contrôle.

[23] Elle a commencé par indiquer que le ministre devait appliquer le critère à trois volets énoncé par le juge Hughes dans la décision *Laboratoires Abbott Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 700 (*Abbott (C.F.)*), pour déterminer si un brevet est admissible à l’inscription au registre (le critère *Abbott*). Notre Cour a accepté ce critère dans un certain nombre de décisions : *Laboratoires Abbott Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 354, [2009] 3 R.C.F. 547 (*Abbott (C.A.F.)*), aux paragraphes 29 à 33; *G.D. Searle & Co. c. Canada (Santé)*, 2009 CAF 35 (*Searle*), aux paragraphes 33 à 35; *Purdue Pharma c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 132 (*Purdue*), aux paragraphes 111 à 113; *Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 254 (*Gilead (C.A.F.)*), aux paragraphes 11 et 12.

[24] Dans la présente affaire, la juge a formulé le critère *Abbott* en ces termes (paragraphe 16 de la décision de la Cour fédérale) :

En l’espèce, est en cause l’alinéa 4(2)(b) du Règlement, qui concerne une revendication visant une formulation. Le ministre devait répondre aux questions suivantes :

1) Quelle est la formulation revendiquée par le brevet?

(2) What is the formulation of the NOC issued for the drug in question?

(3) Is the formulation claimed by the patent that which was authorized in the NOC?

2) Quelle est la formulation visée par l'AC délivré à l'égard du médicament en cause?

3) La formulation revendiquée par le brevet est-elle celle qui a été homologuée par la délivrance de l'AC?

[25] The Judge then turned to the applicable standards of review. In her view, based on this Court's decisions in *Abbott F.C.A.*, *Searle, Purdue* and *Gilead F.C.A.*, the first step had to be determined on a standard of correctness. The second prong was in turn reviewable on a reasonableness standard. Lastly, the third step involved two questions reviewable on different standards, correctness with regard to the Minister's interpretation of paragraph 4(2)(b) of the Regulations and reasonableness with respect to the Minister's application of paragraph 4(2)(b) to the facts before her.

[26] Both sides agreed that there was no issue with respect to the second prong of the *Abbott* test. Therefore, the Judge set out the three issues raised by the appellant's application as follows:

- I. Was the Minister correct in construing the '329 patent?
- II. Was the Minister correct in interpreting the requirements of paragraph 4(2)(b) of the Regulations?
- III. Was the Minister's refusal to list the '329 patent on the Register reasonable?

[27] The Judge then reviewed the parties' submissions and evidence. She carefully set out the appellant's expert evidence, namely the affidavits of Dr. Manon Paradis, a veterinarian and professor at the Department of Clinical Sciences, Faculty of Veterinarian Medicine at the University of Montréal and of Mr. Michel Sofia, a patent agent with Bereskin & Parr LLP, with over 23 years of experience in intellectual property.

[28] She then proceeded to determine the questions before her. Firstly, she dealt with the question of whether

[25] La juge s'est ensuite penchée sur les normes de contrôle applicables. Se fondant sur les arrêts *Abbott* (C.A.F.), *Searle, Purdue* et *Gilead* (C.A.F.) rendus par notre Cour, elle a estimé que la première question devait être tranchée selon la norme de la décision correcte. Le deuxième volet appelait quant à lui la norme de la décision raisonnable. Enfin, la troisième étape faisait intervenir deux questions soumises à des normes différentes, à savoir celle de la décision correcte pour ce qui est de l'interprétation par le ministre de l'alinéa 4(2)b) du Règlement, et celle de la décision raisonnable pour ce qui est de l'application de l'alinéa 4(2)b) aux faits qui lui ont été présentés.

[26] Les deux parties avaient convenu que le second volet du critère *Abbott* ne faisait pas débat. Par conséquent, la juge a formulé en ces termes les trois questions soulevées par la demande de l'appelante :

- I. Le ministre a-t-il correctement interprété le brevet '329?
- II. Le ministre a-t-il correctement interprété les exigences énoncées à l'alinéa 4(2)b) du Règlement?
- III. La décision du ministre d'exclure le brevet '329 du registre des brevets était-elle raisonnable?

[27] La juge a ensuite examiné les observations des parties ainsi que la preuve. Elle a soigneusement exposé la preuve d'expert de l'appelante, à savoir les affidavits de Manon Paradis, vétérinaire et professeur au Département des sciences cliniques de la Faculté de médecine vétérinaire de l'Université de Montréal, et de Michel Sofia, agent des brevets au service de Bereskin & Parr S.E.N.C.R.L., s.r.l., ayant plus de 23 ans d'expérience dans le domaine de la propriété intellectuelle.

[28] Elle a ensuite entrepris de trancher les questions qui lui étaient soumises, à commencer par celle de savoir

the Minister had correctly construed the '329 patent. She observed that the Minister had found that the '329 patent did not contain a formulation containing both spinosad and milbemycin oxime.

[29] She then reviewed the principles of patent construction from the Supreme Court of Canada's decisions in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 (*Free World*) and *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*), namely that patents are to be construed through the eyes of persons skilled in the art willing to understand the invention and that claims construction must be undertaken in a purposive manner.

[30] The Judge then referred to this Court's decision in *Purdue* for the principle that construction of a patent for the purpose of determining its eligibility under the Regulations is to follow the principles set out in *Free World* and *Whirlpool*.

[31] The Judge then posed the key question, as she saw it (Federal Court decision, paragraph 62):

In this case, the question to be asked is whether a person skilled in the art would have understood that the formulations encompassed in the '329 Patent claims, in light of the definition provided for the term "oral formulation", could include a formulation containing the specific medicinal ingredients spinosad and milbemycin oxime.

[32] In answer to this question, she held that the claims of the '329 patent included not only spinosad as the active ingredient, but other active ingredients such as milbemycin oxime. In arriving at this conclusion, the Judge relied mainly on the evidence of both Dr. Paradis and Mr. Sofia (Federal Court decision, paragraph 69).

[33] The Judge therefore found that the Minister had erred in her construction of the patent. However, she added that this finding was not conclusive of the '329 patent's eligibility to be listed on the register "since the matching exercise under paragraph 4(2)(b) of the

si le ministre avait correctement interprété le brevet '329. Elle a fait observer que ce dernier avait conclu que le brevet ne mentionnait pas de formulation contenant à la fois le spinosad et l'oxime de milbémécine.

[29] Elle a poursuivi en passant en revue les principes d'interprétation des brevets énoncés dans les arrêts de la Cour suprême du Canada *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 (*Free World*), et *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*), à savoir que les brevets doivent être interprétés du point de vue de la personne versée dans l'art désireuse de comprendre l'invention, et que l'interprétation des revendications doit être envisagée de manière téléologique.

[30] Citant l'arrêt *Purdue* de notre Cour, la juge a renvoyé au principe selon lequel l'interprétation d'un brevet en vue de déterminer son admissibilité au titre du Règlement doit suivre les principes énoncés dans les arrêts *Free World* et *Whirlpool*.

[31] La juge a donc formulé ce qui semblait à ses yeux la question clé (paragraphe 62 de la décision de la Cour fédérale) :

En l'espèce, la question à poser est celle de savoir si une personne versée dans l'art aurait compris que les formulations visées par les revendications du brevet '329, à la lumière de la définition du terme « formulation orale », pourraient englober une formulation contenant les ingrédients médicinaux spinosad et oxime de milbémécine.

[32] En réponse à cette question, elle a déterminé que les revendications du brevet '329 visaient non seulement le spinosad comme ingrédient actif, mais aussi d'autres ingrédients actifs comme l'oxime de milbémécine. Pour parvenir à cette conclusion, la juge s'est principalement appuyée sur les témoignages de M<sup>me</sup> Paradis et de M. Sofia (paragraphe 69 de la décision de la Cour fédérale).

[33] La juge a donc conclu que l'interprétation du brevet '329 par le ministre était erronée. Cependant, elle a ajouté que cette conclusion n'était pas déterminante en ce qui a trait à l'admissibilité du brevet '329 à l'inscription au registre, « car l'exercice de mise en correspondance

Regulations has yet to be done” (Federal Court decision, paragraph 71).

[34] The Judge then turned to the third prong of the *Abbott* test, i.e. whether the Minister had correctly interpreted the requirements of paragraph 4(2)(b) of the Regulations and applied them to the relevant facts.

[35] She began by agreeing with the Minister that, to be eligible for listing under paragraph 4(2)(b) of the Regulations, the formulation claimed by the '329 patent had to include the two medical ingredients found in Trifexis. In the Judge's opinion, this view was in accordance with the principles set out in *Abbott F.C.A.*, *Searle, Purdue* and *Gilead F.C.A.* In her opinion, these cases established that subsection 4(2) of the Regulations, as amended in 2006, had introduced a “product specificity requirement” and that a “perfect match” between the compounds claimed in the patent and those found in the NOC-approved drug was required. In support of that view, the Judge again referred to *Purdue, Searle* and *Gilead F.C.A.* quoting those passages from these decisions which she believed supported her perspective (Federal Court decision, paragraphs 72–78).

[36] This led her to find that the Minister had correctly interpreted paragraph 4(2)(b) of the Regulations (Federal Court decision, paragraph 78). Thus she examined whether the Minister's decision to exclude the '329 patent was reasonable.

[37] She began her inquiry by observing that the Minister had excluded the '329 patent because of her view that its claims did not match the authorized formulation in Trifexis in that the '329 patent's claims did not include a formulation containing spinosad and milbemycin oxime (Federal Court decision, paragraph 79).

[38] The Judge then reiterated that her construction of the '329 patent was broader than that of the Minister and that “the claims are directed not only to a formulation including spinosad alone as the active ingredient, but also to formulations that include other active

qui doit être effectué aux termes de l'alinéa 4(2)b) n'a pas encore été fait » (paragraphe 71 de la décision de la Cour fédérale).

[34] La juge est ensuite passée au troisième volet du critère *Abbott*, c'est-à-dire la question de savoir si le ministre avait correctement interprété les exigences de l'alinéa 4(2)b) du Règlement et s'il les avait dûment appliquées aux faits pertinents.

[35] Elle a commencé par souscrire à l'avis du ministre selon lequel, pour être admissible à l'inscription au titre de l'alinéa 4(2)b) du Règlement, la formulation revendiquée par le brevet '329 devait inclure les deux ingrédients médicinaux contenus dans Trifexis. D'après la juge, ce raisonnement était conforme aux principes énoncés dans les arrêts *Abbott (C.A.F.)*, *Searle, Purdue* et *Gilead (C.A.F.)*. À son avis, ces arrêts établissaient que le paragraphe 4(2) du Règlement, modifié en 2006, avait introduit une « exigence relative à la spécificité du produit » et l'obligation d'une « correspondance parfaite » entre les composés revendiqués dans le brevet et ceux contenus dans le médicament approuvé par un AC. À cet égard, la juge a de nouveau renvoyé aux arrêts *Purdue, Searle* et *Gilead (C.A.F.)*, en citant les extraits qui lui paraissaient appuyer son point de vue (paragraphes 72 à 78 de la décision de la Cour fédérale).

[36] Cela l'a amenée à conclure que le ministre avait correctement interprété l'alinéa 4(2)b) du Règlement (paragraphe 78 de la décision de la Cour fédérale). Elle a ensuite cherché à savoir si la décision du ministre d'exclure le brevet '329 était raisonnable.

[37] Elle a entamé son examen en faisant remarquer que le ministre avait exclu le brevet '329 parce qu'il estimait que ses revendications ne correspondaient pas à la formulation autorisée de Trifexis, en ce qu'elles ne visaient pas une formulation contenant le spinosad et l'oxime de milbémycine (paragraphe 79 de la décision de la Cour fédérale).

[38] La juge a poursuivi en répétant que son interprétation du brevet '329 était plus large que celle du ministre et que « les revendications ne visaient pas uniquement une formulation contenant du spinosad comme seul ingrédient actif, mais également des formulations

ingredients such as, but not restricted to, milbemycin oxime” (Federal Court decision, paragraph 80).

[39] She then made the following, in my view somewhat equivocal, statement (Federal Court decision, paragraph 81):

The question now is whether the fact that the claims can be read as covering a formulation that could, but that does not necessarily, comprise the specific ingredient, milbemycin oxime, is sufficient to meet the strict matching requirement with Trifexis’ NOC which clearly comprise this specific ingredient.

I say that this statement is equivocal because it appears to contradict the clear finding made by the Judge at paragraph 69 of the Federal Court decision that the '329 patent claimed a formulation containing both spinosad and milbemycin oxime. I shall return to this point later in these reasons.

[40] In the Judge’s view, this case offered a similar situation to that at issue in *Gilead F.C.A.* She quoted paragraph 46 of the Federal Court’s decision in that case (*Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FC 2, 101 C.P.R. (4th) 240 (*Gilead F.C.*)) and then opined as follows (Federal Court decision, paragraphs 83–86):

The applicant distinguishes the facts in *Gilead* from those in this case. He asserts that the medicinal ingredient that was not specifically mentioned in the patent claims in *Gilead* (the patent referred to the general class of non-nucleoside transcriptase inhibitors (NNRTIs) to which the specified medicinal ingredient mentioned in the approved drug belongs), but was specified in the NDS, was invented and disclosed only after Gilead’s invention and as such, a person of ordinary skill in the art could not have known of its existence at the relevant time. This distinction is a valid one as it is clear in this case that, at the relevant time, milbemycin oxime existed and was part of the family of milbemycins.

However, the Federal Court of Appeal endorsed the Federal Court’s reasoning pertaining to the product specificity requirement. It is worth noting that Justice Mosley’s

contenant d’autres ingrédients actifs, comme, sans s’y limiter, l’oxime de milbémycine » (paragraphe 80 de la décision de la Cour fédérale).

[39] Elle a enchaîné avec la déclaration suivante, qui me paraît assez équivoque (paragraphe 81 de la décision de la Cour fédérale) :

La question est maintenant de déterminer si le fait que l’on puisse interpréter les revendications comme englobant une formulation qui pourrait comprendre, mais qui ne comprend pas nécessairement, de l’oxime de milbémycine serait suffisant pour affirmer que les exigences strictes en ce qui concerne la correspondance avec l’AC concernant Trifexis, qui comprend clairement cet ingrédient bien précis, ont été respectées.

Je dis que cette déclaration est équivoque parce qu’elle paraît contredire la conclusion claire que la juge a tirée au paragraphe 69 de sa décision, à savoir que le brevet '329 revendiquait une formulation contenant à la fois le spinosad et l’oxime de milbémycine. Je reviendrai sur ce point ultérieurement dans les présents motifs.

[40] Pour la juge, l’affaire était semblable à celle qui avait été examinée dans l’arrêt *Gilead (C.A.F.)*. Elle a cité le paragraphe 46 de la décision rendue par la Cour fédérale dans cette affaire (*Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CF 2 (*Gilead (C.F.)*)), et a formulé les commentaires suivants (paragraphe 83 à 86 de la décision de la Cour fédérale) :

La demanderesse établit une distinction entre les faits dans *Gilead* et les faits relatifs à la présente espèce. Elle affirme que l’ingrédient médicinal qui n’était pas mentionné de façon expresse dans les revendications du brevet étudiées dans l’affaire *Gilead* (le brevet renvoyait à la classe générale des inhibiteurs non nucléosidiques de la transcriptase inverse [INNTI] à laquelle appartient l’ingrédient médicinal présent dans le médicament homologué), mais qui était précisé dans la PDN, a été inventé et divulgué uniquement après l’invention de Gilead, et, par conséquent, qu’une personne moyennement versée dans l’art n’aurait pu être au fait de son existence à l’époque pertinente. Cette distinction est valide, car il est clair dans cette affaire que, à l’époque pertinente, l’oxime de milbémycine existait et appartenait à la famille des milbémycines.

Cependant, la Cour d’appel fédérale souscrit au raisonnement adopté par la Cour fédérale en ce qui concerne l’exigence relative à la spécificité du produit. Il convient

finding was that it was insufficient for a patent to meet the product specificity requirement by referring to a class of compound rather than to a specific medicinal ingredient. He found that the claim was not specific enough to match the medicinal ingredients in Complera. That conclusion was based on the principle above, not on the fact that the third medicinal ingredient could not have been claimed in the patent because it had not been discovered at the date of the patent's publication.

I feel bound by this reasoning and, therefore, I conclude that it should equally apply to the case at bar. Referring to the general family of milbemycins in the definition of oral formulation is not specific enough to conclude that the claims match the formulation contained in Trifexis. In my respectful view, this conclusion is not altered by the possibility that the '329 Patent could extend to a formulation containing milbemycin oxime.

For all of these reasons, I conclude that the Minister's decision to refuse to list the '329 Patent on the patent register was reasonable despite the fact that the Minister erred in her construction of the patent claims.

[41] Thus, the Judge was satisfied that she was bound to follow our decision in *Gilead* F.C.A. In her view, reference in the '329 patent to milbemycins was not sufficiently specific so as to allow her to find that its claims matched the formulation found in Trifexis.

[42] As a result, she concluded that the Minister's decision to refuse to list the '329 patent on the register was reasonable notwithstanding the fact that the Minister had erred in construing the claims of the '329 patent.

#### IV. Issues

[43] In my view, there are two issues to be determined by us in this appeal. First, whether the Judge erred with respect to her construction of the '329 patent's claims and her consequent overturning of the Minister's determination on that issue and second, whether the Judge erred in respect of the third prong of the *Abbott* test for

de souligner la conclusion à laquelle est parvenu le juge Mosley, à savoir qu'en ce qui concerne l'exigence relative à la spécificité d'un produit, il n'est pas suffisant qu'un brevet mentionne une classe de composés plutôt qu'un ingrédient médicinal bien précis. Le juge Mosley a déclaré que la revendication n'était pas suffisamment précise pour qu'il soit possible d'établir une correspondance avec les ingrédients médicinaux présents dans Complera. Cette conclusion était fondée sur le principe précité et non sur le fait que le troisième ingrédient médicinal n'avait pas été revendiqué dans le brevet parce qu'il n'avait pas encore été découvert au moment de la publication du brevet.

Je m'estime liée par ce raisonnement et, par conséquent, je conclus qu'il devrait également s'appliquer à la présente espèce. Le fait de mentionner la famille générale des milbémycines dans la définition d'une formulation orale n'est pas suffisamment précis pour conclure que les revendications concordent avec la formulation contenue dans Trifexis. À mon humble avis, la possibilité que le brevet '329 puisse englober une formulation contenant de l'oxime de milbémycine ne change rien à cette conclusion.

Pour tous ces motifs, je conclus que le refus du ministre d'inscrire le brevet '329 au registre des brevets était raisonnable, malgré le fait que le ministre ait commis une erreur en interprétant les revendications du brevet.

[41] La juge était donc convaincue qu'elle devait suivre l'arrêt *Gilead* (C.A.F.) rendu par notre Cour. À son avis, la mention des milbémycines dans le brevet '329 n'était pas suffisamment précise pour lui permettre de conclure que ses revendications correspondaient à la formulation de Trifexis.

[42] Elle a par conséquent conclu que la décision du ministre de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre était raisonnable en dépit du fait que son interprétation des revendications du brevet '329 était erronée.

#### IV. Les questions en litige

[43] À mon avis, nous sommes appelés à trancher deux questions dans le présent appel. Nous devons d'abord chercher à savoir si la juge s'est trompée en interprétant les revendications du brevet '329 et en infirmant la décision du ministre sur ce point, puis déterminer si elle a commis une erreur relativement au troisième volet du

patent listing eligibility, i.e. whether the formulation claimed in the '329 patent is the formulation found in the appellant's drug submission for Trifexis.

## V. Analysis

[44] There is no dispute between the parties with regard to the applicable standards of review. However, a few words in regard thereto will be useful.

### A. *Standard of Review*

[45] It is trite law that on an appeal from a decision determining an application for judicial review, this Court must determine whether the Judge selected and applied the correct standard of review (*Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, at paragraph 19; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47). If the Judge erred in either selecting or applying the correct standard of review, then it is for this Court to examine the Minister's decision in light of the correct standard.

[46] The parties are in agreement that the first prong of the *Abbott* test for patent listing eligibility was to be decided by the Judge on a standard of correctness. On the second prong, I note that our Court has taken different positions on the applicable standard of review (compare *Purdue*, paragraph 13 which indicates reasonableness with *Gilead F.C.A.*, paragraph 11 which indicates correctness applies). However, given that there is no dispute between the parties with respect to the second prong, I need not resolve this question in this decision.

[47] The third prong of the *Abbott* test, i.e. whether the formulation claimed in the '329 patent is the formulation found in Trifexis in respect of which a NOC has been issued by the Minister, is subject to two standards. Firstly, the interpretation of paragraph 4(2)(b) of the

critère *Abbott* lié à l'admissibilité du brevet à l'inscription, c'est-à-dire si la formulation revendiquée dans le brevet '329 est celle qui figure dans la présentation de drogue de l'appelante relative à Trifexis.

## V. Analyse

[44] Les normes de contrôle applicables ne sont pas contestées par les parties, mais quelques remarques seront utiles.

### A. *La norme de contrôle*

[45] Il est bien établi en droit qu'en appel d'une décision concernant une demande de contrôle judiciaire, notre Cour doit déterminer si le juge a retenu et appliqué la bonne norme de contrôle (*Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23, au paragraphe 19; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47). Si la juge s'est trompée quant au choix ou à l'application de la bonne norme de contrôle, la Cour doit examiner la décision du ministre à la lumière de la norme appropriée.

[46] Les parties conviennent que la juge devait appliquer la norme de la décision correcte au premier volet du critère *Abbott* relatif à l'admissibilité du brevet à l'inscription. Pour ce qui est du deuxième volet, je note que notre Cour a pris des positions différentes en ce qui concerne la norme de contrôle applicable (comparer l'arrêt *Purdue*, au paragraphe 13, qui préconise la norme de la décision raisonnable, avec l'arrêt *Gilead (C.A.F.)*, au paragraphe 11, qui indique que la norme de la décision correcte s'applique). Cependant, comme il n'y a pas de différend entre les parties relativement au deuxième volet, il n'est pas nécessaire que je règle cette question en l'espèce.

[47] Le troisième volet du critère *Abbott*, c'est-à-dire la question de savoir si la formulation revendiquée dans le brevet '329 correspond à celle de Trifexis à l'égard de laquelle le ministre a délivré un AC, fait intervenir deux normes. Premièrement, l'interprétation de

Regulations must be reviewed on a standard of correctness. Secondly, the determination of whether the formulation claimed in the '329 patent is the formulation which has been approved by the Minister through the issuance of a NOC stands to be decided on a standard of reasonableness as it requires the application of paragraph 4(2)(b) of the Regulations to the specific facts of the case (*Abbott F.C.A.*, paragraphs 26–34).

[48] In my view, the Judge erred in respect of the third prong. More particularly, she misunderstood the requirements of paragraph 4(2)(b) of the Regulations which led her to misapply the Regulations to the specific facts before her.

#### B. *Legislative Test*

[49] Paragraph 4(2)(b) of the Regulations provides that a patent is eligible for listing on the register if it claims a formulation of medicinal ingredients which has been approved by the Minister by reason of the issuance of a NOC.

[50] The purpose of the *Abbott* test is to set out the questions which the Court must resolve in order to determine if the requirements of subsection 4(2) have been met. The Judge clearly understood the relevant test as it appears at paragraph 16 of the Federal Court decision (quoted at paragraph 24 of these reasons).

#### C. *First Prong of the Abbott Test*

[51] As noted above, at the first step of the test, the Judge determined what formulation the '329 patent claimed. In other words, did the formulation claimed in the patent contain both spinosad and milbemycin oxime? As I have already indicated, the Judge disagreed with the Minister's finding that the formulation claimed in the '329 patent claimed spinosad only. Her rationale for disagreeing with the Minister is as follows.

[52] First, she correctly instructed herself with regard to the governing principles of claim construction, i.e. that a patent is to be construed through the eyes of the

l'alinéa 4(2)(b) du Règlement doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Deuxièmement, la question de savoir si la formulation revendiquée dans le brevet '329 correspond à celle qui a été approuvée par le ministre lorsqu'il a délivré l'AC doit être tranchée selon la norme de la décision raisonnable, car elle suppose l'application de l'alinéa 4(2)(b) du Règlement aux faits précis de l'affaire (*Abbott (C.A.F.)*, aux paragraphes 26 à 34).

[48] À mon avis, la juge a commis une erreur relativement au troisième volet. Plus précisément, elle a mal compris les exigences de l'alinéa 4(2)(b) du Règlement et a donc incorrectement appliqué celui-ci aux faits particuliers qui lui ont été présentés.

#### B. *Le critère légal*

[49] Aux termes de l'alinéa 4(2)(b) du Règlement, tout brevet est admissible à l'inscription au registre s'il revendique une formulation d'ingrédients médicinaux ayant été approuvée par le ministre du fait de la délivrance d'un AC.

[50] L'objet du critère *Abbott* est d'énoncer les questions auxquelles la Cour doit répondre pour déterminer si les exigences du paragraphe 4(2) ont été remplies. La juge a manifestement compris le critère pertinent énoncé au paragraphe 16 de la décision de la Cour fédérale (cité au paragraphe 24 des présents motifs).

#### C. *Le premier volet du critère Abbott*

[51] Comme je l'ai déjà indiqué, la juge a déterminé, à la première étape du critère, quelle formulation le brevet '329 revendiquait. En d'autres mots, la formulation revendiquée dans le brevet contenait-elle à la fois le spinosad et l'oxime de milbémecine? Comme je l'ai déjà mentionné, la juge n'a pas souscrit à la conclusion du ministre selon laquelle la formulation revendiquée dans le brevet '329 portait uniquement sur le spinosad. Le raisonnement qui motive son désaccord avec le ministre est le suivant.

[52] En premier lieu, elle a correctement rappelé les principes régissant l'interprétation des revendications, à savoir qu'un brevet doit être interprété du point de vue

person skilled in the art having a mind willing to understand the invention, that the construction of the patent's claims must be approached in a purposive manner and that the patent had to be construed in light of both the disclosure and of the claims (as per *Free World* and *Whirlpool*).

[53] She clearly understood that she could count on the assistance of the expert witnesses who had given evidence before her in order to arrive at the proper construction of the '329 patent. However, she noted that it was her responsibility, not that of the experts, to reach a conclusion with regard to what was properly claimed by the patent (*Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111). The Judge also understood that claim construction in the context of eligibility assessment under subsection 4(2) of the Regulations is subject to the principles enunciated in *Free World* and *Whirlpool* (*Purdue*, paragraph 17).

[54] She then turned to the expert evidence before her so as to determine how the person skilled in the art would understand the formulations claimed by the '329 patent. More particularly, the crucial question was whether a person skilled in the art would understand the formulation to contain both spinosad and milbemycin oxime. In answer to this question, she noted that milbemycin oxime was a member of the family of milbemycins, coming to that view primarily on the basis of Dr. Paradis' opinion. The Judge also noted that Mr. Jubran, the Minister's representative, had conceded that point during his testimony and that the Minister's decision was also reflective of that view.

[55] The Judge then turned to the real question at issue which she formulated as follows (Federal Court decision, paragraph 63):

... What is in contention is whether a definition in the descriptive portion of the patent of "oral formulation" would be understood by a person skilled in the art to include a formulation comprising both spinosad and milbemycin oxime.

[56] To answer that question the Judge turned to Dr. Paradis' affidavit and more particularly to paragraph 44

de la personne versée dans l'art désireuse de comprendre l'invention, que l'interprétation des revendications d'un brevet doit être envisagée de manière téléologique et que le brevet doit être interprété à la lumière de la divulgation et des revendications (conformément aux arrêts *Free World* et *Whirlpool*).

[53] Elle a manifestement compris qu'elle pouvait compter sur l'assistance des témoins experts ayant témoigné devant elle pour interpréter convenablement le brevet '329. Elle a toutefois noté qu'il lui incombait à elle, et non aux experts, de parvenir à une conclusion sur ce que le brevet revendiquait effectivement (*Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219). La juge a également saisi que l'interprétation des revendications, afin de décider si le brevet est admissible au titre du paragraphe 4(2) du Règlement, est assujettie aux principes énoncés dans les arrêts *Free World* et *Whirlpool* (*Purdue*, au paragraphe 17).

[54] Elle s'est ensuite tournée vers la preuve d'expert dont elle disposait afin de déterminer comment la personne versée dans l'art comprendrait les formulations revendiquées dans le brevet '329. Plus précisément, la question cruciale qui se posait était de savoir si la personne versée dans l'art saisisait que la formulation contenait à la fois le spinosad et l'oxime de milbémycine. En réponse à cette question, elle a indiqué que l'oxime de milbémycine appartenait à la famille des milbémycines, s'appuyant à cet égard principalement sur l'avis de M<sup>me</sup> Paradis. La juge a ajouté que le représentant du ministre, M. Jubran, avait reconnu ce point lors de son témoignage et que la décision du ministre en tenait compte également.

[55] La juge s'est ensuite penchée sur la véritable question en litige, qu'elle a formulée en ces termes (paragraphe 63 de la décision de la Cour fédérale) :

[...] La question en litige est plutôt de savoir si une personne versée dans l'art aurait compris que la définition de « formulation orale », fournie dans la partie descriptive du brevet, englobait une formulation comprenant à la fois du spinosad et de l'oxime de milbémycine.

[56] Pour répondre à cette question, la juge a examiné l'affidavit de M<sup>me</sup> Paradis, et en particulier le

thereof where Dr. Paradis opined that although only spinosad was specifically referred to in the '329 patent, there was also clear reference to milbemycin oxime in the claims because the patent defined “oral formulation” as including milbemycin oxime and also because the term “comprising”, found in the claims, meant that the inventors contemplated that spinosad would be formulated with one or more active ingredients.

[57] The Judge clearly understood that Dr. Paradis' opinion was based on her view that the words milbemycin oxime and milbemycins were, in context, interchangeable when reading the '329 patent. Dr. Paradis' evidence led the Judge to say that the parties were in agreement that milbemycin oxime was a compound that was included in the class of compounds described as milbemycins and that a person skilled in the art would have had that understanding at the time of the publication of the '329 patent (Federal Court decision, paragraph 68).

[58] As a result, the Judge held that the '329 patent claimed a formulation which included both spinosad and milbemycin oxime. The Judge therefore found that the Minister had been “too restrictive” in her interpretation of the '329 patent and had thus erred (Federal Court decision, paragraph 71).

[59] Before this Court, the Minister disagrees with the Judge's conclusions on this issue. While the Minister acknowledges that claims construction is a question of law for the Judge to decide and that the Judge could rely on expert evidence for assistance with regard to technical terms and the scientific background to a patent, she argues that the Judge was not required to rely on the expert evidence to construe the claims of the '329 patent (citing *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FC 446, [2008] 1 F.C.R. 672, paragraph 35).

[60] In the Minister's view, two factors show that her view of the patent was correct. First, the fact that none of the '329 patent's claims specify milbemycin oxime as a second medicinal ingredient present in the formulation

paragraphe 44 de ce document, dans lequel M<sup>me</sup> Paradis disait être d'avis que même si le brevet '329 ne mentionnait expressément que le spinosad, les revendications faisaient aussi clairement référence à l'oxime de milbémycine, puisque le brevet définissait la « formulation orale » comme incluant l'oxime de milbémycine, et aussi parce que le mot « comprenant », utilisé dans les revendications, signifiait que les inventeurs avaient envisagé que le spinosad soit formulé avec au moins un autre ingrédient actif.

[57] La juge a manifestement compris que l'opinion de M<sup>me</sup> Paradis était fondée sur le fait qu'elle jugeait interchangeables, dans le contexte du brevet '329, les termes oxime de milbémycine et milbémycines. S'appuyant sur le témoignage de M<sup>me</sup> Paradis, la juge a déclaré que les parties étaient d'accord pour dire que l'oxime de milbémycine était un composé appartenant à la catégorie des composés décrits comme les milbémycines, et que la personne versée dans l'art verrait les choses ainsi au moment de la publication du brevet '329 (paragraphe 68 de la décision de la Cour fédérale).

[58] La juge a donc déclaré que le brevet '329 revendiquait une formulation contenant à la fois le spinosad et l'oxime de milbémycine. Elle a par conséquent conclu que le ministre avait interprété le brevet '329 de manière « trop restrictive » et avait ainsi commis une erreur (paragraphe 71 de la décision de la Cour fédérale).

[59] Le ministre a fait valoir devant notre Cour son désaccord avec les conclusions de la juge sur cette question. Tout en reconnaissant que l'interprétation des revendications est une question de droit qu'il appartenait à la juge de trancher, et que celle-ci pouvait s'appuyer sur la preuve d'expert pour clarifier les termes techniques et le contexte scientifique du brevet, le ministre soutient que la juge n'avait pas à recourir à une preuve d'expert pour interpréter les revendications du brevet '329 (citant la décision *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 446, [2008] 1 R.C.F. 672, au paragraphe 35).

[60] D'après le ministre, deux facteurs démontrent qu'il a correctement interprété le brevet. Premièrement, aucune des revendications du brevet '329 ne concerne expressément l'oxime de milbémycine comme second

of the invention. Second, the insufficiency of the mere mention of milbemycins in the disclosure as one of the many groups of compounds that may be combined with spinosad to constitute a claim for the formulation containing the medicinal ingredients of Trifexis.

[61] The Minister then explains why her construction of the '329 patent is correct. Specifically, she notes that her construction was conducted prior to and separate from the exercise required by the third prong of the *Abbott* test. She adds that she was under no obligation to call expert evidence to support her construction.

[62] The Minister then argues that the Judge erred in finding that the person skilled in the art would understand that reference to milbemycins would include milbemycin oxime. In support of that proposition, the Minister says that the class of milbemycins is not a medicinal ingredient, but rather a group of compounds, any of which could possibly be combined with spinosad, the medicinal ingredient specified in the patent's claims.

[63] Thus, according to the Minister, it follows that a person skilled in the art would not conclude that a reference to milbemycins was a reference to milbemycin oxime "if the only clue to the choice of milbemycin oxime for the formulation was the reference to the entire class of milbemycins" (Minister's memorandum of fact and law, paragraph 33).

[64] In summary, the Minister says that no guesswork is allowed in pharmaceutical science. Consequently, when the '329 patent is properly construed, the only possible conclusion is that the only medicinal ingredient claimed in the formulation claimed by the '329 patent is spinosad. To conclude that the formulation also contains milbemycin oxime necessarily requires a stretch of the imagination for any person skilled in the art.

[65] I cannot agree with the Minister that the Judge either erred in law or made a palpable and overriding error in her construction of the '329 patent's claims. The Judge's construction of the '329 patent was based on her reading and understanding of the patent in the light of

ingrédient médicinal présent dans la formulation de l'invention. Deuxièmement, les milbémycines ne sont mentionnés dans la divulgation que comme l'un des nombreux groupes de composés susceptibles d'être combinés au spinosad pour former une revendication pour la formulation contenant les ingrédients médicaux de Trifexis.

[61] Le ministre explique ensuite pourquoi son interprétation du brevet '329 est correcte. Plus précisément, il indique qu'elle précède l'exercice requis par le troisième volet du critère *Abbott* et qu'elle lui est indépendante. Il ajoute qu'il n'était aucunement tenu d'appeler des témoins experts pour étayer son interprétation.

[62] Le ministre fait en outre valoir que la juge a commis une erreur en concluant que la personne versée dans l'art déduirait que la référence aux milbémycines comprenait l'oxime de milbémycine. Pour appuyer cette proposition, le ministre affirme que la catégorie des milbémycines ne constitue pas un ingrédient médicinal, mais plutôt un groupe de composés pouvant être combinés au spinosad, l'ingrédient médicinal spécifié dans les revendications du brevet.

[63] Il s'ensuit donc, d'après le ministre, qu'une personne versée dans l'art ne conclurait pas que la référence aux milbémycines renvoyait à l'oxime de milbémycine [TRADUCTION] « si la mention de toute la catégorie des milbémycines était le seul indice du choix de l'oxime de milbémycine pour la formulation » (paragraphe 33 du mémoire des faits et du droit du ministre).

[64] En résumé, le ministre affirme que la science pharmaceutique n'autorise aucune conjecture. Par conséquent, l'unique conclusion possible dictée par une interprétation convenable du brevet '329 est que le spinosad est le seul ingrédient médicinal revendiqué dans la formulation. Il serait exagéré, pour toute personne versée dans l'art, de conclure que la formulation contient également l'oxime de milbémycine.

[65] Je ne puis souscrire à l'opinion du ministre selon laquelle la juge a commis une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante lors de son interprétation des revendications du brevet '329. Son interprétation reposait sur sa lecture et sa compréhension du brevet '329

the expert evidence adduced before her and more particularly the evidence of Dr. Paradis.

[66] The Minister does not directly challenge the evidence of Dr. Paradis nor criticize the Judge for relying on it with regard to the question of whether the person skilled in the art would conclude that reference to milbemycins was also a reference to milbemycin oxime. While there is no doubt that the Minister did not have to present expert evidence to support her construction of the patent, she did have to demonstrate that the Judge erred in construing the patent in the manner that she did. In effect, by not challenging Dr. Paradis' evidence or the Judge's reliance upon it, the Minister has not made any serious attempt to demonstrate that the Judge so-erred.

[67] I therefore conclude that there is no basis for us to interfere with the Judge's analysis of the first step of the *Abbott* test.

#### D. *Second Prong of the Abbott Test*

[68] As I have already indicated, there is no issue between the parties regarding the second step of the *Abbott* test as both sides agree that NDS 141 509 sought the approval of an oral dosage form of two specified active ingredients, spinosad and milbemycin oxime.

#### E. *Third Prong of the Abbott Test*

[69] The third prong of the *Abbott* test required the Judge to determine whether the formulation claimed by the patent was that which was authorized by the Minister when she issued a NOC for Trifexis.

[70] Having concluded that the '329 patent claimed a formulation of both spinosad and milbemycin oxime, one would have expected the Judge to conclude that the '329 patent was eligible for listing on the register. After all, the patent, as construed by the Judge, claims, in the words of paragraph 4(2)(b) of the Regulations, "the formulation that contains the medicinal ingredient and the formulation has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission". However, as noted above, the Judge did not arrive at this conclusion. Rather, she concluded that

à la lumière de la preuve d'expert qui lui a été présentée, en particulier le témoignage de M<sup>me</sup> Paradis.

[66] Le ministre ne conteste pas directement la preuve présentée par M<sup>me</sup> Paradis, ni ne reproche à la juge d'y avoir recouru pour déterminer si la personne versée dans l'art conclurait que la référence aux milbémycines renvoyait aussi à l'oxime de milbémycine. Même s'il ne fait aucun doute que le ministre n'avait pas à présenter de preuve d'expert pour étayer son interprétation du brevet, il devait démontrer que l'interprétation retenue par la juge était erronée. En fait, en ne contestant ni la preuve présentée par M<sup>me</sup> Paradis ni le fait que la juge s'en soit servi, le ministre n'a pas véritablement tenté de démontrer que la juge avait commis une erreur en l'occurrence.

[67] Par conséquent, je conclus qu'il n'y a aucune raison de revenir sur l'analyse de la juge concernant le premier volet du critère *Abbott*.

#### D. *Le deuxième volet du critère Abbott*

[68] Comme je l'ai déjà indiqué, il n'y a pas de désaccord entre les parties concernant le deuxième volet du critère *Abbott*, puisqu'elles sont toutes deux d'avis que la PDN 141 509 visait à faire approuver une forme posologique orale de deux ingrédients actifs précisés, le spinosad et l'oxime de milbémycine.

#### E. *Le troisième volet du critère Abbott*

[69] Le troisième volet du critère *Abbott* exige que la juge détermine si la formulation revendiquée par le brevet correspondait à celle que le ministre avait approuvée en délivrant un AC pour Trifexis.

[70] Comme la juge a conclu que le brevet '329 revendiquait une formulation contenant à la fois le spinosad et l'oxime de milbémycine, on se serait attendu à ce qu'elle conclue aussi que le brevet '329 était admissible à l'inscription au registre. Après tout, le brevet, tel que la juge l'a interprété, revendique, pour citer l'alinéa 4(2)b du Règlement, « la formulation contenant l'ingrédient médicinal, la formulation ayant été approuvée par la délivrance d'un avis de conformité à l'égard de la présentation ». Cependant, comme je l'ai déjà mentionné, la juge n'est pas parvenue à cette conclusion. Elle a

the '329 patent was ineligible for listing on the register. The question, therefore, is what led her to this conclusion. To answer this question requires a deeper examination of the Judge's consideration of the third prong of the *Abbott* test.

[71] The Judge began her examination of the third prong by stating the view, which no one disputes, that the claimed formulation in the '329 patent must include the two medicinal ingredients found in Trifexis. This view finds support in all of the leading cases on the question and is in accordance with paragraph 4(2)(b) of the Regulations.

[72] After a discussion of the 2006 amendments to the Regulations which, in effect, require a match between the formulation claimed by the '329 patent and the NOC-authorized drug product, the Judge said that she was bound by this Court's interpretation of subsection 4(2) of the Regulations and more particularly by our decision in *Gilead* F.C.A.

[73] The Judge then reviewed, in turn, *Purdue*, *Gilead* F.C.A. and *Searle* and concluded that the Minister had correctly interpreted paragraph 4(2)(b) of the Regulations. In my view, if the Minister's construction of the '329 patent was correct, then there can be no doubt that her interpretation of paragraph 4(2)(b) of the Regulations would have also been correct. The Minister concluded that the formulation claimed by the '329 patent did not contain milbemycin oxime, and therefore correctly concluded that there was no match between the claims of the '329 patent and the NOC-approved drug. The Minister's conclusion and logic, based upon her construction of the '329 patent, are unimpeachable.

[74] However, the real issue in this appeal arises from the fact that the Judge overturned the Minister's construction of the '329 patent, but nonetheless concluded that the Minister correctly refused to list the '329 patent on the register.

[75] First of all, there is no difficulty in understanding what paragraph 4(2)(b) of the Regulations requires. Indeed, the Judge herself seems to have understood what

plutôt jugé que le brevet '329 n'était pas admissible à l'inscription au registre. La question est alors de savoir ce qui l'a amenée à cette conclusion. Pour y répondre, un examen plus approfondi de son analyse concernant le troisième volet du critère *Abbott* s'impose.

[71] La juge a commencé son analyse du troisième volet en déclarant que la formulation revendiquée dans le brevet '329 devait inclure les deux ingrédients médicaux contenus dans Trifexis, ce que personne ne conteste. Ce point de vue est confirmé par toutes les décisions de principe sur la question, en plus d'être conforme à l'alinéa 4(2)b) du Règlement.

[72] Après avoir analysé les modifications du Règlement de 2006, qui exigent une correspondance entre la formulation revendiquée par le brevet '329 et le médicament autorisé par l'AC, la juge s'est dite liée par l'interprétation de notre Cour du paragraphe 4(2) du Règlement, et notamment par l'arrêt *Gilead* (C.A.F.) rendu par notre Cour.

[73] Après avoir examiné tour à tour les arrêts *Purdue*, *Gilead* (C.A.F.) et *Searle*, la juge a conclu que le ministre avait correctement interprété l'alinéa 4(2)b) du Règlement. À mon avis, si l'interprétation du brevet '329 par le ministre était correcte, il ne peut y avoir de doute quant au bien-fondé de son interprétation de l'alinéa 4(2)b) du Règlement. Le ministre a conclu que la formulation revendiquée par le brevet '329 ne contenait pas l'oxime de milbémycine, et a donc estimé à juste titre qu'il n'y avait pas de correspondance entre les revendications du brevet '329 et le médicament approuvé par l'AC. La conclusion du ministre et sa logique, compte tenu de son interprétation du brevet '329, sont irrécusables.

[74] Toutefois, le véritable différend dans le présent appel tient à ce que la juge a infirmé l'interprétation du brevet '329 retenue par le ministre, mais a néanmoins conclu qu'il avait eu raison de refuser d'inscrire le brevet '329 au registre.

[75] Tout d'abord, il n'est pas difficile de comprendre ce qu'exige l'alinéa 4(2)b) du Règlement. La juge semble d'ailleurs elle-même avoir saisi les exigences de

this paragraph requires when she formulated the *Abbott* test insofar as it applied to the case before her.

[76] The *Abbott* test simply requires the Judge to determine whether the formulation claimed by the patent at issue is the one in respect of which the Minister has issued a NOC. Having understood, at least initially, the meaning of paragraph 4(2)(b), the Judge then appears to have resiled from that understanding of the provision when she dealt with the third prong of the test. In my respectful view, this happened because she misunderstood our decisions on the issue and more particularly our decision in *Gilead* F.C.A.

[77] In *Gilead*, both before the Federal Court and this Court, the issue was whether the appellant's '475 patent [Canadian Patent No. 2512475] was eligible for listing against its NOC-approved drug product Complera. On the basis of the *Abbott* test, Mosley J. of the Federal Court had to determine if the Minister correctly refused to list the '475 patent on the register. In the Minister's view, the '475 patent did not contain a claim for the three medicinal ingredients found in Complera, namely tenofovir disoproxil fumarate (tenofovir), emtricitabine, and rilpivirine. Thus, the Minister concluded there was no match between what the '475 patent claimed and Complera and refused to list it on the register (*Gilead* F.C., paragraphs 7–9).

[78] Before Mosley J., there was no dispute between the parties with regard to the second prong of the test, i.e. that Complera contained three medicinal ingredients, tenofovir, emtricitabine and rilpivirine. The parties also agreed that rilpivirine was within a class of agents known as non-nucleoside reverse transcriptase inhibitors (NNRTIs) and that this class was referenced in the '475 patent (*Gilead* F.C., paragraph 10).

[79] With regard to the first prong of the *Abbott* test, Mosley J. held that the '475 patent did not claim rilpivirine. More particularly, he said that (*Gilead* F.C., paragraph 26):

cet alinéa lorsqu'elle a formulé le critère *Abbott* dans la mesure où il s'appliquait à l'affaire dont elle était saisie.

[76] Le critère *Abbott* oblige simplement la juge à déterminer si la formulation revendiquée dans le brevet en cause est celle à l'égard de laquelle le ministre a délivré un AC. Ayant saisi, du moins initialement, le sens de l'alinéa 4(2)b), la juge semble être revenue sur son interprétation lorsqu'elle a examiné le troisième volet du critère. À mon humble avis, je pense que cela vient de ce qu'elle a mal compris les décisions que nous avons rendues en cette matière, notamment dans l'arrêt *Gilead* (C.A.F.).

[77] Dans la décision *Gilead*, la question dont la Cour fédérale et notre Cour étaient saisies était de savoir si le brevet '475 [le brevet canadien n° 2512475] de l'appelante était admissible à l'inscription à l'égard du médicament Complera approuvé par un AC. Le juge Mosley de la Cour fédérale devait déterminer, sur la base du critère *Abbott*, si le ministre avait eu raison de refuser d'inscrire le brevet '475 au registre. De l'avis du ministre, ce brevet ne contenait pas de revendication à l'égard des trois ingrédients médicinaux compris dans Complera, à savoir le fumarate de ténofovir disoproxil (ténofovir), l'emtricitabine et la rilpivirine. Le ministre a donc conclu qu'il n'y avait pas de correspondance entre ce que le brevet '475 revendiquait et Complera, et a donc refusé de l'inscrire au registre (*Gilead* (C.F.), aux paragraphes 7 à 9).

[78] Devant le juge Mosley, le deuxième volet du critère n'a pas suscité de désaccord entre les parties, c'est-à-dire que Complera contenait bien trois ingrédients médicinaux, le ténofovir, l'emtricitabine et la rilpivirine. Les parties étaient également d'accord pour dire que la rilpivirine appartenait à une catégorie d'agents connus comme les inhibiteurs non nucléosidiques de la transcriptase inverse (INNTI), et que cette catégorie était mentionnée dans le brevet '475 (*Gilead* (C.F.), au paragraphe 10).

[79] S'agissant du premier volet du critère *Abbott*, le juge Mosley a estimé que le brevet '475 ne revendiquait pas la rilpivirine. Il a plus précisément dit ceci (*Gilead* (C.F.), au paragraphe 26) :

I construe the relevant claims of the '475 Patent as combinations and formulations of two medicinal ingredients plus a third one of the NNRTI class that could possibly include but is not specifically rilpivirine. [Emphasis added.]

[80] Further, Mosley J. also stated (*Gilead F.C.*, paragraph 46):

There is nothing in the '475 Patent that points specifically to rilpivirine as the third ingredient in the class of NNRTIs. As the evidence of Dr. Miller on behalf of the applicant states, several other NNRTI's had been studied for their efficacy in treating HIV prior to the grant of the patent. References to an NNRTI in the patent are not to a specific medicinal ingredient but rather to the class of compounds, one or more of which may have been found to be suitable to be included in a formulation with tenofovir and emtricitabine. The claims that specify such a formulation are not specific to the drug in the Complera NDS.

[81] Having concluded that the '475 patent did not claim rilpivirine as a medicinal ingredient, Mosley J. proceeded to the third prong of the test and determined that the '475 patent did not meet the strict product specificity required by paragraph 4(2)(b) of the Regulations. He went on to say that the '475 patent “did not meet the specifics of the NDS” (*Gilead F.C.*, paragraph 49). Hence, the Judge concluded that the Minister's decision to refuse to list the '475 patent on the register was reasonable.

[82] This Court dismissed the appeal for different reasons than those of Mosley J. in *Gilead F.C.* More particularly, our Court was of the view that the claims of the '475 patent pertained to a new combination of medicinal ingredients and hence that its eligibility for listing had to be determined on the basis of paragraph 4(2)(a), rather than 4(2)(b), of the Regulations (*Gilead F.C.A.*, paragraph 3).

[83] After reviewing the relevant facts and the applicable standard of review, Trudel J.A. turned to the construction of the '475 patent. More particularly, she reproduced paragraph 26 of *Gilead F.C.* where Mosley J.'s construction of the '475 patent appears (*Gilead F.C.A.*,

J'interprète les revendications pertinentes du brevet '475 comme concernant des combinaisons et des formulations de deux ingrédients médicinaux en plus d'un troisième ingrédient membre de la classe des INNTI qui pourrait inclure la rilpivirine, sans qu'elle soit nommée expressément. [Non souligné dans l'original.]

[80] Le juge Mosley a en outre déclaré (*Gilead (C.F.)*, au paragraphe 46) :

Dans le brevet '475, il n'y a aucune mention expresse de la rilpivirine comme troisième ingrédient dans la classe des INNTI. Comme l'a indiqué le D<sup>r</sup> Miller dans son témoignage pour le compte de la demanderesse, l'efficacité de plusieurs autres INNTI dans le traitement de l'infection à VIH avait été étudiée avant la délivrance du brevet. Les références à un INNTI dans le brevet ne concernent pas un ingrédient médicinal spécifique mais plutôt la classe de composés, un ou plusieurs d'entre eux pouvant avoir été jugés assez efficaces pour être inclus dans une formulation avec le ténofovir et l'emtricitabine. Les revendications qui mentionnent une telle formulation ne concernent pas spécifiquement le médicament dans la PDN de Complera.

[81] Ayant conclu que le brevet '475 ne revendiquait pas la rilpivirine comme ingrédient médicinal, le juge Mosley a examiné le troisième volet du critère et a déterminé que le brevet ne respectait pas la stricte spécificité du produit exigée par l'alinéa 4(2)(b) du Règlement. Il a ajouté que le brevet '475 « ne correspondait pas aux détails précis de la PDN » (*Gilead (C.F.)*, au paragraphe 49). Le juge a donc conclu que la décision du ministre de refuser d'inscrire le brevet '475 au registre était raisonnable.

[82] Notre Cour a rejeté l'appel pour d'autres motifs que ceux du juge Mosley dans la décision *Gilead (C.F.)*. Plus précisément, notre Cour a estimé que les revendications du brevet '475 se rapportaient à une nouvelle combinaison d'ingrédients médicinaux et donc que l'admissibilité du brevet à l'inscription devait être établie sur la base de l'alinéa 4(2)(a) du Règlement, plutôt que l'alinéa 4(2)(b) (*Gilead (C.A.F.)*, au paragraphe 3).

[83] Après avoir examiné les faits pertinents et la norme de contrôle applicable, la juge Trudel s'est penchée sur l'interprétation du brevet '475. Elle a notamment reproduit le paragraphe 26 de la décision *Gilead (C.F.)*, qui contient l'interprétation du brevet '475 par le juge

paragraph 19). She then indicated that the parties did not take issue with this construction of the '475 patent's claims and that, as a result, the only question in dispute concerned the Minister and Mosley J.'s interpretation of paragraphs 4(2)(a) and (b) of the Regulations and their application to the relevant facts (*Gilead F.C.A.*, paragraph 20).

[84] After a brief explanation of the regulatory framework, Trudel J.A. turned to the meaning of paragraphs 4(2)(a) and (b) of the Regulations and concluded that the '475 patent fell under paragraph 4(2)(a) and not 4(2)(b). My colleague then dealt with the product specificity requirement of the Regulations (beginning at *Gilead F.C.A.*, paragraph 33). She first indicated that the parties were agreed that the Regulations made product specificity between the claims of the patent at issue and the NOC-approved drug a requirement for the listing of a patent on the register. She then reviewed our decision in *Purdue* and adopted Layden-Stevenson J.A.'s comment reproduced below (*Purdue*, paragraph 44):

In my view, the requirement for this level of specificity is consistent with the text, the object and the purpose of the Regulations. It is also consistent with the interpretation of the other classes of claims in section 4 of the Regulations as determined by the jurisprudence of this Court.

[85] This led Trudel J.A. to say that there was no basis to adopt different legislative requirements for the various paragraphs of subsection 4(2). She further added that the product specificity requirement of the Regulations "sets a high threshold of consistency" and that the three medicinal ingredients, "i.e., tenofovir, emtricitabine, and rilpivirine, must be set out in the patent claims and the NOC for the patent to be eligible on the register" (*Gilead F.C.A.*, paragraphs 39 and 40).

[86] My colleague further said that "the wording of section 4 is consistent across the four subsections and requires a high degree of specificity between the wording of the claim and the NOC" adding that "[i]t would be necessary to read an interpretation into paragraph

Mosley (*Gilead C.A.F.*), au paragraphe 19). Elle a indiqué ensuite que les parties n'avaient pas contesté cette interprétation des revendications du brevet '475 et que la seule question en litige concernait donc l'interprétation du ministre et celle du juge Mosley des alinéas 4(2)(a) et b) du Règlement et leur application aux faits pertinents (*Gilead C.A.F.*), au paragraphe 20).

[84] Après avoir succinctement expliqué le cadre réglementaire, la juge Trudel a examiné le sens des alinéas 4(2)a) et b) du Règlement et a conclu que le brevet '475 relevait de l'alinéa 4(2)a) et non de l'alinéa 4(2)b). Ma collègue s'est ensuite intéressée à l'exigence du Règlement relative à la spécificité du produit (à partir du paragraphe 33 de *Gilead C.A.F.*). Elle a commencé par faire remarquer que les parties s'entendaient pour dire que la correspondance entre les revendications du brevet en cause et le médicament approuvé par l'AC était requise par le Règlement pour que le brevet puisse être inscrit au registre. Elle a ensuite examiné l'arrêt *Purdue* rendu par notre Cour et a souscrit aux observations de la juge Layden-Stevenson, reproduites ci-après (*Purdue*, au paragraphe 44) :

À mon avis, l'exigence qu'il y ait un tel niveau de spécificité est compatible avec le libellé et l'objet du Règlement. Elle est également compatible avec l'interprétation des autres catégories de revendications prévues à l'article 4 du Règlement, comme l'a établie la jurisprudence de notre Cour.

[85] Ainsi, la juge Trudel, J.C.A. est arrivée à la conclusion que rien ne justifiait d'adopter différentes exigences légales à l'égard des divers alinéas du paragraphe 4(2). Elle a ajouté que l'exigence du Règlement relative à la spécificité du produit « se traduit par un seuil élevé de correspondance » et que les trois ingrédients médicinaux, c'est-à-dire « le ténofovir, l'emtricitabine et la rilpivirine, doivent donc être énoncés dans l'AC et les revendications du brevet pour que le brevet puisse être inscrit au registre » (*Gilead C.A.F.*), au paragraphes 39 et 40).

[86] Ma collègue a ajouté que « le libellé de l'article 4 est cohérent dans les quatre dispositions et impose un degré élevé de correspondance entre le libellé de la revendication et l'AC », ajoutant qu'« [à] moins d'y ajouter des précisions qui n'y figurent pas, l'alinéa 4(2)a)

4(2)(a) to allow the paragraph to support claims which contain only some of the medicinal ingredients” (*Gilead F.C.A.*, paragraph 45). In her view, such an interpretation flew in the face of the ordinary meaning of the words found in the subsection, the purpose and object of the Regulations and the government’s position that product specificity was a key consideration in interpreting subsection 4(2).

[87] Trudel J.A. then noted Mosley J.’s conclusion that the ‘475 patent’s claims did not meet the requirement for product specificity of the Regulations in that its claims “do not make specific reference to the medicinal ingredient rilpivirine (*sic*), but only the broad class of compounds” (*Gilead F.C.A.*, paragraph 49).

[88] In my view, this examination of the facts and holdings in *Gilead F.C.* and *Gilead F.C.A.* distinguishes these decisions from the present appeal. It is clear from *Gilead F.C.A.* that Trudel J.A. accepted Mosley J.’s construction of the ‘475 patent to the effect that it did not claim rilpivirine. In other words, contrary to the matter before us in this appeal, the patent at issue in *Gilead F.C.* and *Gilead F.C.A.* did not claim the three medicinal ingredients found in the NOC-approved drug product Complera. In the present appeal, the Judge specifically found that the formulation claimed by the ‘329 patent was the formulation found in Trifexis, i.e. a formulation which contained both spinosad and milbemycin oxime.

[89] Consequently, when one answers the questions posed by the *Abbott* test in this case, the answers are:

1. What formulation does the patent claim?

The patent claims a formulation containing spinosad and milbemycin oxime.

2. What is the formulation of the NOC issued for the drug in question?

ne permet pas de présenter des revendications ne contenant qu’une partie des ingrédients médicinaux » (*Gilead (C.A.F.)*, au paragraphe 45). D’après elle, une telle interprétation ne cadrerait pas avec le sens ordinaire des termes employés dans l’alinéa, l’objet du Règlement et la thèse du ministre suivant laquelle la spécificité du produit est une considération primordiale dans l’interprétation du paragraphe 4(2).

[87] La juge Trudel a alors relevé la conclusion du juge Mosley selon laquelle les revendications du brevet ‘475 ne satisfaisaient pas à l’exigence du Règlement relative à la spécificité du produit, car elles « ne mentionnent pas expressément l’ingrédient médicinal rilpivirine, mais seulement la classe générale des composés » (*Gilead (C.A.F.)*, au paragraphe 49).

[88] À mon avis, cet examen des faits et des raisonnements tenus dans la décision *Gilead (C.F.)* et dans l’arrêt *Gilead (C.A.F.)* permet de distinguer ces décisions du présent appel. Il ressort clairement de l’arrêt *Gilead (C.A.F.)* que la juge Trudel a souscrit à l’interprétation du brevet ‘475 retenue par le juge Mosley, selon laquelle le brevet ne revendiquait pas la rilpivirine. En d’autres mots, contrairement à l’affaire qui nous occupe, le brevet en cause dans la décision *Gilead (C.F.)* et dans l’arrêt *Gilead (C.A.F.)* ne revendiquait pas les trois ingrédients médicinaux contenus dans le médicament Complera approuvé par un AC. En l’espèce, la juge a expressément conclu que la formulation revendiquée par le brevet ‘329 était celle de Trifexis, c’est-à-dire une formulation contenant à la fois le spinosad et l’oxime de milbémycine.

[89] Par conséquent, les réponses aux questions posées par le critère *Abbott* en l’espèce seront les suivantes :

1. Quelle est la formulation revendiquée par le brevet?

Le brevet revendique une formulation contenant le spinosad et l’oxime de milbémycine.

2. Quelle est la formulation visée par l’AC délivré à l’égard du médicament en cause?

A formulation containing spinosad and milbemycin oxime.

3. Is the formulation claimed by the patent that which was authorized by the NOC?

Yes it is.

[90] The Judge concluded that the formulation claimed by the patent was not the one which the NOC authorized. As I indicated earlier, the Judge concluded as she did because she misinterpreted our decision in *Gilead F.C.A.* More particularly, the Judge appears to have understood *Gilead F.C.A.* to require her to find the words “milbemycin oxime” in the '329 patent’s claims and that, failing the appearance of those words, the '329 patent did not claim the formulation which had been approved by the issuance of the NOC and could not be listed.

[91] In expressing her view of the matter, the Judge emphasized the fact that in *Gilead F.C.A.*, this Court endorsed Mosley J.’s reasoning pertaining to the product specificity requirement. In particular, she drew attention to Mosley J.’s conclusion that a patent could not meet the product specificity requirement if it referred to a class of compounds rather than to a specific medicinal ingredient and that the '475 patent failed this requirement because it claimed the class of NNRTIs rather than rilpivirine specifically (see Federal Court decision, paragraph 82).

[92] Again, it is important to point out that Mosley J. actually found in *Gilead F.C.* that the third medicinal ingredient, rilpivirine, was not claimed by the '475 patent. Consequently, in my opinion, based upon that premise, Mosley J. was correct to find that there was no match between the '475 patent’s claims and the NOC-approved drug.

[93] I acknowledge that certain statements in *Gilead F.C.A.* arguably led the Judge astray in this regard. For example, Trudel J.A. stated that the medicinal ingredients found in Complera “must be set out in the patent

Une formulation contenant le spinosad et l’oxime de milbémécine.

3. La formulation revendiquée par le brevet est-elle celle qui a été homologuée par la délivrance de l’AC?

Oui.

[90] La juge a conclu que la formulation revendiquée par le brevet n’était pas celle homologuée par la délivrance de l’AC. Comme je l’ai déjà indiqué, cette conclusion découlait du fait qu’elle avait mal interprété l’arrêt *Gilead (C.A.F.)* rendu par notre Cour. En particulier, il semble que la juge se soit crue tenue, du fait de cet arrêt, de vérifier si le terme « oxime de milbémécine » apparaissait dans les revendications du brevet '329, en l’absence de quoi le brevet en question ne revendiquait pas la formulation approuvée par l’AC et ne pouvait pas être inscrit au registre.

[91] En exposant son opinion sur la question, la juge a insisté sur le fait que, dans l’arrêt *Gilead (C.A.F.)*, notre Cour avait souscrit au raisonnement du juge Mosley concernant l’exigence relative à la spécificité du produit. Plus précisément, elle a attiré l’attention sur la conclusion du juge Mosley portant qu’un brevet ne remplissait pas cette exigence s’il faisait référence à une catégorie de composés plutôt qu’à un ingrédient médicamenteux précis, et que le brevet '475 échouait à cet égard parce qu’il revendiquait la catégorie des INNTI plutôt que la rilpivirine (paragraphe 82 de la décision de la Cour fédérale).

[92] Encore une fois, il est important de noter qu’en fait, le juge Mosley a conclu dans la décision *Gilead (C.F.)* que le troisième ingrédient médicamenteux, la rilpivirine, n’était pas revendiqué par le brevet '475. Par conséquent, le juge Mosley a eu à mon sens raison de conclure qu’il n’y avait pas de correspondance entre les revendications du brevet '475 et le médicament approuvé par l’AC.

[93] Je reconnais que certaines déclarations dans l’arrêt *Gilead (C.A.F.)* ont sans doute induit la juge en erreur à cet égard. Par exemple, la juge Trudel a déclaré que les ingrédients médicinaux contenus dans Complera

claims and the NOC for the patent to be eligible on the register” and that subsection 4(2) “requires a high degree of specificity between the wording of the claim and the NOC” (*Gilead F.C.A.*, paragraphs 40 and 45). However, in my respectful opinion, these statements cannot be understood to have changed the requirements of the *Abbott* test. On the contrary, our Court has consistently and repeatedly affirmed the *Abbott* test.

[94] In other words, I do not understand our decision in *Gilead F.C.A.* as an abandonment of the *Abbott* test or the principles of claim construction enunciated by the Supreme Court in *Free World* and *Whirlpool*. Thus, contrary to what the Judge understood from *Gilead F.C.A.*, the question at the third step of the *Abbott* test is not whether the words milbemycin oxime appear in the claims of the '329 patent, but whether the claims of the '329 patent claim milbemycin oxime as a medicinal ingredient in the formulation set out in the patent.

[95] The concept of product specificity must be understood in the context of the 2006 amendments to the Regulations. On this point, it is worth reproducing paragraph 43 of *Gilead F.C.A.* in full where Trudel J.A. elaborated upon the notion of product specificity:

The 2006 revisions also clearly introduced the requirement for product specificity. A plain reading of the version in force prior to the 2006 revisions establishes that if the patent claims were shown to be “relevant to” the approved drug, the submitted patents were generally accepted for listing. In contrast, the revised version introduces a requirement for more detailed information on the product against which the patent is to be listed, including the medicinal ingredient, the brand name, the dosage form, the strength, the route of administration and the use as set out in the NDS. In addition, the categories set out in section 4 are now more detailed and precisely defined. These changes, combined with the greater emphasis on meeting eligibility criteria and being subject to the Minister’s determination as noted above, lead to a clear rejection of Gilead’s argument for a wide scope of connection between the patent claims and the NOC.

« doivent donc être énoncés dans l’AC et les revendications du brevet pour que le brevet puisse être inscrit au registre » et que le paragraphe 4(2) « impose un degré élevé de correspondance entre le libellé de la revendication et l’AC » (*Gilead (C.A.F.)*, aux paragraphes 40 et 45). Cependant, en toute déférence, ces déclarations ne peuvent être comprises comme ayant modifié les exigences du critère *Abbott*. Au contraire, la Cour a invariablement confirmé ce critère.

[94] En d’autres mots, la décision que nous avons rendue dans l’arrêt *Gilead (C.A.F.)* ne me paraît pas un abandon du critère *Abbott* ou des principes d’interprétation des revendications énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Free World* et *Whirlpool*. Ainsi, contrairement à ce que la juge a saisi de l’arrêt *Gilead (C.A.F.)*, la question posée par le troisième volet du critère *Abbott* n’est pas de savoir si le terme « oxime de milbémycine » apparaît dans les revendications du brevet '329, mais plutôt si les revendications comprennent l’oxime de milbémycine comme ingrédient médicinal dans la formulation visée par le brevet.

[95] Le concept de spécificité du produit doit être compris au regard du contexte des modifications apportées au Règlement en 2006. Sur ce point, il vaut la peine de reproduire intégralement le paragraphe 43 de l’arrêt *Gilead (C.A.F.)*, dans lequel la juge Trudel s’est attardée sur cette notion :

Il est également évident que les modifications de 2006 ont introduit l’exigence de spécificité du produit. Il ressort de la simple lecture de la version du Règlement sur les MBAC antérieure aux modifications de 2006 que s’il était établi que les revendications du brevet étaient « pertinent[es] quant [au] » médicament approuvé, l’inscription des brevets soumis était généralement acceptée. Par contre, la version modifiée crée l’obligation de fournir des renseignements plus précis sur le produit dont l’inscription du brevet est demandée, notamment l’ingrédient médicinal, le nom de marque, la forme posologique, la concentration, la voie d’administration et l’utilisation, tels qu’ils figurent dans la PDN. De plus, les catégories énoncées à l’article 4 sont maintenant plus détaillées et définies avec plus de précision. Ces changements, de même que l’importance accrue accordée au respect des critères d’admissibilité, sous réserve de la décision du ministre, dont il a été fait état précédemment, m’amènent à rejeter simplement la thèse de Gilead concernant le caractère général de la correspondance entre les revendications du brevet et l’AC.

[96] Thus, in order to have a patent listed on the register prior to the 2006 amendments, it was only necessary to demonstrate that the patent claims were “relevant” to the NOC-approved drug. The concept of relevance is a very broad concept and allowed the listing of many patents which, following the 2006 amendments, would no longer be accepted. Thus, the concept of product specificity, brought in by the 2006 amendments, can only be understood by reference to what it sought to replace, i.e. the concept of relevance. Innovators could still list patents against their drug products but such patents would have to claim, under paragraph 4(2)(b) of the Regulations, the very formulation authorized by the Minister in the NOC issued for the drug product.

[97] On my understanding of the Regulations prior to the 2006 amendments, the '475 patent at issue in *Gilead F.C.* and *Gilead F.C.A.* would have, in all likelihood, been accepted for listing on the register by the Minister because it would have been demonstrated that the patent at issue was “relevant” to Complera even though the third medicinal ingredient rilpivirine was not claimed by the '475 patent. However, under the amended Regulations, relevancy is no longer sufficient to allow the listing of a patent. In effect, it must now be shown that the patent which the innovator seeks to list on the register contains, as per paragraph 4(2)(b), a formulation of certain medicinal ingredients which the Minister has approved through the issuance of a NOC. In other words, the patent must claim specifically the formulation which the Minister has approved through the issuance of a NOC.

[98] Thus, in the circumstances of this case, it is clear that the third prong of the *Abbott* test has been met. In short, the '329 patent claims a formulation of two medicinal ingredients, spinosad and milbemycin oxime. The Minister has approved of this formulation through the issuance of a NOC for Trifexis.

## VI. Conclusion

[99] For these reasons, I would therefore allow the appeal with costs, I would set aside the Federal Court

[96] Ainsi, pour qu'un brevet puisse être inscrit au registre avant les modifications de 2006, il fallait uniquement démontrer que les revendications du brevet étaient « pertinentes » quant au médicament approuvé par l'AC. Le concept de la pertinence est très général et permettait l'inscription de nombreux brevets qui ne seraient plus acceptés depuis les modifications de 2006. Le concept de la spécificité du produit, introduit par les modifications de 2006, ne peut être compris que par rapport à ce qu'il entendait remplacer, c'est-à-dire le concept de la pertinence. Les innovateurs pouvaient encore inscrire des brevets se rapportant à leurs médicaments, mais ces brevets devaient revendiquer, aux termes de l'alinéa 4(2)b) du Règlement, la même formulation que celle autorisée par le ministre dans l'AC délivré à l'égard du médicament.

[97] Selon ma compréhension du Règlement antérieur aux modifications de 2006, le brevet '475 en cause dans la décision *Gilead (C.F.)* et dans l'arrêt *Gilead (C.A.F.)* aurait très probablement été jugé admissible à l'inscription au registre par le ministre, puisqu'il aurait été démontré qu'il était « pertinent » quant à Complera même si le troisième ingrédient médicinal, la rilpivirine, n'était pas revendiqué. Cependant, en vertu du Règlement modifié, la pertinence ne suffit plus pour autoriser l'inscription d'un brevet. En fait, il faut désormais établir que le brevet que l'innovateur souhaite inscrire au registre contient, conformément à l'alinéa 4(2)b), une formulation de certains ingrédients médicinaux que le ministre a approuvée en délivrant un AC. En d'autres mots, le brevet doit revendiquer expressément la formulation que le ministre a approuvée par la délivrance d'un AC.

[98] Ainsi, dans les circonstances de la présente affaire, le troisième volet du critère *Abbott* a manifestement été rempli. En bref, le brevet '329 revendique une formulation de deux ingrédients médicinaux, le spinosad et l'oxime de milbémycine. Le ministre a approuvé cette formulation en délivrant un AC à l'égard de Trifexis.

## VI. Conclusion

[99] Pour ces motifs, je ferais donc droit à l'appel avec dépens, j'infirmes la décision de la Cour fédérale du

decision dated February 17, 2014, and rendering the judgment which ought to have been made, I would allow the appellant's judicial review application with costs and return the matter to the Minister for reconsideration in the light of these reasons.

BOIVIN J.A.: I agree.

\*\*\*

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

[100] DAWSON J.A. (concurring reasons): I agree with Justice Nadon that this appeal should be allowed with costs. For the reasons given by him, I agree that the Judge construed the '329 patent to claim not only spinosad as the active ingredient but also formulations that contain other active ingredients, including a formulation that contains both spinosad and milbemycin oxime. For the reasons given by Justice Nadon, I also agree that the Judge erred in respect of the third prong of the test articulated in *Abbott Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 354, [2009] 3 F.C.R. 547. The single point of divergence I have with my colleague's reasons is that I am unable to distinguish the decision of our Court in *Gilead Sciences Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2012 FCA 254, 105 C.P.R. (4th) 1. As I am unable to distinguish *Gilead*, and as I agree with my colleague's analysis on the merits of this appeal, I respectfully conclude that *Gilead* was wrongly decided. I reach this conclusion on the following basis.

[101] The patent in issue in *Gilead* ('475 patent) claimed combinations and formulations of two or more anti-viral agents. The Federal Court construed the relevant claims of the patent as combinations and formulations of two medicinal ingredients (including tenofovir and emtricitabine) plus a third anti-viral agent from the class of non-nucleoside reverse transcriptase inhibitors (NNRTIs). The parties agreed that the drug in issue, Complera, contained three medicinal ingredients: tenofovir, emtricitabine and rilpivirine. They also agreed that rilpivirine was a member of the class of NNRTIs. The issue was whether the '475 patent could be listed

17 février 2014 et, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je ferais droit à la demande de contrôle judiciaire de l'appelante avec dépens et je renverrais l'affaire au ministre pour qu'il l'examine à nouveau à la lumière des présents motifs.

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

\*\*\*

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

[100] LA JUGE DAWSON, J.C.A. (motifs concourants) : Comme le juge Nadon, je suis d'avis que le présent appel devrait être accueilli avec dépens. Pour les motifs qu'il a fournis, je suis d'accord que la juge a interprété le brevet '329 comme revendiquant non seulement le spinosad comme ingrédient actif, mais aussi des formulations contenant d'autres ingrédients actifs, notamment une formulation comprenant à la fois le spinosad et l'oxime de milbémycine. Pour les motifs donnés par le juge Nadon, je suis également d'accord que la juge a commis une erreur en ce qui a trait au troisième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Laboratoires Abbott Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 354, [2009] 3 R.C.F. 547. Mon seul point de désaccord avec les motifs de mon collègue est que je ne vois pas de distinction avec l'arrêt *Gilead Sciences Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2012 CAF 254, rendu par notre Cour. Par conséquent, et comme je souscris à l'analyse de mon collègue quant au fond du présent appel, je conclus respectueusement que l'arrêt *Gilead* est erroné. Je parviens à cette conclusion pour les motifs suivants.

[101] Le brevet en cause dans la décision *Gilead* (le brevet '475) revendiquait des associations et des formulations contenant au moins deux agents antiviraux. La Cour fédérale a interprété les revendications pertinentes du brevet comme des associations et des formulations de deux ingrédients médicinaux (notamment le ténofovir et l'emtricitabine) plus un troisième agent antiviral appartenant à la classe des inhibiteurs non nucléosidiques de la transcriptase inverse (INNTI). Les parties étaient d'accord pour dire que le médicament en cause, Complera, contenait trois ingrédients médicinaux : le ténofovir, l'emtricitabine et la rilpivirine. Elles ont aussi

because it did not specifically name rilpivirine as a medicinal ingredient.

[102] The Federal Court and this Court concluded that the '475 patent could not be listed because it did not explicitly name rilpivirine as a medicinal ingredient and so there was no match between the subject matter of the patent and the formulation approved in the notice of compliance.

[103] However, given the construction of the '475 patent by the Federal Court, and given the agreement of the parties that Complera contained tenofovir, emtricitabine and rilpivirine, and that rilpivirine was a member of the class of NNRTIs, without doubt the '475 patent claimed the combination and formulation of tenofovir, emtricitabine and rilpivirine; any manufacture or sale of that formulation would infringe the '475 patent. Notwithstanding that the '475 patent claimed this formulation and the notice of compliance approved tablets formulated with tenofovir, emtricitabine and rilpivirine as medicinal ingredients, the '475 patent was found to be ineligible for listing.

[104] This result is not consistent with the result in the present appeal where the '329 patent is found to be eligible for listing because it claims the formulation approved in the notice of compliance issued in respect of Trifexis.

[105] In my view, the result in the present appeal is correct because it accords with the text, context and purpose of paragraphs 4(2)(a) and (b) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (Regulations).

[106] Paragraphs 4(2)(a) and (b) (set out at paragraph 19 of my colleague's reasons) provide that a patent is eligible for listing if it contains "a claim for the medicinal ingredient" or "a claim for the formulation" (emphasis added) and the medicinal ingredient or formulation has been approved through the issuance of a notice of

reconnu que la rilpivirine appartenait à la classe des INNTI. La question était de savoir si le brevet '475 pouvait être inscrit étant donné qu'il ne mentionnait pas expressément la rilpivirine comme ingrédient médicinal.

[102] La Cour fédérale et notre Cour ont conclu que le brevet '475 ne pouvait être inscrit parce qu'il ne nommait pas explicitement la rilpivirine comme ingrédient médicinal, et qu'il n'y avait donc pas correspondance entre l'objet du brevet et la formulation approuvée dans l'avis de conformité.

[103] Cependant, compte tenu de l'interprétation du brevet '475 retenue par la Cour fédérale, et comme les parties ont convenu que Complera contenait le ténofovir, l'emtricitabine et la rilpivirine, et que la rilpivirine appartenait à la classe des INNTI, il ne fait aucun doute que le brevet '475 revendiquait l'association et la formulation de ténofovir, d'emtricitabine et de rilpivirine; toute fabrication ou vente de cette formulation contreviendrait au brevet '475. Même si ce brevet revendiquait cette formulation et que l'avis de conformité approuvait des comprimés contenant du ténofovir, de l'emtricitabine et de la rilpivirine comme ingrédients médicinaux, le brevet '475 a été jugé inadmissible à l'inscription.

[104] Ce résultat ne concorde pas avec l'issue du présent appel, dans lequel le brevet '329 a été jugé admissible à l'inscription parce qu'il revendique la formulation approuvée dans l'avis de conformité délivré à l'égard de Trifexis.

[105] À mon avis, l'issue du présent appel est correcte parce qu'elle est conforme au texte, au contexte et à l'objet des alinéas 4(2)a) et b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement).

[106] Aux termes des alinéas 4(2)a) et b) (reproduits au paragraphe 19 des motifs de mon collègue), un brevet est admissible à l'inscription s'il contient « une revendication de l'ingrédient médicinal » ou « une revendication de la formulation » (non souligné dans l'original) et que l'ingrédient médicinal ou la formulation a été approuvé

compliance. A textual reading of the provisions therefore requires inquiry into what the patent in issue claims.

[107] Patent claims are analogized to “fences” and “boundaries” (*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 14). In this context, the inquiry required by paragraphs 4(2)(a) and (b) of the Regulations into the claims of the patent supports the interpretation that it is not necessary to require a patent to specifically name every medicinal ingredient approved through the issuance of a notice of compliance. If the patent claims the approved medical ingredient there will be a sufficient nexus between the patent and the subject of the notice of compliance to allow the patent to be listed.

[108] The purpose of the Regulations is to regulate the early working exception under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 and to balance patent protection with the early entry of generic drugs. This purpose is not served by denying listing to a patent when the patent claims an innovative and useful medicinal ingredient or formulation and that same medicinal ingredient or formulation has been approved for use through the issuance of a notice of compliance.

par la délivrance d’un avis de conformité. Une lecture textuelle des revendications oblige donc à s’interroger sur ce que le brevet en cause revendique.

[107] Les revendications d’un brevet sont comparées à des « clôtures » et à des « frontières » (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, au paragraphe 14). Dans ce contexte, l’examen des revendications du brevet requis par les alinéas 4(2)a) et b) du Règlement étaye l’interprétation suivant laquelle il n’y a pas lieu d’exiger qu’un brevet nomme expressément chaque ingrédient médicamenteux approuvé par la délivrance d’un avis de conformité. Si le brevet revendique l’ingrédient médicamenteux approuvé, il existera un lien suffisant entre le brevet et l’objet de l’avis de conformité pour autoriser l’inscription.

[108] Le Règlement a pour objet de réglementer l’exception relative aux travaux préalables au titre de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et d’établir un équilibre entre la protection des brevets et l’arrivée rapide de médicaments génériques. On n’atteint pas ces objets lorsqu’on refuse d’inscrire un brevet qui revendique une formulation ou un ingrédient médicamenteux innovateur et utile, et dont l’utilisation a été approuvée par la délivrance d’un avis de conformité.

A-242-13  
2015 FCA 171

A-242-13  
2015 CAF 171

**Apotex Inc. and Apotex Fermentation Inc.**  
(Appellants)

**Apotex Inc. et Apotex Fermentation Inc.**  
(appelantes)

v.

c.

**Merck & Co., Inc. and Merck Canada Inc.**  
(Respondents)

**Merck & Co., Inc. et Merck Canada Inc.** (*intimées*)

**INDEXED AS: MERCK & CO., INC. v. APOTEX INC.**

**RÉPERTORIÉ : MERCK & CO., INC. c. APOTEX INC.**

Federal Court of Appeal, Dawson, Stratas and Boivin JJ.A.—Toronto, January 14 and 15; Ottawa, July 23, 2015.

Cour d’appel fédérale, juges Dawson, Stratas et Boivin, J.C.A.—Toronto, 14 et 15 janvier; Ottawa, 23 juillet 2015.

*Patents — Infringement — Damages — Appeal from Federal Court decision quantifying damages respondent Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) entitled to for infringement of its Canadian Patent No. 1161380 by appellants — Merck & Co.’s patent consisting of product by-process patent for anti-cholesterol drug lovastatin — Patent issued in 1984, expired in January 2001 — Merck Canada Inc. selling lovastatin in Canada since 1988 under licence from Merck & Co. — Apotex Inc. issued notice of compliance to sell generic version of lovastatin — Respondents commencing action against both appellants, alleging patent infringement — Federal Court finding respondents entitled to damages award, plus pre-judgment, post-judgment interest for patent infringement — Rejecting appellants’ argument that availability of non-infringing lovastatin should be considered in assessing damages — Whether Federal Court erring in law by rejecting legal relevance of non-infringing lovastatin when computing damages for patent infringement; if so, whether appellants making out case based on existence of non-infringing lovastatin; whether Court erring in assessing royalty rate applicable to pre-expiry infringing sales; whether Court erring in assessing royalty rate applicable to post-expiry infringing sales; whether Court erring by determining that Merck & Co. having standing to bring claim for damages by virtue of exclusive licence agreement with Merck Canada Inc. — Patent Act, s. 55(1) invoking principle of causation by requiring that damages for infringement arise “by reason of the infringement” — Although Federal Court accepting “but for” legal test for establishing causation, refusing to apply principles of causation to appellants’ actions — Federal Court erring in applying principles of causation, by conflating relevance of non-infringing alternative with availability of non-infringing alternative in fact — While Federal Court should have considered relevance of non-infringing alternatives, appellants not establishing would have produced non-infringing lovastatin*

*Brevets — Contrefaçon — Dommages-intérêts — Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a fixé les dommages-intérêts auxquels l’intimée Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) avait droit pour la contrefaçon par les appelantes de son brevet canadien n° 1161380 — Le brevet de Merck & Co. concerne une revendication de produit par le procédé pour le médicament anti-cholestérol lovastatine — Le brevet a été délivré à Merck & Co. en 1984 et a expiré en janvier 2001 — Merck Canada Inc. vend la lovastatine au Canada depuis 1988 sous licence de Merck & Co. — Apotex Inc. a délivré un avis de conformité pour commercialiser une version générique de la lovastatine — Les intimées ont intenté une action contre les deux appelantes en invoquant la contrefaçon de brevet — La Cour fédérale a conclu que les intimées avaient droit à des dommages-intérêts, plus les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement pour contrefaçon de brevet — La Cour fédérale a rejeté l’argument des appelantes selon lequel l’existence de lovastatine non contrefaite devait entrer en ligne de compte pour l’évaluation des dommages-intérêts — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de droit en rejetant la pertinence juridique de l’existence de lovastatine non contrefaite pour le calcul des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet; dans l’affirmative, si les appelantes ont réussi à démontrer le bien-fondé de leur cause sur le fondement de l’existence de lovastatine non contrefaite; si la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits avant la date d’expiration du brevet; si la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d’expiration du brevet; si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que Merck & Co. avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada Inc. — L’art. 55(1) de la Loi sur les brevets renvoie au principe de*

*in “but for” world — Thus, no basis for interfering with Court’s decision concerning lost profits to be awarded to Merck Canada Inc. regarding pre-expiry tablet replacement sales — Federal Court also not erring in assessing royalty rate applicable to post-expiry infringing sales — Finally, Federal Court not erring by determining that Merck & Co. having standing to bring claim for damages by virtue of exclusive licence agreement with Merck Canada Inc. — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court decision quantifying the damages the respondent Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) was entitled to for the infringement of its patent (Canadian Patent No. 1161380) by the appellants. The principal issue raised on this appeal was whether, when calculating damages for patent infringement, it is relevant to consider the availability of non-infringing alternative products available to the infringer, and whether the damages the infringer is liable for should be reduced accordingly.

The patent at issue herein is a product by-process patent for the anti-cholesterol drug lovastatin. The patent issued to Merck & Co. in 1984 and expired on January 31, 2001. Merck Canada Inc. (Merck Canada) or its corporate predecessor has sold lovastatin in Canada under the trade name MEVACOR since 1988 under licence from Merck & Co. In 1993, Apotex Inc. applied to the Minister of Health for a notice of compliance that would enable it to market a generic version of lovastatin in Canada, alleging that it would not infringe the patent at issue since it would use a process to produce lovastatin that would not fall within the scope of the patent (AFI-4 process). Apotex Inc. was issued a notice of compliance thereafter. In 1997, the respondents commenced an action against both appellants alleging infringement of the patent. The Federal Court found the patent to have been infringed in two respects. First, it found that one batch of lovastatin manufactured in or around November 1996 by Apotex Fermentation Inc. (AFI) was prepared using the patented process. Second, in 1997, the appellants transferred production of

*causalité en exigeant que le dommage subi découle de la contrefaçon — Même si la Cour fédérale a accepté le critère juridique permettant d’établir le lien de causalité qu’est celui de la condition essentielle, elle a néanmoins refusé d’appliquer le principe de la causalité aux actions des appelantes — La Cour fédérale a commis une erreur en appliquant le principe de la causalité en confondant la pertinence du produit de substitution non contrefait et la disponibilité de ce produit dans les faits — Même si la Cour fédérale aurait dû considérer comme pertinente l’existence d’un produit non contrefaisant, les appelantes n’ont pas réussi à prouver qu’elles auraient produit de la lovastatine non contrefaite dans la situation hypothétique — Il n’y avait donc aucune raison de modifier la décision de la Cour fédérale concernant les bénéfices perdus dont Merck Canada Inc. doit être dédomagée à l’égard des ventes antérieures à l’expiration du brevet — La Cour fédérale n’a pas non plus commis d’erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d’expiration du brevet — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que Merck & Co. avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada Inc. — Appel rejeté.*

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a fixé les dommages-intérêts auxquels l’intimée Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) avait droit pour la contrefaçon par les appelantes de son brevet (brevet canadien n° 1161380). La principale question soulevée dans le présent appel était de savoir si, lorsqu’on calcule des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet, il convient de tenir compte du fait que le contrefacteur aurait pu avoir recours à des produits de substitution non contrefaits et si les dommages-intérêts dont il a été jugé coupable devraient être réduits en conséquence.

Le brevet en litige concerne une revendication de produit par le procédé pour le médicament anti-cholestérol lovastatine. Le brevet a été délivré à Merck & Co. en 1984 et a expiré le 31 janvier 2001. Merck Canada Inc. (Merck Canada) ou l’entreprise à laquelle elle a succédé vend la lovastatine au Canada sous le nom commercial de MEVACOR depuis 1988 sous licence de Merck & Co. En 1993, Apotex Inc. a demandé au ministre de la Santé un avis de conformité qui lui permettrait de commercialiser une version générique de la lovastatine au Canada. Elle alléguait qu’elle ne contreferait pas le brevet puisqu’elle emploierait un procédé de production de la lovastatine échappant au champ d’application du brevet (le procédé AFI-4). Un avis de conformité a été délivré à Apotex Inc. En 1997, les intimées ont intenté une action contre les deux appelantes en invoquant la contrefaçon de brevet. La Cour fédérale a estimé que le brevet avait été contrefait à deux égards. Premièrement, elle a jugé qu’aux environs de novembre 1996, un lot de lovastatine fabriqué par Apotex Fermentation Inc. (AFI) a été préparé à l’aide du

lovastatin from AFI to a Chinese joint venture company. This transfer of the patented process and technology to the new company was made on the basis that the lovastatin the appellants purchased from it would be produced exclusively with the AFI-4 process. Nevertheless, the Federal Court found that after March 1998 until around March 2000, close to 300 batches of lovastatin were produced by the new company using the patented process, which infringement the Court considered significant. The Federal Court also found that the respondents were entitled to compensatory damages rather than an accounting of profits. It found that the respondents were entitled to a total damages award of \$119 054 327 plus pre-judgment and post-judgment interest. The Court rejected the argument that the availability of non-infringing lovastatin should be taken into account in assessing damages.

The issues were whether the Federal Court erred in law by rejecting the legal relevance of non-infringing lovastatin when computing damages for patent infringement; if so, whether the appellants made out their case based on the existence of non-infringing lovastatin; whether the Court erred in assessing the royalty rate applicable to pre-expiry infringing sales; whether the Court erred in assessing the royalty rate applicable to post-expiry infringing sales; and whether the Court erred by determining that Merck & Co. had standing to bring a claim for damages by virtue of its exclusive licence agreement with Merck Canada Inc.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Subsection 55(1) of the *Patent Act* is the statutory basis for a claim to damages as a result of patent infringement. It invokes the principle of causation by requiring that damages for infringement arise “by reason of the infringement”. Therefore, the role of causation in the quantification of compensatory damages was discussed. While the “but for” legal test for establishing causation was accepted by the Federal Court, it refused to apply principles of causation to the actions of the appellants, dismissing a fiction that they could have used a non-infringing alternative (but did not) and finding it not to be punitive to compensate the respondents for lost profits where the appellants could have used (but did not use) the non-infringing alternative. The Federal Court erred in applying the principles of causation and by conflating the relevance of the non-infringing alternative with the availability of the non-infringing alternative in fact. Perfect compensation requires consideration of (i) what, if any, non-infringing product the defendant or any other competitors could and would have sold “but for” the infringement and, (ii) the extent

procédé breveté. Deuxièmement, en 1997, les appelantes ont transféré la production de la lovastatine d’AFI à une coentreprise chinoise. Le transfert de la technologie et du procédé brevetés à la nouvelle société a été effectué à la condition que celle-ci vende aux appelantes de la lovastatine exclusivement produite à l’aide du procédé AFI-4. Néanmoins, la Cour fédérale a conclu qu’après mars 1998 et jusqu’à environ mars 2000, la nouvelle société avait produit près de 300 lots de lovastatine à l’aide du procédé breveté, violation que la Cour a estimé importante. La Cour fédérale a également conclu que les intimées avaient droit à des dommages-intérêts compensatoires plutôt qu’à une remise des profits. Elle a conclu que les intimées avaient droit à des dommages-intérêts totaux de 119 054 327 \$, plus les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement. La Cour a rejeté l’argument selon lequel l’existence de lovastatine non contrefaite devait entrer en ligne de compte pour l’évaluation des dommages-intérêts.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur de droit en rejetant la pertinence juridique de l’existence de lovastatine non contrefaite pour le calcul des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet; dans l’affirmative, si les appelantes ont réussi à démontrer le bien-fondé de leur cause sur le fondement de l’existence de lovastatine non contrefaite; si la Cour a commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits avant la date d’expiration du brevet; si la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d’expiration du brevet; si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que Merck & Co. avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada Inc.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

Le fondement légal d’une demande de dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet se trouve au paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets* (la Loi). En prévoyant que le dommage découle de la contrefaçon, la Loi renvoie au principe de causalité. Par conséquent, le rôle de la causalité pour fixer les dommages-intérêts compensatoires a été discuté. Même si la Cour fédérale a accepté le critère juridique permettant d’établir le lien de causalité qu’est celui de la condition essentielle, elle a néanmoins refusé d’appliquer le principe de la causalité aux actions des appelantes, rejetant le scénario fictif selon lequel les appelantes auraient pu recourir à une solution non contrefaisante (à laquelle elle n’a pas en fait recouru) et concluant qu’il n’y avait rien de punitif dans le fait d’indemniser les intimées de leur perte de profits sachant que les appelantes auraient pu recourir (mais ne l’ont pas fait) à une solution non contrefaisante. La Cour fédérale a commis une erreur lors de l’application du principe de la causalité et en confondant la pertinence du produit de substitution non contrefait et la disponibilité de ce produit dans les faits.

lawful competition would have reduced the patentee's sales. Both American case law and the Supreme Court of Canada's decision in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser* supported this analysis. American case law makes it clear that the "but for" causation inquiry requires consideration of non-infringing alternatives. Otherwise, patentees may be over-compensated. Also, while the Federal Court correctly understood that the decision in *Monsanto* did not change the existing law as to how the patentee's lost profits are to be calculated, that decision's significance is that if a court may consider a defendant's resort to a non-infringing alternative when calculating the infringer's profit, there is no reason in principle to ignore such conduct when calculating the patentee's lost sales. Finally, the Federal Court's reliance on policy reasons to support rejection of non-infringing alternatives was dealt with. The decisions relied upon by the Federal Court were not binding. Furthermore, the "compelling", policy reasons for rejecting the legal relevance of non-infringing alternatives did not withstand scrutiny.

The appellants failed to establish that they could have replaced all of their infringing sales with sales of non-infringing lovastatin. They also failed to establish that they would have replaced their infringing sales notwithstanding their manufacturing capacity to produce the non-infringing alternative. This is so, in particular, given the scale of the appellants' infringement, their likely knowledge that the joint venture company was supplying them with infringing lovastatin and their belief that the respondents' patent was invalid. While the Federal Court ought to have considered the relevance of non-infringing alternatives, the appellants did not show that they would have produced non-infringing lovastatin in the "but for" world. It follows that there was no basis for interfering with the Court's decision concerning the lost profits to be awarded to Merck Canada regarding the pre-expiry tablet replacement sales. Nor was it necessary to consider whether the Federal Court erred in assessing the royalty rate that would have been applicable to the sales during the patent term had the relevance of the non-infringing alternative been made out.

As to whether the Federal Court erred in assessing the royalty rate applicable to post-expiry infringing sales, it assessed a reasonable royalty based on the methodology advanced by

L'indemnisation parfaite suppose de tenir compte i) du produit de substitution non contrefait éventuel que le défendeur ou d'autres concurrents auraient pu vendre, et auraient vendu, « n'eût été » la contrefaçon du brevet, ii) de la mesure dans laquelle une concurrence licite aurait réduit les ventes du titulaire du brevet. La jurisprudence américaine et l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser* de la Cour suprême du Canada appuyaient cette analyse. La jurisprudence américaine établit clairement que le lien de causalité fondé sur la condition essentielle suppose l'examen des produits de substitution non contrefaits, faute de quoi les titulaires de brevet pourraient être surindemnisés. En outre, bien que la Cour fédérale ait bien compris que l'arrêt *Monsanto* ne changeait rien au droit actuel concernant le mode de calcul des bénéfices perdus du titulaire du brevet, l'importance de cet arrêt tient au fait que, si un tribunal peut, pour le calcul des profits du contrefacteur, tenir compte du recours à des produits de substitution non contrefaits, il n'y a aucune raison en principe de ne pas en tenir compte lors du calcul des ventes manquées du titulaire du brevet. Enfin, le renvoi de la Cour fédérale aux considérations de politique générale étayant l'approche consistant à ne pas tenir compte de l'existence de produits de substitution non contrefaits a été traité. Aucune de ces décisions ne liait la Cour fédérale. De plus, les considérations d'intérêt général pour rejeter la pertinence juridique de l'existence d'une solution non contrefaisante n'ont pas résisté à l'examen.

Les appelantes n'ont pas démontré qu'elles auraient pu remplacer l'ensemble de leurs ventes de produits contrefaits par des ventes de lovastatine non contrefaite. Les appelantes n'ont pas fait la preuve qu'elles auraient effectivement remplacé leurs ventes de produits contrefaits, malgré leur capacité de fabrication pour produire des comprimés non contrefaits. C'est le cas, en particulier en raison de l'ampleur de la contrefaçon par les appelantes, de la probabilité que les appelantes savaient que la coentreprise les approvisionnait en lovastatine contrefaite et de leur conviction que le brevet des intimées n'était pas valide. Même si la Cour fédérale aurait dû considérer comme pertinente l'existence d'un produit non contrefaisant, les appelantes n'ont pas réussi à prouver qu'elles auraient produit de la lovastatine non contrefaite dans la situation hypothétique. Il s'ensuit qu'il n'y avait aucune raison de modifier la décision de la Cour concernant les bénéfices perdus dont Merck Canada doit être dédommée à l'égard des ventes antérieures à l'expiration du brevet. Il n'était pas non plus nécessaire de chercher à savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en calculant le taux de redevance qui se serait appliqué aux ventes effectuées pendant la durée de vie du brevet si l'existence de produits de substitution non contrefaits avait été établie.

Quant à savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d'expiration du brevet, elle a

the respondents' expert. On appeal, the appellants argued that the Federal Court misapprehended their position, stating that it failed to appreciate that they would simply have purchased "infringing" bulk lovastatin in the open market after patent expiry and not use their improperly stockpiled lovastatin. However, the Federal Court rejected the appellants "throw-away" scenario on the basis that it was not supported by the evidence. This finding of fact was entitled to deference and no palpable and overriding error was demonstrated.

Finally, the Federal Court did not err by determining that Merck & Co., who claimed damages for lost sales because Merck Canada was required to acquire its bulk lovastatin therefrom, had standing to bring a claim for damages by virtue of its exclusive licence agreement with Merck Canada. The Federal Court carefully considered the appellants' argument on this issue and no error in the Court's analysis was shown.

calculé une redevance raisonnable à l'aide de la méthode proposée par l'expert des intimées. En appel, les appelantes ont fait valoir que la Cour fédérale avait mal compris leur position, indiquant qu'elle n'avait pas correctement tenu compte du fait qu'elles auraient simplement acheté de la lovastatine « contrefaite » en vrac sur le marché ouvert après l'expiration du brevet et n'auraient pas utilisé la lovastatine indûment stockée. Cependant, la Cour fédérale a rejeté le scénario de « mise au rebut » des appelantes au motif que cette affirmation n'était pas étayée. Il convenait de faire preuve de retenue à l'égard de cette conclusion de fait, et aucune erreur manifeste et dominante n'a été démontrée.

Enfin, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que Merck & Co., qui a demandé des dommages-intérêts au titre des ventes perdues parce que Merck Canada était tenue de lui acheter sa lovastatine en vrac, avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada. La Cour fédérale a examiné attentivement cet argument sur cette question et aucune erreur dans l'analyse effectuée par la Cour n'a été commise.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

Patents, 35 U.S.C. § 284 (2012).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 55(1), 57(1)(b).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 8.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299, Art. 31.  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1709(10).

#### CASES CITED

NOT FOLLOWED:

*Domco Industries Ltd. v. Armstrong Cork Canada Ltd. et al.* (1983), 76 C.P.R. (2d) 70 (F.C.T.D.), rev'd on other grounds (1986), 10 C.P.R. (3d) 53 (F.C.T.D.); *Jay-Lor International Inc. v. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 FC 358, 59 C.P.R. (4th) 228.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55(1), 57(1)(b).  
 Patents, 35 U.S.C. § 284 (2012).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 8.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1709(10).  
*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299, art. 31.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS NON SUIVIES :

*Domco Industries Ltd. c. Armstrong Cork Canada Ltd. et al.* (1983), 76 C.P.R. (2d) 70 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), inf. pour d'autres motifs (1986), 10 C.P.R. (3d) 53 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jay-Lor International Inc. c. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 CF 358.

## APPLIED:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902; *Advanced Building Systems Pty Ltd v. Ramset Fasteners (Aust) Pty Ltd*, [2001] FCA 1098 (AustLII), (2001), 52 I.P.R. 305.

## CONSIDERED:

*Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.*, 2010 FC 1265, 91 C.P.R. (4th) 1; *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142, (1999), 167 D.L.R. (4th) 577; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Grain Processing Corp. v. American Maize-Products Co.*, 185 F.3d 1341 (Fed. Cir. 1999); *The United Horse Shoe and Nail Company, Limited v. Stewart & Company* (1888), 5 R.P.C. 260 (H.L.).

## REFERRED TO:

*Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, (1990), 107 N.B.R. (2d) 94; *King Instruments Corp. v. Perego*, 65 F.3d 941 (Fed. Cir. 1995); *Rite-Hite Corp. v. Kelley Co. Inc.*, 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995 (en banc)); *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3, (1996), 71 C.P.R. (3d) 26 (C.A.); *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3, (1991), 84 D.L.R. (4th) 291.

## AUTHORS CITED

Cotter, Thomas F. *Comparative Patent Remedies: A Legal and Economic Analysis*. New York: Oxford University Press, 2013.  
Schlicher, John W. *Patent Law: Legal and Economic Principles*. New York: Thomson West, 1997.

APPEAL from a Federal Court decision (2013 FC 751, [2015] 1 F.C.R. 405) quantifying the damages the respondent Merck & Co., Inc. was entitled to for the infringement of its patent (Canadian Patent No. 1161380) by the appellants. Appeal dismissed.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Advanced Building Systems Pty Ltd v. Ramset Fasteners (Aust) Pty Ltd*, [2001] FCA 1098 (AustLII), (2001), 52 I.P.R. 305.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Merck & Co. Inc. c. Apotex Inc.*, 2010 CF 1265; *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Grain Processing Corp. v. American Maize-Products Co.*, 185 F.3d 1341 (Fed. Cir. 1999); *The United Horse Shoe and Nail Company, Limited v. Stewart & Company* (1888), 5 R.P.C. 260 (H.L.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *King Instruments Corp. v. Perego*, 65 F.3d 941 (Fed. Cir. 1995); *Rite-Hite Corp. v. Kelley Co. Inc.*, 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995 (en banc)); *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.); *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3.

## DOCTRINE CITÉE

Cotter, Thomas F. *Comparative Patent Remedies: A Legal and Economic Analysis*. New York : Oxford University Press, 2013.  
Schlicher, John W. *Patent Law : Legal and Economic Principles*. New York : Thomson West, 1997.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2013 CF 751, [2015] 1 R.C.F. 405) qui a fixé les dommages-intérêts auxquels l'intimée Merck & Co., Inc. avait droit pour la contrefaçon par les appelantes de son brevet (brevet canadien n° 1161380). Appel rejeté.

## APPEARANCES

*Andrew Brodtkin, Harry Radomski, Mark Dunn, Jordan D. Scopa and John A. Myers* for appellants.  
*Steven Mason, Andrew J. Reddon, David Tait and Brooke MacKenzie* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Goodmans LLP*, Toronto and *Taylor McCaffrey LLP*, Winnipeg, for appellants.  
*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for respondents.

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

[1] DAWSON J.A.: The principal issue raised on this appeal is whether, when calculating damages for patent infringement, it is relevant to consider the availability of non-infringing alternative products available to the infringer. For the reasons that follow I have concluded that, as a matter of law, the availability of a non-infringing alternative is a relevant consideration. The issue arises in the following context: Apotex has been found liable for patent infringement. On the issue of remedy, Apotex submits that the damages it is liable for should be reduced because it had available a non-infringing product that it could and would have used. On the evidentiary record before us, I disagree. Therefore, I would dismiss the appeal with costs.

I. Factual Background

[2] Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) is the named patentee of Canadian Patent No. 1161380. The patent is a product-by-process patent for the anti-cholesterol drug lovastatin (AFI-1 process). The patent issued to Merck & Co. in 1984 and expired on January 31, 2001. Merck Canada Inc. (Merck Canada) or its corporate predecessor has sold lovastatin in Canada under the trade name MEVACOR since 1988 under licence from Merck & Co.

## ONT COMPARU

*Andrew Brodtkin, Harry Radomski, Mark Dunn, Jordan D. Scopa et John A. Myers* pour les appelantes.  
*Steven Mason, Andrew J. Reddon, David Tait et Brooke MacKenzie* pour les intimées.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Goodmans LLP*, Toronto et *Taylor McCaffrey LLP*, Winnipeg, pour les appelantes.  
*McCarthy Tétrault*, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les intimées.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : La principale question soulevée dans le présent appel est de savoir si, lorsqu'on calcule des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet, il convient de tenir compte du fait que le contrefacteur aurait pu avoir recours à des produits de substitution non contrefaits. Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que la possibilité de recourir à des produits de substitution non contrefaits est une considération juridique pertinente. La question s'inscrit dans le contexte suivant : Apotex a été jugée coupable de contrefaçon de brevet. Pour ce qui est de la réparation, Apotex fait valoir que les dommages-intérêts devraient être réduits parce qu'elle avait accès à un produit de substitution non contrefait qu'elle aurait pu utiliser et qu'elle aurait utilisé. Compte tenu de la preuve, je ne suis pas d'accord. Je suis donc d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

I. Le contexte factuel

[2] Merck & Co., Inc. (Merck & Co.) est titulaire du brevet canadien n° 1161380. Le brevet concerne une revendication de produit par le procédé pour le médicament anti-cholestérol lovastatine (le procédé AFI-1). Le brevet a été délivré à Merck & Co. en 1984 et a expiré le 31 janvier 2001. Merck Canada Inc. (Merck Canada) ou l'entreprise à laquelle elle a succédé vend la lovastatine au Canada sous le nom commercial de MEVACOR depuis 1988 sous licence de Merck & Co.

[3] Merck & Co. and Merck Canada are collectively referred to as Merck or the respondents in these reasons.

[4] In 1993, Apotex Inc. applied to the Minister of Health for a notice of compliance that would enable it to market a generic version of lovastatin in Canada. Apotex alleged it would not infringe the patent because it would use a process to produce lovastatin that would not fall within the scope of the patent (AFI-4 process).

[5] A notice of compliance was issued to Apotex on March 27, 1997.

[6] In 1997, Merck commenced an action against Apotex Inc. and Apotex Fermentation Inc. (AFI) (together the appellants or Apotex) alleging infringement of the patent. After a lengthy trial, a judge of the Federal Court found that the patent was valid and had been infringed (2010 FC 1265, 91 C.P.R. (4th) 1).

[7] Specifically, the Judge found the patent to have been infringed in two respects. First, the Judge found that one batch of lovastatin manufactured in or around November 1996 by AFI in Winnipeg (batch CR0157) was prepared using the patented process. Second, in 1997, Apotex transferred production of lovastatin from AFI in Winnipeg to Qingyuan Blue Treasure Pharmaceutical Co. Ltd. (Blue Treasure), a Chinese joint venture company in which AFI held a 42.5 percent share. The transfer of the AFI-4 process and technology to Blue Treasure was made on the basis that the lovastatin purchased from it by Apotex would be produced exclusively with the AFI-4 process. Notwithstanding, the Judge found that after March 1998 and continuing until around March 2000, 294 batches of lovastatin were produced by Blue Treasure using the patented process.

[8] The Judge characterized this infringement to be significant. Approximately 60 percent of Apotex' sales made between March 1997 and the expiry of the patent were sales of infringing lovastatin. On a volume basis, approximate 71 percent of the total amount of bulk lovastatin supplied to Apotex Inc. by AFI (either directly or through Blue Treasure) was infringing material.

[3] Merck & Co. et Merck Canada sont appelées collectivement Merck ou les intimées dans les présents motifs.

[4] En 1993, Apotex Inc. a demandé au ministre de la Santé un avis de conformité qui lui permettrait de commercialiser une version générique de la lovastatine au Canada. Elle alléguait qu'elle ne contreferait pas le brevet puisqu'elle emploierait un procédé de production de la lovastatine échappant au champ d'application du brevet (le procédé AFI-4).

[5] Un avis de conformité a été délivré à Apotex le 27 mars 1997.

[6] En 1997, Merck a intenté une action contre Apotex Inc. et Apotex Fermentation Inc. (AFI) (les appelantes ou Apotex) en invoquant la contrefaçon de brevet. Après un long procès, une juge de la Cour fédérale a conclu que le brevet était valide et avait été contrefait (2010 CF 1265).

[7] Plus précisément, la juge a estimé que le brevet avait été contrefait à deux égards. Premièrement, aux environs de novembre 1996, un lot de lovastatine a été fabriqué par AFI à Winnipeg (le lot CR0157) à l'aide du procédé breveté. Deuxièmement, en 1997, Apotex a transféré la production de la lovastatine d'AFI (à Winnipeg) à Qingyuan Blue Treasure Pharmaceutical Co. Ltd. (Blue Treasure), coentreprise chinoise dont AFI détenait 42,5 p. 100 des actions. Le transfert de la technologie et du procédé AFI-4 à Blue Treasure a été effectué à la condition que celle-ci vende à Apotex de la lovastatine exclusivement produite à l'aide du procédé AFI-4. La juge a cependant conclu qu'après mars 1998 et jusqu'à environ mars 2000, Blue Treasure a produit 294 lots de lovastatine à l'aide du procédé breveté.

[8] La juge a estimé que cette violation était importante. Environ 60 p. 100 des ventes d'Apotex entre mars 1997 et la date d'expiration du brevet concernaient de la lovastatine contrefaite. En termes de volume, environ 71 p. 100 de la lovastatine fournie en vrac à Apotex Inc. par AFI (directement ou par l'intermédiaire de Blue Treasure) était contrefaite.

[9] The Judge also found that the respondents were entitled to compensatory damages rather than an accounting of profits.

[10] Following the exhaustion of all rights of appeal relating to the liability phase, the Judge embarked on a lengthy inquiry into the quantification of Merck's damages.

[11] Briefly stated, for reasons cited as 2013 FC 751, [2015] 1 F.C.R. 405, the Judge found that Merck was entitled to a total damages award of \$119 054 327, plus pre-judgment and post-judgment interest. The damages were comprised of:

- (i) \$62 925 126 as lost profits of Merck Canada in respect of pre-expiry replacement sales (as defined in the reasons of the Federal Court);
- (ii) \$51 290 364 as lost profits of Merck & Co. in respect of pre-expiry replacement sales;
- (iii) \$2 696 963 based on a reasonable royalty calculation, for post-expiry infringing domestic sales; and
- (iv) \$2 141 874 based on a reasonable royalty calculation, for infringing export sales.

[12] These damages were calculated on the basis that the Judge rejected the argument advanced by Apotex and AFI that the availability of non-infringing lovastatin should be taken into account in assessing damages.

## II. The Issues

[13] In their memorandum of fact and law the appellants asserted that the Judge committed a number of reviewable legal errors, including awarding pre-judgment interest at a rate greater than the bank rate.

[9] La juge a également conclu que les intimées avaient droit à des dommages-intérêts compensatoires plutôt qu'à une remise des profits.

[10] Après l'épuisement de tous les droits d'appel relatifs à l'étape de la responsabilité, la juge s'est attelée à une longue analyse visant à fixer les dommages-intérêts de Merck.

[11] En résumé, pour les motifs exposés dans 2013 CF 751, [2015] 1 R.C.F. 405, la juge a conclu que Merck avait droit à des dommages-intérêts totaux de 119 054 327 \$, plus les intérêts antérieurs et postérieurs au jugement. Les dommages-intérêts se répartissaient comme suit :

- i) 62 925 126 \$ pour la perte de bénéfices de Merck Canada au titre des ventes de remplacement avant l'expiration (terme défini dans les motifs de la Cour fédérale);
- ii) 51 290 364 \$ pour la perte de bénéfices de Merck & Co. au titre des ventes de remplacement avant l'expiration;
- iii) 2 696 963 \$, somme fondée sur le calcul d'une redevance raisonnable au titre des ventes sur le marché intérieur de produits contrefaits après l'expiration du brevet;
- iv) 2 141 874 \$, somme fondée sur le calcul d'une redevance raisonnable au titre des ventes à l'exportation de produits contrefaits.

[12] Le calcul de ces dommages-intérêts tenait compte du fait que la juge a rejeté l'argument, invoqué par Apotex Inc. et AFI, selon lequel l'existence de lovastatine non contrefaite devait entrer en ligne de compte pour l'évaluation des dommages-intérêts.

## II. Les questions

[13] Dans leur mémoire des faits et du droit, les appelantes ont affirmé que la juge avait commis un certain nombre d'erreurs de droit susceptibles de contrôle, notamment en adjugeant des intérêts antérieurs

At the hearing of the appeal the appellants advised that they would not pursue the argument that the Judge erred by awarding pre-judgment interest based on an augmented bank rate. The remaining issues continue to be live.

[14] As set out above, I have concluded that the Judge erred by rejecting the legal relevance of the non-infringing alternative when computing the compensatory patent infringement damages. However, recognizing the legal relevance of the non-infringing alternative process by itself does not assist the appellants. An additional issue must be determined on the evidence: has Apotex made out its case as a matter of fact?

[15] Thus, I would state the issues to be:

- (i) Did the Judge err in law by rejecting the legal relevance of non-infringing lovastatin when computing damages for patent infringement?
- (ii) If the Judge so erred, has Apotex made out its case based upon the existence of non-infringing lovastatin?
- (iii) Did the Judge err in assessing the royalty rate applicable to pre-expiry infringing sales?
- (iv) Did the Judge err in assessing the royalty rate applicable to post-expiry infringing sales?
- (v) Did the Judge err by determining that Merck & Co. had standing to bring a claim for damages by virtue of its exclusive licence agreement with Merck Canada?

au jugement à un taux supérieur au taux d'escompte. À l'audition de l'appel, elles ont fait savoir qu'elles ne donneraient pas suite à cet argument. Les autres questions sont toujours en litige.

[14] Comme je l'ai indiqué précédemment, la juge a, à mon avis, commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'il n'était pas pertinent en droit de tenir compte de l'existence de produits de substitution non contrefaits pour le calcul des dommages-intérêts compensatoires pour contrefaçon de brevet. Le fait de reconnaître la pertinence en droit d'un procédé non contrefaisant n'aide toutefois pas en soi les appelantes. Il convient de régler une question supplémentaire sur le fondement de la preuve : Apotex a-t-elle réussi à démontrer, dans les faits, le bien-fondé de sa cause?

[15] Je formulerais donc les questions en litige comme suit :

- i) La juge a-t-elle commis une erreur de droit en rejetant la pertinence juridique de l'existence de lovastatine non contrefaite pour le calcul des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet?
- ii) Dans l'affirmative, Apotex a-t-elle réussi à démontrer le bien-fondé de sa cause sur le fondement de l'existence de lovastatine non contrefaite?
- iii) La juge a-t-elle commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits avant la date d'expiration du brevet?
- iv) La juge a-t-elle commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d'expiration du brevet?
- v) La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que Merck & Co. avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada?

### III. The Standard of Review

[16] The standard of review applicable to the issues raised in this case are as described by the Supreme Court in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The standard of review to be applied to questions of law is correctness. Findings of fact and inferences of fact are to be reviewed on the basis of palpable and overriding error. Findings of mixed fact and law are to be reviewed on the same deferential standard unless an extricable legal error can be demonstrated, in which event such error is reviewed on the correctness standard.

[17] Where required, the standard of review will be discussed in greater detail in the context of the analysis of each issue asserted by the appellants.

### IV. The Decision of the Federal Court

#### A. *The relevance of non-infringing alternatives*

[18] The Judge dealt with this issue at paragraphs 26 through 121 of her reasons. She began her analysis by briefly setting out the respective positions of the parties.

[19] Merck Canada claimed lost profits in respect of the MEVACOR tablets it would have sold domestically to replace every infringing Apo-lovastatin tablet sold domestically prior to the patent's expiry. The Judge defined these tablets and sales to be the pre-expiry replacement tablets or sales (reasons, at paragraph 11).

[20] The appellants countered by submitting that, except for the tablets that formed part of infringing batch CR0157 prepared in Winnipeg, Merck Canada should only be entitled to a reasonable royalty because it could not show that its damage was sustained "by reason of the infringement" as required by subsection 55(1) of the

### III. La norme de contrôle

[16] La norme de contrôle applicable aux questions soulevées en l'espèce est décrite par la Cour suprême dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. La norme applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte. Les conclusions et inférences de fait doivent être contrôlées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Les conclusions mixtes de fait et de droit doivent être contrôlées selon la même norme déferente, à moins qu'il ne soit possible de faire la preuve de l'existence d'une erreur de droit isolable, auquel cas cette erreur sera contrôlée selon la norme de la décision correcte.

[17] Nous analyserons au besoin plus en détail la norme de contrôle lors de l'examen de chacune des questions soulevées par les appelantes.

### IV. La décision de la Cour fédérale

#### A. *La pertinence de l'existence de produits de substitution non contrefaits*

[18] La juge a analysé cette question aux paragraphes 26 à 121 de ses motifs. Elle a commencé par exposer brièvement les thèses respectives des parties.

[19] Merck Canada réclamait des pertes de bénéfices à l'égard des comprimés de MEVACOR qu'elle aurait vendus sur le marché intérieur en remplacement de chaque comprimé d'Apo-lovastatine vendu sur ce marché avant la date d'expiration du brevet. La juge a décrit ces comprimés et ces ventes comme les comprimés et ventes antérieurs à l'expiration du brevet (paragraphe 11 des motifs).

[20] Les appelantes ont de leur côté fait valoir que, exception faite des comprimés faisant partie du lot de produits contrefaits CR0157 préparés à Winnipeg, Merck Canada ne devrait avoir droit qu'à une redevance raisonnable parce qu'elle n'était pas en mesure de démontrer qu'il y avait un « dommage que cette

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (Act) (reasons, at paragraph 32).

[21] This submission was premised on the basis that, commencing in March 1997, as a result of its AFI-4 process Apotex had available a non-infringing alternative. Apotex submitted that the “but for” causation test should take into account that from the day it received its notice of compliance it had the regulatory approval, capacity and capability to produce all pre-expiry replacement tablets sold in Canada. It followed, in Apotex’ submission, that Merck Canada had not demonstrated that its loss was caused by the wrongful use of its AFI-1 process by Apotex. It further followed that Merck Canada’s loss should be limited to a reasonable royalty on all pre-expiry replacement sales.

[22] Merck responded that Canadian law did not recognize the relevance of non-infringing alternatives.

[23] Having framed the competing positions, the Judge reviewed the general principles applicable to the assessment of damages under subsection 55(1) of the Act (reasons, at paragraph 41).

[24] The Judge then considered the compensatory principle of damages and the burden on Merck Canada to show that, but for the infringement, it would have made the sales in question (reasons, at paragraph 42).

[25] She rejected the appellants’ submission that Merck could not prove that Merck Canada would have sold the pre-expiry replacement tablets in the “but for scenario” because Apotex had access to a non-infringing alternative. In her view, if the appellants had not infringed the patent, Merck Canada would have sold every pre-expiry replacement tablet (reasons, at paragraph 56).

contrefaçon [lui] a fait subir », comme l’exige le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi) (paragraphe 32 des motifs).

[21] Cet argument reposait sur le fait que, dès mars 1997, Apotex avait accès à des produits de substitution non contrefaits en raison de son procédé AFI-4. Apotex a fait valoir que le critère de la condition essentielle, c’est-à-dire la question de savoir si le préjudice n’aurait pas eu lieu « n’eût été » la contrefaçon, suppose que l’on doit tenir compte du fait que, dès réception de l’avis de conformité, Apotex avait le droit et la capacité de produire tous les comprimés de remplacement vendus au Canada avant la date d’expiration du brevet. Il s’ensuivait, selon Apotex, que Merck Canada n’était pas en mesure de démontrer que ses pertes étaient attribuables à l’usage fautif par Apotex de son procédé AFI-1. Il s’ensuivait également que les dommages-intérêts de Merck Canada devaient se limiter à une redevance raisonnable au titre de toutes les ventes avant l’expiration.

[22] Merck a répondu que le droit canadien ne reconnaît pas la pertinence de l’existence de produits de substitution non contrefaits.

[23] Après avoir exposé les thèses opposées, la juge a passé en revue les principes généraux applicables à l’évaluation des dommages-intérêts visés au paragraphe 55(1) de la Loi (paragraphe 41 des motifs).

[24] La juge a ensuite examiné le principe de l’indemnisation au moyen de dommages-intérêts et le fardeau dont Merck Canada devait s’acquitter, à savoir démontrer que, n’eût été la contrefaçon, elle aurait fait les ventes en question (paragraphe 42 des motifs).

[25] Elle a rejeté l’argument des appelantes selon lequel Merck n’était pas en mesure de prouver que Merck Canada aurait vendu des comprimés de remplacement avant l’expiration du brevet n’eût été la contrefaçon parce qu’Apotex avait accès à une solution de rechange non contrefaisante. Selon elle, si les appelantes n’avaient pas contrefait le brevet, Merck Canada aurait réalisé toutes les ventes de remplacement qui ont eu lieu avant l’expiration du brevet (paragraphe 56 des motifs).

[26] The Judge gave four reasons for her conclusion:

- (i) Causation was adequately considered when she concluded that Merck's lost sales were not recoverable when Apotex used the non-infringing AFI-4 process (reasons, at paragraph 52).
- (ii) The appellants' argument conflated causation with the subsequent quantification of damages (reasons, at paragraph 53).
- (iii) Causation in the context of tort law is directed to the original position of the plaintiff. Therefore, Apotex' own hypothetical action was irrelevant (reasons, at paragraph 54).
- (iv) The Judge distinguished *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142 relied upon by Apotex. In her view, the case concerned a breach of confidence and involved equitable principles that were not applicable in the context of damages for patent infringement (reasons, at paragraph 55).

[27] The Judge then reviewed Canadian and British jurisprudence and concluded that the current state of Canadian law was that the existence of a non-infringing alternative was not relevant to an assessment of damages for patent infringement (reasons, at paragraphs 57 to 76).

[28] The Judge went on to reject four arguments advanced by the appellants to support the submission that Canadian law concerning the relevance of non-infringing alternatives had changed or should change:

- (i) In her view, the Supreme Court of Canada did not alter the jurisprudence in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902. At issue there was an accounting of profits. Nothing suggested the principles applicable to an

[26] La juge a fourni quatre motifs à l'appui de sa conclusion :

- i) La question de la causalité a été correctement examinée quand elle a conclu que Merck ne saurait être indemnisée pour les ventes manquées lorsqu'Apotex employait le procédé non contrefaisant AFI-4 (paragraphe 52 des motifs).
- ii) L'argument des appelantes confondait la question de la causalité et la fixation subséquente des dommages-intérêts (paragraphe 53 des motifs).
- iii) En droit de la responsabilité délictuelle, l'analyse de la causalité vise la situation initiale du demandeur. Par conséquent, le comportement hypothétique d'Apotex elle-même n'était pas pertinent (paragraphe 54 des motifs).
- iv) La juge a établi une distinction entre l'affaire dont elle était saisie et l'arrêt *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142, invoqué par Apotex. À son avis, cette dernière affaire concernait un abus de confiance et renvoyait à des principes d'*equity* qui n'étaient pas applicables dans le cas des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet (paragraphe 55 des motifs).

[27] La juge s'est ensuite penchée sur la jurisprudence canadienne et britannique et a conclu que, dans l'état actuel du droit canadien, l'existence de produits de substitution non contrefaits n'est pas pertinente pour l'évaluation des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet (paragraphe 57 à 76 des motifs).

[28] La juge a rejeté quatre arguments avancés par les appelantes à l'appui de l'affirmation selon laquelle le droit canadien relatif à la pertinence de l'existence de produits de substitution non contrefaits avait changé ou devrait changer :

- i) À son avis, la Cour suprême n'a pas modifié la jurisprudence dans l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902. La question en litige était la remise des profits. Rien n'indiquait que les principes applicables à la

- accounting of profits could or should be applied to the assessment of damages (reasons, at paragraphs 77 to 82).
- (ii) While the Judge acknowledged the legal relevance of non-infringing alternatives in American jurisprudence, the American statutory provisions are very different from those of Canada and the United Kingdom (reasons, at paragraphs 91 to 97).
- (iii) Academic writing by Professor Norman Siebrasse was not precedential. Professor Siebrasse merely wished Canadian law recognized the non-infringing alternatives defence. Further, he was acknowledged by Apotex to be the “lone voice in the wilderness” (reasons, at paragraphs 98 to 106).
- (iv) Although non-infringing alternative-type arguments were recognized in the context of the calculation of damages under section 8 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, the approach was not applicable to the calculation of damages under subsection 55(1) of the Act (reasons, at paragraphs 107 to 112).
- [29] Finally, at paragraphs 113 to 120 of her reasons, the Judge gave four policy reasons for rejecting the legal relevance of non-infringing alternatives:
- (i) a patentee would be inadequately compensated;
- (ii) the non-infringing alternative was already taken into account because Merck could not claim lost profits in respect of sales lost to non-infringing Apo-lovastatin;
- (iii) acknowledging the relevance of non-infringing alternatives would create an incentive to infringe; and
- remise des profits pourraient ou devraient s’appliquer à l’évaluation des dommages-intérêts (paragraphes 77 à 82 des motifs).
- ii) La juge a admis que l’existence d’une solution non contrefaisante a une pertinence juridique en droit américain, mais les dispositions légales des États-Unis sont très différentes de celles du Canada et du Royaume-Uni (paragraphes 91 à 97 des motifs).
- iii) Les articles de doctrine du professeur Norman Siebrasse n’ont pas force de précédent. Il n’a fait que souhaiter que le droit canadien reconnaisse le moyen de défense de l’existence de produits de substitution non contrefaits. Par ailleurs, selon l’aveu même d’Apotex, le professeur Siebrasse est une [TRADUCTION] « voix qui prêche dans le désert » (paragraphes 98 à 106 des motifs).
- iv) Les arguments relatifs à l’existence d’une solution non contrefaisante ont été admis dans le cas du calcul des dommages-intérêts en vertu de l’article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, mais cette approche n’est pas applicable au calcul des dommages-intérêts au titre du paragraphe 55(1) de la Loi (paragraphes 107 à 112 des motifs).
- [29] Enfin, aux paragraphes 113 à 120 de ses motifs, la juge fournit quatre raisons de politique générale pour rejeter la pertinence juridique de l’existence de produits de substitution non contrefaits :
- i) Le titulaire du brevet ne serait pas suffisamment indemnisé.
- ii) L’existence d’une solution non contrefaisante est un élément qui a déjà été pris en considération parce que Merck ne pouvait pas réclamer de bénéfices perdus à l’égard des ventes perdues à l’Apo-lovastatine non contrefaite.
- iii) La reconnaissance de la pertinence de l’existence d’une solution non contrefaisante créerait une incitation à la contrefaçon.

(iv) acknowledging the relevance of non-infringing alternatives would be inconsistent with Canada's repeal of the compulsory licensing regime and Canada's international obligations (specifically Article 1709(10) of the *North American Free Trade Agreement [Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2]* and Article 31 of the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights [Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299]*).

*B. The calculation of a reasonable royalty for pre-expiry infringing sales*

[30] The Judge considered that, if she were wrong with respect to the relevance of the non-infringing alternatives, a reasonable royalty should be fixed for all lost domestic sales where Apotex could have competed without infringing the patent—the pre-expiry replacement tablets or sales.

[31] Without calculating a royalty amount, the Judge proposed a framework for the hypothetical negotiation of a lump sum royalty. Such royalty would be between the appellants' maximum willingness to pay (representing the maximum amount that would leave Apotex better off by taking a licence), and the respondents' minimum willingness to accept (below which Merck would not accept an amount for entry) (reasons, at paragraphs 166 to 167).

[32] I have concluded that, while at law a non-infringing alternative is legally relevant, the appellants failed on the evidence to establish they could and would have pursued the non-infringing alternative. Therefore, it is not necessary to consider in any further detail the Judge's reasons on this alternate finding.

(iv) La reconnaissance de la pertinence de l'existence d'une solution non contrefaisante serait incompatible avec le fait que le Canada a mis fin au régime obligatoire de délivrance de licences et serait incompatible avec les obligations internationales du Canada (plus précisément le paragraphe 1709(10) de l'*Accord de libre-échange nord-américain [entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]* et l'article 31 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce [Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299]*).

*B. Le calcul d'une redevance raisonnable pour les ventes de produits contrefaits avant l'expiration du brevet*

[30] La juge a estimé que, si elle avait tort au sujet de la pertinence de l'existence de produits de substitution non contrefaits, il y avait lieu de fixer une redevance raisonnable au titre de toutes les ventes manquées sur le marché intérieur où Apotex aurait pu faire concurrence sans contrefaire le brevet, soit au titre des comprimés et ventes antérieurs à l'expiration du brevet.

[31] Sans calculer le montant de la redevance, la juge a proposé un cadre de négociation hypothétique d'une somme forfaitaire. La redevance se situerait entre la disposition maximale des appelantes à payer (soit le montant maximal pour lequel Apotex aurait intérêt à obtenir une licence) et la disposition minimale des intimées à accepter (en deçà du seuil où Merck n'accepterait pas le montant proposé) (paragraphes 166 et 167 des motifs).

[32] J'ai conclu que bien qu'il soit pertinent en droit de tenir compte de l'existence de produits de substitution non contrefaits, les appelantes n'ont pas réussi à prouver qu'elles auraient pu se prévaloir de cette possibilité ni qu'elles l'auraient fait. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus avant les motifs de la juge à cet égard.

*C. The calculation of a reasonable royalty for post-expiry infringing sales*

[33] During the life of the patent, Apotex stockpiled infringing bulk lovastatin and then sold it in tablet form after the patent expired. The parties and the Judge agreed that the appropriate damages award would be based upon a reasonable royalty in respect of these sales (reasons, at paragraphs 185 to 189).

[34] The Judge assessed a reasonable royalty based on the methodology advanced by Merck's expert. The royalty was calculated by taking the mid-point of the per kilogram cost savings to Apotex by using the infringing process, multiplied by the weight of the infringing lovastatin sold after the patent expired (reasons, at paragraphs 191 and 199).

*D. Lost profits of Merck U.S.*

[35] Merck U.S. claimed damages for lost sales because Merck Canada was required to acquire its bulk lovastatin from it. Apotex argued Merck U.S. was not entitled to any significant damages because in 1992 it entered into an exclusive licence agreement with Merck & Co. In Apotex' view, as a result Merck U.S. was a nominal patentee with no right to "monetize" the patent.

[36] The Judge rejected this submission. In her view, granting an exclusive licence to use the invention did not confer any interest or property in the patent; granting an exclusive licence does not detract from the patentee's ability to claim its own damages if caused by the infringement (reasons, at paragraphs 241 to 244).

[37] Having framed the issues and summarized the approach of the Federal Court to the issues, I turn to consideration of the issues.

*C. Le calcul d'une redevance raisonnable pour les ventes de produits contrefaits après l'expiration du brevet*

[33] Pendant la durée de vie du brevet, Apotex a stocké de la lovastatine contrefaite en vrac, puis l'a vendue sous forme de comprimés après l'expiration du brevet. Les parties et la juge ont estimé que les dommages-intérêts seraient fondés sur une redevance raisonnable au titre de ces ventes (paragraphes 185 à 189 des motifs).

[34] La juge a calculé une redevance raisonnable selon la méthode proposée par l'expert de Merck. La redevance a été calculée en multipliant le montant au milieu de la fourchette des économies estimées réalisées par kilogramme par Apotex grâce à l'usage du procédé de contrefaçon par le poids de la lovastatine contrefaite vendue après l'expiration du brevet (paragraphes 191 et 199 des motifs).

*D. Les bénéfices perdus de Merck É.-U.*

[35] Merck É.-U. a réclamé des dommages-intérêts pour ventes manquées parce que Merck Canada était tenue de lui acheter sa lovastatine en vrac. Apotex a soutenu que Merck É.-U. n'avait droit à aucuns dommages-intérêts importants étant donné qu'elle avait conclu un contrat de licence exclusive avec Merck & Co. en 1992. Merck É.-U. serait donc un titulaire de brevet symbolique sans aucun droit de tirer un bénéfice du brevet.

[36] La juge a rejeté cet argument. Selon elle, l'octroi d'une licence exclusive pour utiliser l'invention ne confère ni intérêt ni droit de propriété à l'égard du brevet et n'interdit pas au titulaire du brevet de réclamer ses propres dommages-intérêts en raison de la contrefaçon du brevet (paragraphes 241 à 244 des motifs).

[37] Maintenant que j'ai formulé les questions et résumé les réponses de la Cour fédérale, je vais analyser les questions en litige.

V. Consideration of the Issues

A. *Did the Judge err in law by rejecting the legal relevance of non-infringing lovastatin when computing damages for patent infringement?*

[38] Patents are said to be creatures of statute (*Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625, at paragraph 45 (Sildenafil); and, *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153 (AZT), at paragraph 37). The statutory basis for a claim to damages as a result of patent infringement is subsection 55(1) of the Act:

**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. [Emphasis added.]

[39] The issue to be resolved on this appeal is whether the requirement that damages be sustained “by reason of the infringement” is, as the Judge found, in some way restricted so that a court is required to disregard legitimate competition from an infringer? In the alternative, is potential legitimate competition from the infringer a legally relevant consideration? This is a question of statutory interpretation subject to review on the correctness standard.

[40] To the extent that the text of subsection 55(1) may be seen to permit either interpretation, in my view any ambiguity is settled when the purpose and the statutory context of the provision are considered.

[41] The purpose of an award of damages is to compensate a patentee (or any entity claiming under the patentee) who has suffered loss as a result of patent infringement. The concept of compensation rejects both under-compensation and over-compensation.

V. Analyse des questions en litige

A. *La juge a-t-elle commis une erreur de droit en rejetant la pertinence juridique de l’existence de lovastatine non contrefaite pour le calcul des dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet?*

[38] On dit que les brevets sont « d’origine législative » (*Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625, au paragraphe 45 (au sujet du sildénafil); voir aussi *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153 [AZT] (au sujet de l’AZT), au paragraphe 37). Le fondement légal d’une demande de dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet se trouve au paragraphe 55(1) de la Loi :

**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. [Je souligne.]

[39] La question à laquelle il faut répondre dans le présent appel est de savoir si l’exigence que le dommage subi découle de la contrefaçon est, comme l’a conclu la juge, de quelque manière limitée, de sorte qu’une cour ne doit pas tenir compte de la concurrence légitime d’un contrefacteur. Subsidièrement, la concurrence légitime potentielle du contrefacteur est-elle un élément d’analyse juridiquement pertinent? Il s’agit d’une question d’interprétation de la loi susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[40] Si le paragraphe 55(1) autorise l’une ou l’autre interprétation, j’estime que toute ambiguïté est réglée une fois que l’objet et le contexte légal de la disposition sont examinés.

[41] L’octroi de dommages-intérêts a pour objet d’indemniser un titulaire de brevet (ou toute personne s’en réclamant) qui a subi des pertes en raison de la contrefaçon du brevet. Le principe de l’indemnisation exclut aussi bien la sous-indemnisation que la surindemnisation.

[42] The Act as a whole is intended to advance research and development, and to encourage broader economic activity (*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 42). The Act coaxes inventive solutions to practical problems into the public domain through the promise of a limited monopoly for a limited period of time (*AZT*, at paragraph 37). At the heart of this bargain with the inventor, and at the heart of the Act, is the concept of balance between the benefit conferred on the public through the disclosure of a new and useful invention, and the benefit conferred on the inventor through the grant of a monopoly. Thus, in the event of infringement, under-compensation of an inventor discourages research and development, and the disclosure of useful inventions. Equally, over-compensation of an inventor chills potential competition to the extent that a potential infringer is uncertain about the scope and validity of a patent. The balance at the heart of the Act requires perfect compensation.

[43] With this in mind, the inquiry must move to which possible interpretation of subsection 55(1) leads to perfect compensation? By requiring that damages for infringement must arise “by reason of the infringement”, the Act invokes the principle of causation. Therefore, it is necessary to understand the role of causation in the quantification of compensatory damages.

[44] The Supreme Court has explained causation to be the expression of the relationship that must be found to exist between the wrongful conduct of the defendant, and the injury to the plaintiff which justifies the payment of compensation to the plaintiff by the defendant (*Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, at page 326). At page 328 of the Supreme Court Reports, the Supreme Court stated that causation need not be determined by scientific precision: it is “essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense”.

[45] The legal test for establishing causation is the “but for” test. A plaintiff must show on a balance of probabilities that “but for” the defendant’s wrongful conduct, the plaintiff would not have suffered loss. This

[42] La Loi dans son ensemble vise à favoriser la recherche et le développement et à encourager l’activité économique en général (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, au paragraphe 42). « C’est un moyen d’encourager les gens à rendre publiques les solutions ingénieuses apportées à des problèmes concrets, en promettant de leur accorder un monopole limité d’une durée limitée » (*AZT*, au paragraphe 37). Au cœur de ce marché avec l’inventeur et au cœur même de la Loi, il y a la notion d’équilibre entre l’avantage qu’en tire la population grâce à la divulgation d’une nouvelle invention utile et l’avantage qu’en tire l’inventeur grâce à l’octroi d’un monopole. Par conséquent, lorsqu’il y a contrefaçon, la sous-indemnisation de l’inventeur aurait pour effet de décourager la recherche et le développement ainsi que la divulgation d’inventions utiles. De la même façon, la surindemnisation de l’inventeur aurait pour effet de décourager la concurrence éventuelle si un contrefacteur éventuel ne serait pas sûr de la portée et de la validité d’un brevet. L’équilibre prévu par la Loi suppose une indemnisation parfaite.

[43] Cela dit, il convient maintenant de s’interroger sur l’interprétation du paragraphe 55(1) qui pourrait donner lieu à une indemnisation parfaite. En prévoyant que le dommage doit découler de la contrefaçon, la Loi renvoie au principe de causalité. Il est donc nécessaire de comprendre le rôle de la causalité pour fixer les dommages-intérêts compensatoires.

[44] La Cour suprême a expliqué que la causalité est l’expression du rapport qui doit être constaté entre l’acte délictueux du défendeur et le préjudice causé au demandeur pour justifier l’indemnisation du demandeur par le défendeur (*Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, à la page 326). À la page 328, la Cour suprême déclare que la causalité n’a pas à être déterminée avec une précision scientifique et qu’il s’agit [TRADUCTION] « essentiellement [d’]une question de fait pratique à laquelle on peut mieux répondre par le bon sens ordinaire ».

[45] Le critère juridique permettant d’établir le lien de causalité est celui de la condition essentielle : le demandeur doit prouver, selon la prépondérance des probabilités, que, « n’eût été » le comportement répréhensible du

is a “factual inquiry” to be established on the evidence. The “but for” test for causation is to be applied in a “robust common sense fashion” (*Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at paragraphs 8 and 9).

[46] These principles are not controversial and were accepted by the Judge (reasons, at paragraph 49). In applying these principles the Judge accepted that if the defendant could prove that a third-party competitor would have been able to capture some sales of lovastatin, the plaintiff would not be entitled to its lost profits, and instead would be limited to a reasonable royalty (reasons, at paragraph 115).

[47] This said, the Judge refused to apply principles of causation to the actions of Apotex, dismissing “a fiction that the defendant could have used a non-infringing alternative (but did not)” [emphasis in original] and finding it not to be “punitive to compensate Merck for lost profits where the Defendants could have (but did not) use the non-infringing alternative” (reasons, at paragraphs 115 and 116). As developed below, in my respectful view, the Judge erred in these passages in her application of the principles of causation. As well, in these passages the Judge erred by conflating the relevance of the non-infringing alternative with the availability of the non-infringing alternative in fact.

[48] The difficulty with the Judge’s approach is that if damages for lost profits are calculated never having regard to an available non-infringing alternative, the patentee will sometimes be better off than it would have been in the absence of infringement. This is so for the following reason. Where a defendant can make and sell a non-infringing alternative, the patent does not confer a complete monopoly on the patent holder. Instead, the patent confers a share of market power upon the patentee. In this circumstance, where, instead of using a non-infringing alternative, a defendant infringes, it is a question of fact whether, “but for” the infringement, the defendant would not have competed with it. The defendant’s lawful competition in the “but for” world may have deprived the patentee of some sales.

défendeur, il n’aurait pas subi de perte. Il s’agit d’une question de fait fondée sur la preuve. Le critère de la condition essentielle doit être appliqué de « manière décisive et logique » (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, aux paragraphes 8 et 9).

[46] Ces principes ne sont pas controversés et ont été acceptés par la juge (paragraphe 49 des motifs). Appliquant ces principes, la juge a accepté que si le défendeur pouvait prouver qu’un tiers concurrent aurait été en mesure de prendre une partie du marché de la lovastatine, le demandeur n’aurait pas droit à une indemnité pour perte de bénéfice, mais simplement à une redevance raisonnable (paragraphe 115 des motifs).

[47] Cela dit, la juge a refusé d’appliquer le principe de la causalité aux actions d’Apotex, rejetant « le scénario fictif selon lequel la défenderesse aurait pu recourir à une solution non contrefaisante (à laquelle elle n’a pas en fait recouru) » [souligné dans l’original] et concluant qu’« il n’y a rien de punitif dans le fait d’indemniser Merck de sa perte de profits sachant que les défenderesses auraient pu recourir (mais ne l’ont pas fait) à une solution non contrefaisante » (paragraphes 115 et 116 des motifs). Comme je l’expliquerai, j’estime que la juge a commis une erreur lors de l’application du principe de la causalité. Elle a également commis une erreur en confondant la pertinence du produit de substitution non contrefait et la disponibilité de ce produit dans les faits.

[48] La difficulté que soulève le raisonnement de la juge est que, si l’on calcule les dommages-intérêts pour la perte de bénéfice sans jamais tenir compte de l’existence de produits de substitution non contrefaits, il peut arriver que le titulaire du brevet se retrouve dans une situation plus intéressante que s’il n’y avait pas eu contrefaçon du brevet. La raison en est la suivante. Lorsqu’un défendeur peut fabriquer et vendre un produit de substitution non contrefait, le brevet ne confère pas de monopole complet au titulaire du brevet : il lui confère plutôt une partie du marché. Dans ces circonstances, si, au lieu d’utiliser un produit de substitution non contrefait, le défendeur viole le brevet, il s’agit de savoir si, « n’eût été » la contrefaçon, le défendeur ne serait pas entré en concurrence avec le titulaire du

[49] Put another way, in cases where, in the “but for” world, the infringer could and would have made and sold a non-infringing alternative, these sales may well reduce the patent owner’s sales. Awarding the patentee full damages for lost profits in every case will, therefore, sometimes over-compensate the patentee.

[50] Perfect compensation requires consideration of: (i) what, if any, non-infringing product the defendant or any other competitors could and would have sold “but for” the infringement; and, (ii) the extent lawful competition would have reduced the patentee’s sales.

[51] I find support for this analysis in American jurisprudence and in the decision of the Supreme Court in *Monsanto*.

[52] American jurisprudence tends to apply the “but for” test in a similar way. Under the American law for damages for patent infringement (35 U.S.C. § 284 (2012)), in order to recover lost profits a patent owner must show causation in fact, establishing that “but for” the infringement, the patentee would have made additional profits (*King Instruments Corp. v. Perego*, 65 F.3d 941 (Fed. Cir. 1995), at page 952). When a patent owner seeks to recover alleged lost profits on lost sales, the patentee has the initial burden to establish a reasonable probability that it would have made the alleged sales “but for” the infringement. Once the patentee establishes this, the burden shifts to the alleged infringer to establish that the patent owner’s “but for” causation claim is unreasonable for some or all of the lost sales (*Rite-Hite Corp. v. Kelley Co. Inc.*, 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995 (en banc)), at pages 1544 and 1545).

[53] The state of American jurisprudence is that if a non-infringing alternative which a defendant could and

brevet. La concurrence licite du défendeur dans cette situation hypothétique pourrait avoir privé le titulaire du brevet de certaines ventes.

[49] Autrement dit, dans les cas où, dans cette situation hypothétique, le contrefacteur aurait pu fabriquer et vendre un produit de substitution non contrefait et l’aurait fait, ces ventes auraient pu en fait réduire celles du titulaire du brevet. L’octroi systématique de dommages-intérêts intégraux au titre de la perte de bénéfices aura donc parfois pour effet de surindemniser le titulaire de brevet.

[50] L’indemnisation parfaite suppose de tenir compte i) du produit de substitution non contrefait éventuel que le défendeur ou d’autres concurrents auraient pu vendre, et auraient vendu, « n’eût été » la contrefaçon du brevet, ii) de la mesure dans laquelle une concurrence licite aurait réduit les ventes du titulaire du brevet.

[51] Je trouve de quoi appuyer cette analyse dans la jurisprudence américaine et dans l’arrêt *Monsanto* de la Cour suprême.

[52] La jurisprudence américaine a tendance à appliquer le critère de la condition essentielle de façon semblable. Selon la législation américaine relative aux dommages-intérêts pour contrefaçon de brevet (35 U.S.C. § 284 (2012)), pour recouvrer les bénéfices perdus, le titulaire d’un brevet doit faire la preuve d’un lien de causalité dans les faits en montrant que, « n’eût été » la contrefaçon, il aurait réalisé plus de profits (*King Instruments Corp. v. Perego*, 65 F.3d 941 (Fed. Cir. 1995), à la page 952). Lorsque le titulaire d’un brevet demande une indemnisation pour les bénéfices perdus en raison de ventes manquées, il doit s’acquitter du fardeau initial de prouver la probabilité raisonnable qu’il aurait effectué les ventes « n’eût été » la contrefaçon. Cela fait, le fardeau de la preuve bascule du côté du contrefacteur présumé, qui doit prouver que le lien de causalité n’est pas raisonnable à l’égard de certaines ou de l’ensemble des ventes manquées (*Rite-Hite Corp. v. Kelley Co. Inc.*, 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995 (en banc)), aux pages 1544 et 1545).

[53] Selon la jurisprudence américaine actuelle, si un produit de substitution non contrefait auquel le

would have resorted, but for the infringement, is as good as the patented invention, and would have replaced all infringing sales, the infringement causes the patentee to suffer no damage.

[54] In *Grain Processing Corp. v. American Maize-Products Co.*, 185 F.3d 1341 (Fed. Cir. 1999), at pages 1350 and 1351, Judge Rader (as he then was), writing for the Court, explained the two principal rationales for taking into account the availability of a non-infringing alternative.

[55] First, a patentee claiming damages is required to reconstruct the market to project economic results that did not occur. This is a hypothetical enterprise. To “prevent the hypothetical from lapsing into pure speculation” courts require sound economic proof of the nature of the market and the likely outcomes with infringement factored out of the economic picture. Within this framework, patentees are permitted to present market reconstruction theories showing all of the ways in which they would have been better off in the “but for” world. A fair and accurate reconstruction of the “but for” world must also take into account relevant, alternative actions an infringer foreseeably could and would have undertaken had he not infringed.

[56] Second, only by comparing the patented invention to non-infringing alternatives can a court discern the market value of the patent owner’s exclusive right, and therefore his expected profit or reward. Judge Rader quoted with approval from John W. Schlicher, *Patent Law: Legal and Economic Principles* (New York: Thomson West, 1997) to the effect that “unless the law wishes to systemically overreward patented inventions, it is necessary to inquire about the nature and value of the product that the infringer could have made had he not infringed”.

[57] Thus, American jurisprudence is clearly to the effect that the “but for” causation inquiry requires

défendeur aurait pu avoir recours et aurait eu recours, n’eût été la contrefaçon, est aussi bon que le produit breveté et qu’il aurait permis de remplacer toutes les ventes des produits contrefaits, la contrefaçon n’entraîne pas de préjudice pour le titulaire du brevet.

[54] Dans la décision *Grain Processing Corp. v. American Maize-Products Co.*, 185 F.3d 1341 (Fed. Cir. 1999), aux pages 1350 et 1351, le juge Rader (tel était alors son titre), se prononçant pour la Cour, a expliqué les deux principales raisons de tenir compte de l’existence d’un produit de substitution non contrefait.

[55] Premièrement, le titulaire d’un brevet qui demande à être indemnisé est tenu de décrire le marché hypothétique pour projeter des résultats économiques qui n’ont pas eu lieu. Il s’agit d’une entreprise hypothétique. Pour [TRADUCTION] « éviter que l’hypothèse devienne pure spéculation », les tribunaux exigent de solides preuves économiques de la nature du marché et des résultats probables compte non tenu de la contrefaçon. C’est dans ce cadre que le titulaire d’un brevet est autorisé à proposer des reconstitutions théoriques du marché susceptibles de prouver toutes les façons dont il s’en serait mieux sorti dans cette situation hypothétique. Une reconstitution équitable et exacte de cette situation doit aussi tenir compte des autres mesures pertinentes que le contrefacteur aurait pu logiquement prendre ou aurait prises s’il n’avait pas contrefait le brevet.

[56] Deuxièmement, ce n’est qu’en comparant l’invention brevetée et les produits de substitution non contrefaits qu’un tribunal peut se faire une idée de la valeur marchande du droit exclusif du titulaire d’un brevet et, par conséquent, ce qu’il peut en espérer en termes de bénéfices ou d’avantages. Le juge Rader a cité en l’approuvant John W. Schlicher, auteur de l’ouvrage *Patent Law : Legal and Economic Principles* (New York : Thomson West, 1997), pour affirmer que [TRADUCTION] « à moins que la législation vise à avantager systématiquement et excessivement les titulaires d’inventions brevetées, il faut s’interroger sur la nature et la valeur du produit que le contrefacteur aurait pu produire s’il n’avait contrefait le brevet ».

[57] Il est donc clair que, selon la jurisprudence américaine, le lien de causalité fondé sur la condition

consideration of non-infringing alternatives. Otherwise, patentees may be over-compensated.

[58] Before considering *Monsanto*, by way of context I note that the ordinary monetary remedies available for patent infringement are damages and an accounting of profits. While the Act does not explicitly provide for an accounting of profits, it references this remedy in paragraph 57(1)(b) which allows a court, in an action for infringement, to make an order “for and respecting inspection or account”. The jurisprudence makes clear that this remedy exists as an alternative to damages.

[59] In *Monsanto*, the patentee sued the defendant for patent infringement and sought an accounting of the defendant’s profits. In its analysis of the remedy claim, citing *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3 (C.A.), the Supreme Court noted that it was settled law that a patentee is only entitled to that portion of the infringer’s profit that was causally attributable to the invention. The Court went on to explain that the preferred method of calculating an accounting of profits is the “differential profit” approach. This requires a comparison between the infringer’s real world profit and what his profit would have been had he not infringed (*Monsanto*, at paragraphs 101 to 105).

[60] The Judge correctly understood that *Monsanto* did not change the existing law as to how the patentee’s lost profits are to be calculated. However, the significance of *Monsanto* is that if a court may consider a defendant’s resort to a non-infringing alternative when calculating the infringer’s profit, there is no reason in principle to ignore such conduct when calculating the patentee’s lost sales. This is particularly so where (Thomas F. Cotter, *Comparative Patent Remedies: A Legal and Economic Analysis* (New York: Oxford University Press, 2013), at pages 189 and 190):

The problem with computing lost profits without considering the availability of noninfringing alternatives is that ... this practice renders the patentee *better off* than

essentielle suppose l’examen des produits de substitution non contrefaits, faute de quoi les titulaires de brevet pourraient être surindemnisés.

[58] Avant d’examiner l’affaire *Monsanto*, je rappelle, pour situer l’affaire, que les recours pécuniaires habituels pour contrefaçon de brevet sont les dommages-intérêts et la remise des profits. La Loi ne prévoit pas explicitement la remise des profits, mais elle y renvoie à l’alinéa 57(1)b), qui autorise le tribunal, dans une poursuite pour contrefaçon, à rendre une ordonnance « pour les fins et à l’égard de l’inspection ou du règlement de comptes ». La jurisprudence indique clairement qu’on peut demander ce recours plutôt que des dommages-intérêts.

[59] Dans l’affaire *Monsanto*, le titulaire du brevet poursuivait le défendeur pour contrefaçon de brevet et voulait obtenir une remise des profits. Analysant la demande de réparation et citant l’arrêt *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3 (C.A.), la Cour suprême a rappelé qu’il était bien établi en droit que le titulaire d’un brevet n’a droit qu’à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur qui a un lien de causalité avec l’invention. La Cour suprême a ensuite expliqué que la méthode privilégiée de calcul des profits est celle du « profit différentiel », qui requiert une comparaison entre les profits réels du contrefacteur et ce que ces profits auraient été s’il n’avait pas contrefait le brevet (*Monsanto*, aux paragraphes 101 à 105).

[60] La juge a bien compris que l’arrêt *Monsanto* ne changeait rien au droit actuel concernant le mode de calcul des bénéfices perdus du titulaire du brevet. Toutefois, l’importance de l’arrêt *Monsanto* tient au fait que, si un tribunal peut, pour le calcul des profits du contrefacteur, tenir compte du recours à des produits de substitution non contrefaits, il n’y a aucune raison en principe de ne pas en tenir compte lors du calcul des ventes manquées du titulaire du brevet, notamment lorsque (Thomas F. Cotter, *Comparative Patent Remedies : A Legal and Economic Analysis*, New York : Oxford University Press, 2013, aux pages 189 et 190) :

[TRADUCTION] Le problème que soulève le calcul des pro-fits perdus sans tenir compte de l’existence de produits de substitution non contrefaits est que [...] le

she would have been in the absence of infringement. (Analogously, ignoring noninfringing substitutes when calculating defendant's profits renders defendants worse off than they would have been, but for the infringement.) [Emphasis in the original.]

[61] Before leaving this issue I wish to deal with the Judge's reliance upon *The United Horse Shoe and Nail Company, Limited v. Stewart & Company* (1888), 5 R.P.C. 260 (H.L.), and the policy reasons the Judge found to support rejection of non-infringing alternatives.

[62] In *United Horse Shoe*, the House of Lords held that a non-infringing alternative is always irrelevant. This decision has been subsequently followed by courts in the United Kingdom and some Commonwealth jurisdictions.

[63] It is fair to say that the House of Lords rejected non-infringing alternatives for policy reasons. No Law Lord conducted a causation analysis, and the reasons of each Law Lord reflect the Court's opprobrium of the infringer's conduct. To illustrate, the Lord Chancellor wrote that "[e]very sale of goods manufactured, without license, by patent machinery, is and must be treated as an illegal transaction in a question with the patentee" (*United Horse Shoe*, at page 267).

[64] *United Horse Shoe* has a narrow foothold in Canadian law. Counsel were able to refer us to only two cases that have referred to the decision: *Domco Industries Ltd. v. Armstrong Cork Canada Ltd. et al.* (1983), 76 C.P.R. (2d) 70 (F.C.T.D.), at page 73, reversed on other grounds (1986), 10 C.P.R. (3d) 53 (F.C.T.D.); and, *Jay-Lor International Inc. v. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 FC 358, 59 C.P.R. (4th) 228, at paragraph 116.

[65] *Domco* was a reference for the recovery of damages incurred as a result of patent infringement. The Prothonotary rejected the relevance of a non-infringing alternative. The Prothonotary did not provide any detailed analysis, stating the argument "is irrelevant in the

titulaire du brevet s'en tire mieux que s'il n'y avait pas eu contrefaçon. (De la même façon, si l'on ne tient pas compte des produits de substitution non contrefaits lors du calcul des profits du défendeur, celui-ci se retrouve dans une situation pire que s'il n'y avait pas eu contrefaçon.) [Souligné dans l'original.]

[61] Avant de clore cette question, je tiens à revenir sur le renvoi de la juge à l'arrêt *The United Horse Shoe and Nail Company, Limited v. Stewart & Company* (1888), 5 R.P.C. 260 (H.L.), et sur les considérations de politique générale qui, selon elle, étayaient l'approche consistant à ne pas tenir compte de l'existence de produits de substitution non contrefaits.

[62] Dans l'arrêt *United Horse Shoe*, la Chambre des lords a jugé que l'existence de produits de substitution non contrefaits n'était jamais pertinente. Cette décision a été par la suite suivie par les tribunaux du Royaume-Uni et de certains pays du Commonwealth.

[63] Il est juste de dire que la Chambre des lords a rejeté l'approche consistant à tenir compte de l'existence de produits de substitution non contrefaits pour des considérations de politique générale. Aucun lord juge n'a procédé à une analyse du lien de causalité, et les motifs de chacun d'eux traduisent l'opprobre jeté par la Cour sur le comportement du contrefacteur. Par exemple, le lord chancelier a écrit que [TRADUCTION] « toute vente de biens fabriqués, sans licence, par un appareil faisant l'objet d'un brevet est et doit être traitée comme une opération illicite à l'égard du titulaire du brevet » (*United Horse Shoe*, à la page 267).

[64] L'arrêt *United Horse Shoe* a peu d'emprise en droit canadien. Les avocats n'ont pu recenser que deux causes où il a été cité : *Domco Industries Ltd. c. Armstrong Cork Canada Ltd. et al.* (1983), 76 C.P.R. (2d) 70 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 73, inf. pour d'autres motifs (1986), 10 C.P.R. (3d) 53 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Jay-Lor International Inc. c. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 CF 358, au paragraphe 116.

[65] La décision *Domco* était un renvoi sur le recouvrement de pertes subies en raison de la contrefaçon du brevet. Dans cette affaire, le protonotaire a jugé non pertinente l'existence d'une solution non contrefaisante. Il n'a pas fourni d'analyse détaillée, mais a déclaré que

light of what actually happened, and tends to obfuscate the main issue of the continued infringement by the defendant” (*Domco*, [at paragraph 106 (QL)], C.P.R., at page 91).

[66] On appeal, Justice Collier affirmed the rejection of the relevance of a non-infringing alternative. The Judge applied *United Horse Shoe* with little analysis.

[67] In *Jay-Lor*, at paragraph 116, the Judge cited *United Horse Shoe* with approval in an *obiter* discussion of general principles.

[68] Neither of these decisions are binding on this Court, and I decline to follow them. In my view, they do not accord with the requirement in subsection 55(1) of the Act that the damages be sustained “by reason of the infringement.”

[69] The Judge cited four, what she characterized to be “compelling”, policy reasons for rejecting the legal relevance of non-infringing alternatives (reasons, at paragraphs 113 to 120). The first and second reasons were that a patentee would be inadequately compensated and, moreover, the availability of a non-infringing alternative was already taken into account in the liability phase of the trial, when the Judge found that some of Apotex’ lovastatin was made using the non-infringing process.

[70] In my view, these concerns do not withstand scrutiny. As explained above, taking into account a non-infringing alternative that could and would be available perfectly compensates a patentee. Determining which sales were non-infringing is not relevant to the assessment of the damage that resulted from the infringement.

[71] The third policy ground cited by the Judge for not taking a non-infringing alternative into account was that to do so would create an incentive to infringe. In my view, the availability of other remedies at law,

l’argument [TRADUCTION] « n’est d’aucune pertinence considérant ce qui s’est effectivement produit et tend de plus à masquer la question réelle, soit la contrefaçon continue commise par la défenderesse » (*Domco*, au paragraphe 106 (QL), à la page 91 (C.P.R.)).

[66] En appel, le juge Collier a confirmé l’approche selon laquelle l’existence d’une solution non contrefaisante n’est pas pertinente. Il a appliqué l’arrêt *United Horse Shoe* avec peu d’analyse.

[67] Dans la décision *Jay-Lor*, au paragraphe 116, le juge a cité l’arrêt *United Horse Shoe* en l’approuvant dans des remarques incidentes au sujet de principes généraux.

[68] Aucune de ces décisions ne lie la Cour, et je refuse de les suivre. J’estime qu’elles ne répondent pas à l’exigence du paragraphe 55(1) de la Loi, à savoir que le contrefacteur est responsable du dommage « que cette contrefaçon [...] a fait subir ».

[69] La juge a invoqué quatre considérations d’intérêt général pour rejeter la pertinence juridique de l’existence d’une solution non contrefaisante (paragraphes 113 à 120 des motifs). Les deux premières sont que le titulaire du brevet ne serait pas suffisamment indemnisé et que l’existence de produits de substitution non contrefaits avait déjà été prise en compte à l’étape du procès sur l’établissement de la responsabilité, lorsque la juge avait conclu qu’une partie de la lovastatine d’Apotex avait été fabriquée selon un procédé qui ne contrefaisait pas le brevet.

[70] Selon moi, ces préoccupations ne résistent pas à l’examen. Comme je l’ai déjà expliqué, la prise en compte de l’existence de produits de substitution non contrefaits qui étaient ou auraient pu être disponibles suffit à compenser pleinement le titulaire du brevet. Le calcul des ventes de produits non contrefaits n’a rien à voir avec l’évaluation du préjudice découlant de la contrefaçon.

[71] La troisième considération mentionnée par la juge est que le fait de tenir compte de l’existence de produits de substitution non contrefaits reviendrait à inciter à la contrefaçon. J’estime que la disponibilité

such as elevated costs, injunctive relief for the remaining duration of the patent, an accounting of the infringer's profits, and punitive damages (see, for example, *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, 449 N.R. 111) counterbalance any incentive to infringe.

[72] The final policy ground cited by the Judge was that legal recognition of non-infringing alternatives would violate Canada's international obligation to eliminate compulsory licensing for patented pharmaceutical inventions. However, reasonable royalty damages are only equivalent to granting a compulsory licence if there is no non-infringing alternative. In such a case, the infringer would obtain the full benefit of the invention without fully compensating a patentee who would not have willingly licenced the patent. However, where a non-infringing alternative exists, nothing prevents the infringer from using the non-infringing alternative and the patentee could not complain that legitimate competition from the infringer was akin to the infringer acquiring a compulsory licence. Restoring the patentee to this notional position is not equivalent to granting a compulsory licence. Moreover, following a finding of infringement, there will normally be a permanent injunction. The patentee is fully compensated for the infringement and further infringement is punishable by contempt of court.

B. *Has Apotex established the relevance of a non-infringing alternative based upon the existence of non-infringing lovastatin?*

[73] When considering the effect of legitimate competition from a defendant marketing a non-infringing alternative, a court is required to consider at least the following questions of fact:

d'autres réparations, comme l'imposition de dépens élevés, une injonction pour le reste de la durée de vie du brevet, la remise des profits du contrefacteur et les dommages-intérêts punitifs (voir, par exemple, *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219), fait contrepoids à l'éventualité d'un incitatif à la contrefaçon.

[72] La dernière considération d'intérêt général invoquée par la juge est le fait que la reconnaissance juridique de l'existence d'une solution non contrefaisante serait contraire à l'obligation internationale du Canada d'éliminer le système de licence obligatoire pour les inventions pharmaceutiques brevetées. Par contre, le versement d'une redevance raisonnable à titre de dommages-intérêts n'est l'équivalent de l'octroi d'une licence obligatoire que s'il n'existe pas de produits de substitution non contrefaits. Dans ce cas, le contrefacteur obtiendrait tous les avantages de l'invention sans avoir à indemniser intégralement un titulaire de brevet qui ne lui aurait pas accordé de licence de son propre gré. Cependant, lorsqu'il existe des produits de substitution non contrefaits, rien n'empêche le contrefacteur de les utiliser, et le titulaire du brevet ne peut prétendre que la concurrence légitime de la part du contrefacteur est équivalente à l'acquisition d'une licence obligatoire par le contrefacteur. Le fait de rétablir le titulaire du brevet à cette position théorique n'est pas l'équivalent de l'octroi d'une licence obligatoire. De plus, après une conclusion de contrefaçon, les tribunaux accordent habituellement une injonction permanente. Le titulaire du brevet est intégralement indemnisé, et toute contrefaçon ultérieure est passible de sanctions pour outrage au tribunal.

B. *Apotex a-t-elle fait la preuve de la pertinence de l'existence d'une solution non contrefaisante en raison de l'existence de la lovastatine non contrefaite?*

[73] Toute cour invitée à examiner les effets d'une concurrence légitime par un défendeur commercialisant un produit de substitution non contrefait est tenue de se poser au moins les questions de fait suivantes :

- |   |   |
|---|---|
| (i) Is the alleged non-infringing alternative a true substitute and thus a real alternative?  | i) Le produit non contrefaisant proposé offre-t-il un véritable produit de substitution et donc un véritable choix?   |
| (ii) Is the alleged non-infringing alternative a true alternative in the sense of being economically viable?  | ii) Le produit non contrefaisant proposé constitue-t-il un véritable choix, en ce sens qu'il est économiquement viable?   |
| (iii) At the time of infringement, does the infringer have a sufficient supply of the non-infringing alternative to replace the non-infringing sales? Another way of framing this inquiry is <u>could</u> the infringer have sold the non-infringing alternative? | iii) Au moment de la contrefaçon, le contrefacteur avait-il une réserve suffisante du produit de substitution non contrefait pour remplacer les ventes de produits non contrefaits? Autrement dit, le contrefacteur aurait-il <u>pu</u> vendre le produit de substitution non contrefait? |
| (iv) <u>Would</u> the infringer actually have sold the non-infringing alternative?  | iv) Le contrefacteur <u>aurait-il</u> effectivement vendu le produit de substitution non contrefait?  |

[74] As a matter of principle, the burden lies on the defendant to establish the factual relevance of a non-infringing alternative on a balance of probabilities. Indeed, Apotex acknowledged in oral argument that it bears the persuasive burden, on a balance of probabilities, to prove that it would have used the non-infringing alternative. This is consistent with jurisprudence such as *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3.

[74] Selon les principes généraux, c'est au défendeur qu'incombe la responsabilité de prouver, selon la prépondérance des probabilités, la pertinence factuelle de l'existence d'un produit non contrefaisant. En fait, Apotex a reconnu, dans son argumentation orale, qu'il lui fallait convaincre le tribunal, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle aurait utilisé le produit de substitution non contrefait. Voilà qui est conforme à la jurisprudence, par exemple dans l'arrêt *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3.

[75] Before turning to consider the state of the evidence, it is necessary to deal with the Judge's findings, at paragraphs 34 to 37 of her reasons, that:

[75] Avant d'examiner l'état de la preuve, il convient de revenir sur les conclusions de la juge aux paragraphes 34 à 37 de ses motifs, à savoir :

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• It was more likely than not that the defendants would have made and sold non-infringing Apolovastatin tablets in place of the infringing tablets.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Selon toute vraisemblance, les défenderesses auraient fabriqué et vendu des comprimés d'Apo-lovastatine non contrefaits à la place des comprimés contrefaits.</li> </ul> |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Apotex' non-infringing alternative was available in fact.</li> </ul>   | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Apotex avait effectivement accès au produit de substitution non contrefait.</li> </ul>   |

[76] These findings were made solely on the basis of one paragraph of an agreement in writing made between the parties prior to the trial, which the Judge referred to as the "Streamlining Agreement". At paragraph 19, the parties agreed that:

[76] Ces conclusions s'appuyaient uniquement sur un paragraphe de l'entente écrite signée par les parties avant le procès, que la juge a appelée l'« accord de rationalisation ». Au paragraphe 19, les parties se sont entendues sur ce qui suit :

The Defendants had the resources and capacity to manufacture and sell non-infringing lovastatin tablets formulated using lovastatin API made using the AFI-4 process at the AFI plant in Winnipeg in sufficient quantities to meet market demand for lovastatin tablets upon receipt of Apotex's NOC on March 26, 1997 and at all times thereafter through actual amounts of lovastatin API made at AFI's Winnipeg Facility and amounts delivered to AFI by Qingyuan Blue Treasure Pharmaceuticals Co. Ltd., as found at the liability trial, and through replacing all infringing sales of Apo-lovastatin tablets under any of the following four scenarios:

...

For greater certainty, this agreement does not affect or limit the Plaintiffs from arguing or leading evidence that uncertainty existed regarding the ability of the Defendants to meet the market demand for lovastatin with non-infringing lovastatin tablets formulated using lovastatin API made using the AFI-4 process at the AFI plant in Winnipeg.

[77] I agree with the Judge that the parties agreed that from the time Apotex received its notice of compliance, and at all relevant times thereafter, the defendants had the capacity to manufacture and sell non-infringing lovastatin in sufficient quantities. However, as Apotex conceded in oral argument, the Streamlining Agreement did not address the question of what would have happened in the "but for" world. The Judge erred by jumping from a statement as to manufacturing capacity to conclusions as to what Apotex could and would do in the "but for" world.

[78] In my view, based on the evidence adduced at trial, Apotex failed to meet its burden to show that, notwithstanding its manufacturing capacity, it could and would have sold non-infringing lovastatin in place of infringing lovastatin.

[79] Dealing first with whether Apotex could have sold non-infringing lovastatin, Merck argues that the alleged alternative must have been actually available to replace Apotex' infringing sales as they were made.

[TRADUCTION] Les défenderesses avaient les moyens et la capacité de fabriquer et de vendre des comprimés de lovastatine non contrefaits à partir de l'ingrédient actif lovastatine fabriqué à l'aide du procédé AFI-4 à l'usine d'AFI à Winnipeg en quantité suffisante pour répondre à la demande du marché dès réception de l'avis de conformité délivré à Apotex le 26 mars 1997, et en tout temps par la suite grâce à la quantité réelle de l'ingrédient actif lovastatine fabriqué à l'usine d'AFI à Winnipeg et à la quantité livrée à AFI par Qingyuan Blue Treasure Pharmaceuticals Co. Ltd., comme on l'a conclu au procès relatif à la responsabilité, en remplaçant toutes les ventes de comprimés d'Apo-lovastatine contrefaits selon l'un ou l'autre des quatre scénarios suivants :

[...]

Il est entendu que le présent accord n'empêche aucunement les demanderesse de faire valoir ou de présenter des éléments de preuve visant à démontrer qu'il n'était pas certain que les défenderesses auraient été en mesure de répondre à la demande du marché pour la lovastatine avec des comprimés de lovastatine non contrefaisants en utilisant l'ingrédient actif lovastatine fabriqué à l'aide du procédé AFI-4 à l'usine d'AFI à Winnipeg.

[77] Je suis d'accord avec la juge que les parties se sont entendues pour dire que, dès la réception de l'avis de conformité par Apotex et en tout temps par la suite, les défenderesses ont eu la capacité de fabriquer et de vendre de la lovastatine non contrefaite en quantité suffisante. Toutefois, comme l'a concédé Apotex dans son argumentation orale, l'accord de rationalisation n'abordait pas la question de ce qui se serait passé « n'eût été » la contrefaçon. La juge a commis une erreur en tirant des conclusions, à partir de cette déclaration sur la capacité, au sujet de ce qu'Apotex aurait pu faire ou aurait fait n'eût été la contrefaçon.

[78] Compte tenu des éléments de preuve produits au procès, je suis d'avis qu'Apotex ne s'est pas acquittée de son obligation de démontrer, indépendamment de sa capacité de fabrication, qu'elle aurait pu vendre et aurait vendu de la lovastatine non contrefaite à la place de la lovastatine contrefaite.

[79] Au sujet de la question de savoir si Apotex aurait pu vendre de la lovastatine non contrefaite, Merck fait valoir que le produit de substitution aurait dû effectivement être disponible pour remplacer les

Otherwise, Merck, not Apotex, would have replaced those sales. I believe this submission to be correct both in fact and in law. In *Advanced Building Systems Pty Ltd v. Ramset Fasteners (Aust) Pty Ltd*, [2001] FCA 1098 (AustLII), (2001), 52 I.P.R. 305, the Federal Court of Australia rejected the relevance of a non-infringing alternative, but held that if it was legally relevant, it could only apply “if at the moment of infringement ... there is available on the market instantaneously the appropriate substitute” [at paragraph 124] in the reconstructed market. I agree.

[80] Before leaving *Advanced Building Systems*, I note the Judge there observed that Australia authorities do not adopt the “but for” approach to causation, instead applying a “common sense approach” (*Advanced Building Systems*, at paragraph 124).

[81] Merck further argues that Apotex did not have any non-infringing lovastatin available to replace the infringing sales. In this regard, infringing sales of Blue Treasure lovastatin began in October, 1998 and non-infringing sales ended in February, 1999. In the Streamlining Agreement the parties agreed that Apotex would have run out of stock of non-infringing lovastatin on October 28, 1998.

[82] As Merck also argues, to create replacement tablets of non-infringing lovastatin, Apotex would have had to re-activate the lovastatin fermentation operations at the AFI facility. This would have required Apotex to: ferment non-infringing lovastatin; ship commercial grade lovastatin to Toronto; and formulate it into tablets. This would have taken at least three weeks, because at least eleven days was required for fermentation and Dr. Sherman testified that would take between one and two weeks to make tablets from bulk. On this basis, at the time each infringing sale was made, Apotex could not have replaced that sale with non-infringing lovastatin.

ventes contrefaisantes effectuées au jour le jour par Apotex. Sinon, c’est Merck, et non Apotex, qui aurait remplacé ces ventes. Je crois que cet argument est valable en fait et en droit. Dans la décision *Advanced Building Systems Pty Ltd v. Ramset Fasteners (Aust) Pty Ltd*, [2001] FCA 1098 (AustLII), (2001), 52 I.P.R. 305, la Cour fédérale d’Australie a rejeté la pertinence de l’existence de produits de substitution non contrefaits, mais elle a jugé que, si cette preuve était pertinente, elle n’était valable que [TRADUCTION] « si, au moment de la contrefaçon [...] le produit de substitution approprié était disponible immédiatement » [au paragraphe 124] dans le marché hypothétique. Je suis d’accord.

[80] Avant de passer à autre chose, je tiens à rappeler que le juge a, dans cette affaire, fait remarquer que le droit australien n’adopte pas le critère de savoir si le préjudice n’aurait pas eu lieu « n’eût été » l’acte fautif et applique plutôt [TRADUCTION] « une approche fondée sur le bon sens » (*Advanced Building Systems*, au paragraphe 124).

[81] Merck ajoute qu’Apotex ne disposait pas de lovastatine non contrefaite pour remplacer les ventes de produits contrefaits. À cet égard, les ventes de produits contrefaits de Blue Treasure ont commencé en octobre 1998, et les ventes de produits non contrefaits ont pris fin en février 1999. Dans l’accord de rationalisation, les parties se sont entendues sur le fait qu’Apotex aurait manqué de réserves de lovastatine non contrefaite le 28 octobre 1998.

[82] Comme le fait valoir également Merck, pour fabriquer des comprimés de lovastatine non contrefaite, il aurait fallu qu’Apotex réactive les activités de fermentation à l’usine d’AFI. Il lui aurait donc fallu procéder à la fermentation de lovastatine non contrefaite, expédier de la lovastatine de qualité commerciale à Toronto et la transformer en comprimés. Cela aurait pris au moins trois semaines, parce qu’il faut au moins onze jours pour la fermentation, et M. Sherman a témoigné qu’il faut d’une à deux semaines pour fabriquer des comprimés à partir du produit en vrac. Par conséquent, lors des ventes de produits contrefaits, Apotex n’était pas en mesure de les remplacer par des ventes de lovastatine non contrefaite.

[83] At the hearing of the appeal, Apotex argued in reply that its non-infringing alternative was available to it at the time it sold infringing tablets of Blue Treasure lovastatin. It relied upon evidence at pages 554 and 557 of the appeal book to argue that since there were 61.91 kg of non-infringing lovastatin that Apotex sold in July 1998, this lovastatin was available to replace its infringing sales.

[84] This argument cannot be accepted for the following reasons.

[85] First, the amount of non-infringing lovastatin sold during any period is irrelevant to the issue of Apotex' remaining supply of non-infringing lovastatin. The fact Apotex sold 61.91 kg of non-infringing lovastatin in July 1998 has no bearing on whether it had any more non-infringing lovastatin available to replace infringing sales beginning in October 1998 or later.

[86] Second, July 1998 is the wrong point in time for considering whether there was any remaining non-infringing lovastatin available to replace infringing sales. Leaving aside the agreement of the parties that Apotex would exhaust its supply of non-infringing lovastatin on October 28, 1998, the relevant time frame is the period during which Apotex sold both infringing and non-infringing lovastatin. Based on the data referred to by Apotex, between October 1998, when infringing sales began, and February 1999 when non-infringing sales ended, Apotex sold 60.88 kg of non-infringing lovastatin. In January 1999, Apotex sold 0.49 kg of non-infringing lovastatin and after January 1999, sales of non-infringing lovastatin effectively stopped. The inference to be drawn is that by October, 1998, Apotex had at most 60.88 kg of non-infringing lovastatin available to displace infringing sales. By November 1998, based on its sales, Apotex had at most 29.89 kg of non-infringing lovastatin available. In December 1998, Apotex had at most 5.17 kg of non-infringing lovastatin. And in January 1999, Apotex had only 0.49 kg of non-infringing lovastatin. If Apotex had the entire 60.88 kg of non-infringing lovastatin available in October 1998,

[83] À l'audition de l'appel, Apotex a répondu que des produits de substitution non contrefaits étaient disponibles au moment où elle a vendu des comprimés de lovastatine contrefaits fabriqués par Blue Treasure. Elle a renvoyé aux pages 554 et 557 du dossier d'appel pour faire valoir que, puisqu'elle avait vendu 61,91 kg de lovastatine non contrefaite en juillet 1998, cela prouvait que cette lovastatine était disponible pour remplacer les ventes de produits contrefaits.

[84] Cet argument n'est pas recevable pour les raisons suivantes.

[85] Premièrement, la quantité de lovastatine non contrefaite vendue au cours d'une période quelconque n'a rien à voir avec la question des réserves de lovastatine non contrefaite d'Apotex. Le fait qu'Apotex ait vendu 61,91 kg de lovastatine non contrefaite en juillet 1998 n'a rien à voir avec la question de savoir si elle avait encore de la lovastatine non contrefaite pour remplacer les ventes de produits contrefaits en octobre 1998 ou ultérieurement.

[86] Deuxièmement, ce n'est pas la situation en juillet 1998 qu'il faut examiner pour savoir s'il restait de la lovastatine non contrefaite pour remplacer les ventes de produits contrefaits. Si l'on fait abstraction de l'entente des parties selon laquelle Apotex aurait épuisé ses réserves de lovastatine non contrefaite le 28 octobre 1998, la période de référence applicable est celle au cours de laquelle Apotex a vendu à la fois de la lovastatine contrefaite et de la lovastatine non contrefaite. Selon les données auxquelles renvoie Apotex, entre octobre 1998, soit le début des ventes de produits contrefaits, et février 1999, soit la fin des ventes de produits non contrefaits, Apotex a vendu 60,88 kg de lovastatine non contrefaite. En janvier 1999, Apotex a vendu 0,49 kg de lovastatine non contrefaite, et, après janvier 1999, les ventes de lovastatine non contrefaite ont cessé. On peut donc déduire qu'Apotex disposait, en octobre 1998, tout au plus de 60,88 kg de lovastatine non contrefaite pour remplacer les ventes de produits contrefaits. En novembre 1998, selon les données sur ses ventes, Apotex disposait tout au plus de 29,89 kg de lovastatine non contrefaite. En décembre 1998, elle disposait tout au plus de 5,17 kg de lovastatine non contrefaite. Enfin,

and used all of it to replace infringing sales as they occurred, Apotex' entire supply of non-infringing lovastatin would have been exhausted by mid-November 1998. Whether Apotex could have restocked with non-infringing tablets by December 1998 is a fact that was not proved in evidence.

[87] Finally, all of Apotex' non-infringing lovastatin supply was sold in the real world. The parties agreed, in paragraph 22 of the Streamlining Agreement, that the size of the lovastatin market in both the "but for" world and the real world was the same. As Merck argues, had Apotex diverted any non-infringing tablets to displace infringing sales in the "but for" world, Merck would have captured the diverted non-infringing sales.

[88] I, therefore, conclude that Apotex has failed to establish that it could have replaced all of its infringing sales with sales of non-infringing lovastatin.

[89] While this is dispositive of the appeal on this issue, I also find that Apotex failed to establish that it would have replaced its infringing sales. I reach this conclusion on the following basis.

[90] First, as Apotex conceded in oral argument:

- The real world informs our construction of the "but for" world.
- Conduct in the real world is "very important" to what would have happened in the "but for" world.
- Findings of fact from the liability decision are relevant to constructing the "but for" world.
- "Brazen" infringement in the real world makes it very difficult to prove that the defendant would

en janvier 1999, elle n'en avait plus que 0,49 kg. Si Apotex disposait de 60,88 kg de lovastatine non contrefaite en octobre 1998 et avait utilisé toute cette quantité pour remplacer les ventes de produits contrefaits, toute sa réserve de lovastatine non contrefaite aurait été épuisée dès la mi-novembre 1998. La question de savoir si Apotex aurait pu se réapprovisionner en comprimés non contrefaits dès décembre 1998 ne trouve aucune réponse dans le dossier de preuve.

[87] Enfin, dans le monde réel, toute la réserve de lovastatine non contrefaite d'Apotex a été vendue. Au paragraphe 22 de l'accord de rationalisation, les parties se sont entendues pour dire que la taille du marché de la lovastatine était la même dans la situation hypothétique et dans le monde réel. Comme le fait valoir Merck, si Apotex avait utilisé des comprimés non contrefaits pour remplacer les ventes de produits contrefaits dans la situation hypothétique, Merck se serait emparée des ventes de produits de substitution non contrefaits.

[88] Par conséquent, je conclus qu'Apotex n'a pas démontré qu'elle aurait pu remplacer l'ensemble de ses ventes de produits contrefaits par des ventes de lovastatine non contrefaite.

[89] Cela règle l'appel à cet égard, mais je conclus également qu'Apotex n'a pas fait la preuve qu'elle aurait effectivement remplacé ses ventes de produits contrefaits, et ce, pour les raisons suivantes.

[90] Premièrement, comme Apotex l'a concédé dans son argumentation orale :

- Le monde réel est à la base de la construction de la situation hypothétique.
- Le comportement dans le monde réel est « très important » au regard de ce qui se serait passé dans la situation hypothétique.
- Les conclusions de fait découlant du jugement sur la responsabilité sont pertinentes pour la construction de la situation hypothétique.
- Lorsque la contrefaçon est « flagrante » dans le monde réel, il devient très difficile de prouver

have deployed the non-infringing alternative in the “but for” world.

[91] In the liability phase, the Judge found, at paragraph 309 of her reasons (reported at 2010 FC 1265), that if Blue Treasure had been using the non-infringing process to ferment lovastatin, it would have lost significant amounts of money for each kilogram of product it shipped to AFI. However, Apotex knew that once Blue Treasure began to use the allegedly non-infringing process it became profitable. The inference to be drawn is that Apotex knew Blue Treasure was in fact using the infringing process; yet Apotex used that bulk product to prepare and sell its lovastatin tablets.

[92] In this circumstance it is relevant to note that from January 1, 1997 to January 1, 2001 Apotex believed Merck’s patent was invalid.

[93] Apotex’ evidence falls far short of demonstrating that it would have sold the non-infringing product when one considers: the scale of Apotex’ infringement; its likely knowledge that Blue Treasure was supplying it with infringing lovastatin; its belief the Merck patent was invalid; its failure to call a witness from AFI to support its contention that, had it known the product was infringing, it would have resurrected operations at AFI in Winnipeg; and the fact the Judge found that the testimony of Apotex’ only fact witness was, albeit not on this point, unsubstantiated and self-serving.

[94] Even accepting that the parties agreed in the Streamlining Agreement that Apotex had capacity to make the non-infringing lovastatin and that Apotex would have made an accounting profit by producing the non-infringing tablets, Apotex has not established that it would have pursued that alternative in the “but for” world. Specifically, Apotex did not point to evidence that demonstrated the profits that it would have made through the non-infringing alternative would have been greater than value lost in any of the identified scenarios (for example, the research and development activities foregone by repurposing the Winnipeg facility). As such,

que le défendeur aurait eu recours au produit de substitution non contrefait dans la situation hypothétique.

[91] À l’étape de l’établissement de la responsabilité, la juge a conclu, au paragraphe 309 de ses motifs (2010 CF 1265), que, si Blue Treasure avait utilisé le procédé de fermentation de la lovastatine non contrefait, elle aurait perdu beaucoup d’argent pour chaque kilogramme de produit expédié à AFI. Cela dit, Apotex savait que, dès que Blue Treasure s’est mise à utiliser le procédé censément non contrefait, elle est devenue rentable. On peut donc en déduire qu’Apotex savait que Blue Treasure se servait en fait du procédé contrefait et qu’elle n’en a pas moins utilisé le produit en vrac pour fabriquer et vendre ses comprimés de lovastatine.

[92] Il convient également de signaler que, du 1<sup>er</sup> janvier 1997 au 1<sup>er</sup> janvier 2001, Apotex croyait que le brevet de Merck n’était pas valide.

[93] Apotex n’a pas réussi à prouver qu’elle aurait vendu de la lovastatine non contrefaite lorsqu’on considère les éléments suivants : l’ampleur de la contrefaçon; la probabilité qu’Apotex savait que Blue Treasure l’approvisionnait en lovastatine contrefaite; sa conviction que le brevet de Merck n’était pas valide; son omission d’appeler un témoin d’AFI à la barre pour confirmer que, si elle avait su que le produit était contrefait, elle aurait relancé les activités à l’usine d’AFI de Winnipeg; enfin, le fait que la juge a conclu que les déclarations du seul témoin des faits produit par Apotex étaient, quoiqu’à d’autres égards, sans fondement et intéressées.

[94] Même si l’on accepte le fait que les parties se sont entendues pour dire dans l’accord de rationalisation qu’Apotex avait la capacité de fabriquer de la lovastatine non contrefaite et que l’entreprise aurait réalisé des profits en produisant des comprimés non contrefaits, il reste qu’Apotex n’a pas prouvé qu’elle aurait opté pour cette solution dans la situation hypothétique. Plus précisément, Apotex n’a rien produit qui puisse faire la preuve que les profits qu’elle aurait réalisés dans ce cas auraient été supérieurs aux pertes associées aux autres scénarios envisagés (par exemple, les activités de recherche et de développement perdues en raison de la

notwithstanding whether it had the capacity to produce the non-infringing alternative, Apotex has not satisfied its persuasive burden to demonstrate on the facts that it would have produced the non-infringing lovastatin.

[95] To conclude on this point, while in my view, the Judge ought to have considered the relevance of non-infringing alternatives, Apotex has not shown it would have produced non-infringing lovastatin in the “but for” world. It follows that there is no basis for interfering with the Judge’s decision concerning the lost profits to be awarded to Merck Canada in respect of pre-expiry tablet replacement sales. It further follows that it is not necessary to consider whether the Judge erred in assessing the royalty rate that would have been applicable to the sales during the patent term had the relevance of the non-infringing alternative been made out.

*C. Did the Judge err in assessing the royalty rate applicable to post-expiry infringing sales?*

[96] As noted above, during the life of the patent, Apotex stockpiled infringing bulk lovastatin and then sold it in tablet form after the patent expired. The parties and the Judge agreed that the appropriate damages award in respect of those sales would be based upon a reasonable royalty.

[97] The Judge assessed a reasonable royalty based on the methodology advanced by Merck’s expert. The royalty was calculated by taking the midpoint of the per kilogram cost savings to Apotex by using the infringing process, multiplied by the weight of the infringing lovastatin sold after the patent expired.

[98] At trial, Apotex proposed a *de minimis* royalty rate of 1 percent on post-expiry sales. The Judge rejected Apotex’ proposal in paragraphs 192 to 198 of her reasons [2013 FC 751].

réorientation de l’usine de Winnipeg). Ainsi, peu importe la question de savoir si elle avait la capacité de fabriquer le produit non contrefait, Apotex ne s’est pas acquittée de son fardeau de démontrer, dans les faits, qu’elle aurait produit de la lovastatine non contrefaite.

[95] Pour conclure à cet égard, je suis d’avis que la juge aurait dû considérer comme pertinente l’existence d’un produit non contrefaisant, mais qu’Apotex n’a pas réussi à prouver qu’elle aurait produit de la lovastatine non contrefaite dans la situation hypothétique. Il s’ensuit qu’il n’y a aucune raison de modifier la décision de la juge concernant les bénéfices perdus dont Merck Canada doit être dédommée à l’égard des ventes antérieures à l’expiration du brevet. Il s’ensuit également qu’il n’est pas nécessaire de chercher à savoir si la juge a commis une erreur en calculant le taux de redevance qui se serait appliqué aux ventes effectuées pendant la durée de vie du brevet si l’existence de produits de substitution non contrefaits avait été établie.

*C. La juge a-t-elle commis une erreur en déterminant le taux de redevance applicable aux ventes de produits contrefaits après la date d’expiration du brevet?*

[96] Comme on vient de le voir, pendant la durée de vie du brevet, Apotex a stocké de la lovastatine contrefaite en vrac, puis l’a vendue sous forme de comprimés après la date d’expiration du brevet. Les parties et la juge s’entendaient pour dire que les dommages-intérêts à l’égard de ces ventes devraient être fondés sur une redevance raisonnable.

[97] La juge a calculé une redevance raisonnable à l’aide de la méthode proposée par l’expert de Merck. La redevance a été calculée en multipliant le montant au milieu de la fourchette des économies estimées réalisées par kilogramme par Apotex grâce à l’usage du procédé contrefaisant par le poids de la lovastatine contrefaite vendue après l’expiration du brevet.

[98] Au procès, Apotex a proposé un taux de redevance *de minimis* de 1 p. 100 sur les ventes effectuées après l’expiration du brevet. La juge a rejeté la proposition aux paragraphes 192 à 198 de ses motifs [2013 CF 751].

[99] On appeal, Apotex argues that the Judge misapprehended its position, stating that she failed to appreciate that it would simply have purchased “infringing” bulk lovastatin in the open market after patent expiry, and not use its improperly stockpiled lovastatin. However, the Judge rejected Apotex’ ““throw-away”” scenario on the basis it was unsupported by the evidence. This finding of fact is entitled to deference, and no palpable and overriding error has been demonstrated.

*D. Did the Judge err by determining that Merck & Co. had standing to bring a claim for damages by virtue of its exclusive licence agreement with Merck Canada?*

[100] As explained above, Merck U.S. claimed damages for lost sales because Merck Canada was required to acquire its bulk lovastatin from it. At trial, Apotex argued Merck U.S. was not entitled to any significant damages because in 1992 it entered into an exclusive licence agreement with Merck & Co. In Apotex’ view, as a result Merck U.S. was a nominal patentee with no right to “monetize” the patent.

[101] On appeal Apotex again argues that since Merck U.S. had no right to earn revenue from the patent, it also had no right to an award of damages.

[102] The Judge carefully considered this argument at paragraphs 239 to 246 of her reasons. Apotex has failed to show any error in the Judge’s analysis.

## VI. Conclusion

[103] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

STRATAS J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

[99] En appel, Apotex a fait valoir que la juge avait mal compris sa position : elle n’avait pas correctement tenu compte du fait qu’Apotex aurait simplement acheté de la lovastatine « contrefaite » en vrac sur le marché ouvert après l’expiration du brevet et n’aurait pas utilisé la lovastatine indûment stockée. La juge a toutefois rejeté le scénario de « “mise au rebut” » au motif que cette affirmation n’était pas étayée. Il convient de faire preuve de retenue à l’égard de cette conclusion de fait, et aucune erreur manifeste et dominante n’a été démontrée.

*D. La juge a-t-elle commis une erreur en concluant que Merck & Co. avait qualité pour faire une demande de dommages-intérêts en vertu de son contrat de licence exclusive avec Merck Canada?*

[100] Comme je l’ai déjà expliqué, Merck É.-U. a demandé des dommages-intérêts au titre des ventes perdues parce que Merck Canada était tenue de lui acheter sa lovastatine en vrac. Au procès, Apotex a déclaré que Merck É.-U. n’avait pas droit à des dommages-intérêts substantiels parce qu’elle avait conclu un contrat de licence exclusive avec Merck & Co. en 1992. Selon Apotex, Merck É.-U. était donc un titulaire de brevet symbolique sans aucun droit de tirer un bénéfice du brevet.

[101] En appel, Apotex a de nouveau fait valoir que, comme Merck É.-U. n’avait pas le droit de tirer de recettes du brevet, elle n’avait pas non plus le droit de réclamer des dommages-intérêts.

[102] La juge a examiné attentivement cet argument aux paragraphes 239 à 246 de ses motifs. Apotex n’a pas réussi à démontrer que l’analyse effectuée par la juge comportait des erreurs.

## VI. Conclusion

[103] Pour ces motifs, je rejeterais l’appel avec dépens.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d’accord.

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : Je suis d’accord.

T-1736-14  
2015 FC 1082

T-1736-14  
2015 CF 1082

**Virginia Hillis and Gwendolyn Louise Deegan**  
(*Plaintiffs*)

**Virginia Hillis et Gwendolyn Louise Deegan**  
(*demandereses*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada and the Minister of National Revenue** (*Defendants*)

**Le procureur général du Canada et le ministre du Revenu national** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: HILLIS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : HILLIS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Martineau J.—Vancouver, August 4 and 5; Ottawa, September 16, 2015.

Cour fédérale, juge Martineau—Vancouver, 4 et 5 août; Ottawa, 16 septembre 2015.

*Income Tax — Tax treaties — Exchange of information — Motion for summary judgment seeking declaration that Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act (Implementation Act), Income Tax Act (ITA) ss. 263-269 (collectively, impugned provisions) ultra vires or inoperative because unconstitutional or otherwise infringing Canadian Charter of Rights and Freedoms — Plaintiffs also seeking permanent prohibitive injunction preventing collection, disclosure of taxpayer information to U.S. — Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance Through Enhanced Exchange of Information Under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital (Intergovernmental Agreement or IGA), requiring Canada, U.S. to collect account holder information at reporting financial institutions — Due diligence procedures requiring financial institutions to search records for account holders that are U.S. persons, as defined in IGA — Plaintiffs, Canadian citizens also having U.S. person status, asserting, inter alia, that collection, disclosure of taxpayer information to U.S. contrary to provisions of Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital, being Schedule I of the Canada-United States Tax Convention Act, 1984, (Canada-U.S. Tax Treaty), ITA s. 241; that Crown prohibited from providing taxpayer information; that account holder information not meeting “may be relevant” standard — Whether information exchanged under IGA “foreseeably relevant”; whether impugned provisions ultra vires — Impugned provisions not ultra vires or inoperative — Plaintiffs misreading IGA, Canada-U.S. Tax Treaty — Authority to exchange information obtained pursuant to IGA deriving from Canada-U.S. Tax Treaty, Art. XXVII — Exceptions under s. 241(4) to prohibition from disclosing taxpayer information applicable to impugned provisions, IGA — Words, intent of IGA explicit, clear — IGA having force of law in Canada — ITA, ss. 266-269 compulsory — Compliance*

*Impôt sur le revenu — Traités fiscaux — Échange de renseignements — Requête en jugement sommaire en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que la Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux (la Loi de mise en œuvre de l’AIG) et les art. 263 à 269 de la Loi de l’impôt sur le revenu (la LIR) (collectivement, les dispositions contestées) sont ultra vires ou inopérants, parce qu’ils sont inconstitutionnels ou qu’ils portent indûment atteinte par ailleurs à des droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés — Les demandereses ont également sollicité une injonction prohibitive permanente empêchant la collecte et la communication aux États-Unis de renseignements fiscaux — L’Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune (l’Accord intergouvernemental ou l’AIG) exige du Canada et des États-Unis qu’ils recueillent des renseignements sur les titulaires de comptes ouverts auprès d’une institution financière déclarante — Les procédures de diligence raisonnable que suivent les institutions financières obligent ces dernières à chercher dans leurs dossiers de compte des indications que le titulaire d’un compte est une personne des États-Unis, selon la définition de l’AIG — Les demandereses, des citoyennes canadiennes qui ont également le statut de personne des États-Unis, ont affirmé, entre autres, que la collecte et la communication des renseignements seraient contraires aux dispositions de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune [qui constitue l’annexe I de la Loi de 1984 sur la Convention Canada–États-Unis en matière d’impôts] (la Convention fiscale Canada–États-Unis) ou à l’art. 241 de la LIR; qu’il est généralement interdit à l’État de fournir à quiconque des renseignements relatifs à un contribuable; les renseignements de cette nature ne répondent pas aux critères*

*under Canada-U.S. Tax Treaty supposing all U.S. persons, including plaintiffs, will file required tax reports, declare taxable income — Collection, disclosure under IGA meeting standard of “may be relevant” under Art. XXVII, language of Art. XXVII, overall legal, factual context — Unreasonable to interpret Intergovernmental Agreement in a way rendering it impossible to perform — Exchange of information not amounting to providing assistance in collection, not captured under Canada-U.S. Tax Treaty, Art. XXVI A — Motion dismissed.*

*des renseignements « pertinents » — Il s’agissait de savoir si les renseignements échangés dans le cadre de l’AIG sont « pertinents de manière prévisible » et si les dispositions contestées sont ultra vires — Les dispositions contestées ne sont pas ultra vires ou inopérantes — Les demanderesse ont interprété erronément l’AIG et la Convention fiscale Canada-États-Unis — Le pouvoir d’échanger automatiquement, chaque année, les renseignements que le Canada obtient conformément aux modalités de l’AIG découle bel et bien de l’art. XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis — Les exceptions que crée l’art. 241(4) à l’égard de l’interdiction de communiquer des renseignements relatifs à un contribuable s’appliquent aux dispositions contestées et à l’AIG — Les termes de l’AIG sont explicites et l’intention est claire — L’AIG a force de loi au Canada — Les art. 266 à 269 de la LIR sont obligatoires — Aux termes de la Convention fiscale Canada-États-Unis, l’observation des règles fiscales suppose que toutes les personnes des États-Unis, y compris les demanderesse, produiront les déclarations d’impôt requises et déclareront leurs revenus imposables — La collecte et la communication que vise l’AIG satisfont aux critères des renseignements « pertinents » dont il est question à l’art. XXVII, du libellé de l’art. XXVII et du contexte juridique et factuel général — Il est déraisonnable d’interpréter un accord intergouvernemental d’une manière qui le rend presque impossible à appliquer — L’échange de renseignements n’équivaut pas à prêter assistance sur le plan de la perception et cette mesure ne tombe donc pas sous le coup de l’art. XXVI A de la Convention fiscale Canada-États-Unis — Requête rejetée.*

This was a motion for summary judgment seeking a declaration that the *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* (Implementation Act) and sections 263 to 269 of the *Income Tax Act* (ITA) (collectively, the impugned provisions) are *ultra vires* or inoperative because they are unconstitutional or otherwise infringe the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The plaintiffs also sought a permanent prohibitive injunction preventing the collection and disclosure of taxpayer information to the U.S.

Il s’agissait d’une requête en jugement sommaire en vue d’obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Loi de mise en œuvre de l’Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* (la Loi de mise en œuvre de l’AIG) et les articles 263 à 269 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la LIR) (collectivement, les dispositions contestées) sont *ultra vires* ou inopérants, parce qu’ils sont inconstitutionnels ou qu’ils portent indûment atteinte par ailleurs à des droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les demanderesse ont également sollicité une injonction prohibitive permanente empêchant la collecte et la communication aux États-Unis de renseignements fiscaux.

The *Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance Through Enhanced Exchange of Information Under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* (Intergovernmental Agreement or IGA), set out in Schedule 3 of the Implementation Act, requires the governments of Canada and the U.S. to collect account holder information about reportable accounts at both Canadian and U.S. reporting financial institutions. Pursuant to sections 263 to 269 (Part XVIII) of the ITA, Canadian financial institutions must implement due diligence procedures outlined in Annex I

L’*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* (l’Accord intergouvernemental ou l’AIG), énoncé à l’annexe 3 de la Loi de mise en œuvre de l’AIG, exige du Canada et des États-Unis qu’ils recueillent des renseignements sur les titulaires de comptes ouverts auprès d’une institution financière déclarante. Conformément aux articles 263 à 269 (partie XVIII) de la LIR, certaines institutions financières canadiennes ont

of the IGA in order to identify U.S. reportable accounts for the purposes of the IGA. The due diligence procedures followed by Canadian financial institutions require them to search their account records for indications that the account holder is a “U.S. person”, as defined in the IGA.

The plaintiffs, who possess dual citizenship and have recognized that they are “U.S. persons”, asserted, *inter alia*, that the automatic collection and disclosure of any taxpayer information to the U.S. as required by the impugned provisions would be contrary to the provisions of the *Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, (Canada-U.S. Tax Treaty) and/or to section 241 of the ITA. The plaintiffs also submitted that under section 241 of the ITA, Crown servants and other officials or representatives of government agencies are generally prohibited from knowingly providing or allowing to be provided any taxpayer information to any person. While subsection 241(4) creates exceptions to this rule, the plaintiffs argued that the impugned provisions and the IGA are not a tax treaty or listed agreement within the definition of subsection 241(4), and therefore do not fall within these exceptions. Alternatively, even if the IGA did fall within the exception provided by section 241, the exchange of account holder information cannot occur pursuant to Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty because such taxpayer information does not meet the “may be relevant” standard. As a result, such an exchange would still violate section 241 of the ITA.

At issue was whether the information exchanged under the IGA is “foreseeably relevant” and whether the impugned provisions were *ultra vires*.

*Held*, the motion should be dismissed.

The impugned provisions were not held to be *ultra vires* or inoperative. The plaintiffs misread the IGA and the Canada-U.S. Tax Treaty in a way that frustrates the intention of the parties. It is manifest that the authority to exchange automatically on an annual basis the information obtained by Canada pursuant to the terms of the IGA derives from Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty, which does not expressly prohibit such disclosure. The provisions of the IGA are clear. The IGA has force of law in Canada. Sections 266 to 269 of the ITA are compulsory. While all information exchanged is

l’obligation de mettre en œuvre les procédures de diligence raisonnable qui sont énoncées à l’annexe I de l’AIG, de manière à identifier les comptes déclarables des États-Unis pour les besoins de l’AIG. Les procédures de diligence raisonnable que suivent les institutions financières obligent ces dernières à chercher dans leurs dossiers de compte des indications que le titulaire d’un compte est une « personne des États-Unis », selon la définition de l’AIG.

Les demanderesse, qui ont la double citoyenneté et qui ont reconnu volontiers qu’elles sont des « personnes des États-Unis », ont soutenu, entre autres, que le fait de recueillir et de communiquer aux États-Unis automatiquement les renseignements fiscaux relatifs à un contribuable, comme l’exigent les dispositions contestées, serait contraire aux dispositions de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune* qui constitue l’annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d’impôts*, (la Convention fiscale Canada-États-Unis) ou à l’article 241 de la LIR. Les demanderesse ont soutenu en outre qu’aux termes de l’article 241 de la LIR, il est généralement interdit aux fonctionnaires et aux autres agents ou représentants d’organismes gouvernementaux de fournir sciemment à quiconque des renseignements relatifs à un contribuable ou d’en permettre sciemment la prestation. Bien que le paragraphe 241(4) crée des exceptions à cette règle, les demanderesse ont fait valoir que les dispositions contestées et l’AIG ne sont pas un traité fiscal ou un accord désigné au sens de la définition donnée au paragraphe 241(4), et qu’elles ne tombent donc pas sous le coup de ces exceptions. Subsidiairement, même si l’AIG tombait bel et bien sous le coup de l’exception prévue à l’article 241, il ne pouvait pas y avoir d’échange de renseignements relatifs à des titulaires de compte en vertu de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, car les renseignements de cette nature ne répondent pas aux critères des renseignements « pertinents ». Dans ce contexte, un tel échange serait quand même contraire à l’article 241 de la LIR.

Il s’agissait de savoir si les renseignements échangés dans le cadre de l’AIG sont « pertinents de manière prévisible » et si les dispositions contestées sont *ultra vires*.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

Il n’a pas été conclu que les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes. Les demanderesse ont interprété erronément l’AIG et la Convention fiscale Canada-États-Unis, et ce, d’une manière qui contrecarre l’intention des parties. Il est évident que le pouvoir d’échanger automatiquement, chaque année, les renseignements que le Canada obtient conformément aux modalités de l’AIG découle bel et bien de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, qui n’interdit pas expressément une telle mesure. Les modalités de l’AIG sont claires. L’AIG a force de loi au Canada. Les

protected by the confidentiality provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty and the ITA, the exceptions created under subsection 241(4) of the ITA are applicable to the impugned provisions and the IGA. The Canada-U.S. Tax Treaty cannot be interpreted in a vacuum. Canada and the U.S. entered into an intergovernmental agreement in 2014, purportedly under the authority of the Canada-U.S. Tax Treaty. The words used by the parties to the IGA are explicit and the intention of the contracting governments is clear: they agree to obtain and exchange annually on an automatic basis all relevant information respecting reportable accounts subject to the confidentiality and other provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty. This intention is apparent from Article 2 and paragraph 7 of Article 3 of the IGA. Compliance under the Canada-U.S. Tax Treaty supposes that all U.S. persons will file the required tax reports and declare their taxable income. Under U.S. domestic tax laws, this includes the plaintiffs and other Canadian residents having dual citizenship. The automatic collection and disclosure of the account holder information covered by the IGA meets the standard of “may be relevant” under Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty, the language of Article XXVII, and the overall legal and factual context. The IGA establishes a special regime for information collection and reporting that the U.S. government considers necessary to administer its income tax or tax liability system. Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty is not limited to situations in which a Canadian resident would owe tax in the U.S. It is unreasonable to conclude that the governments of Canada and the U.S. entered into an intergovernmental agreement that should be interpreted in a way that renders it practically impossible to perform. The automatic exchange of information allowed by the IGA does not amount at the present time to providing assistance in collection, and is thus not captured under Article XXVI A of the Canada-U.S. Tax Treaty.

articles 266 à 269 de la LIR sont obligatoires. Même si tous les renseignements échangés sont protégés par les dispositions en matière de confidentialité de la Convention fiscale Canada-États-Unis et la LIR, les exceptions que crée le paragraphe 241(4) de la LIR s’appliquent aux dispositions contestées et à l’AIG. On ne saurait interpréter la Convention fiscale Canada-États-Unis dans le vide. Le Canada et les États-Unis ont conclu un accord intergouvernemental en 2014, censément sous le régime de la Convention fiscale Canada-États-Unis. Les termes qu’emploient les parties à l’AIG sont explicites et l’intention des gouvernements contractants est claire : ils conviennent d’obtenir et d’échanger chaque année, de manière automatique, tous les renseignements pertinents qui se rapportent aux comptes déclarables, sous réserve des dispositions en matière de confidentialité et d’autre nature de la Convention fiscale Canada-États-Unis. Cette intention ressort clairement de l’article 2 et du paragraphe 7 de l’article 3 de l’AIG. Aux termes de la Convention fiscale Canada-États-Unis, l’observation des règles fiscales suppose que toutes les personnes des États-Unis produiront les déclarations d’impôt requises et déclareront leurs revenus imposables. Aux termes de la législation fiscale interne des États-Unis, cela inclut les demandresses et les autres résidents canadiens ayant la double citoyenneté. La collecte et la communication automatiques des renseignements relatifs aux titulaires de compte que vise l’AIG satisfont aux critères des renseignements « pertinents » dont il est question à l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, du libellé de l’article XXVII et du contexte juridique et factuel général. L’AIG établit, pour la collecte et la déclaration de renseignements, un régime spécial que le gouvernement des États-Unis considère comme nécessaire pour l’application de son système d’impôt sur le revenu ou d’assujettissement à l’impôt. L’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis ne se limite pas aux situations dans lesquelles un résident canadien devrait de l’impôt aux États-Unis. Il est déraisonnable aussi de conclure que les gouvernements du Canada et des États-Unis ont signé un accord intergouvernemental qu’il faudrait interpréter d’une manière qui le rend presque impossible à appliquer. L’échange automatique de renseignements qu’autorise l’AIG n’équivaut pas à ce stade-ci à prêter assistance sur le plan de la perception et cette mesure ne tombe donc pas sous le coup de l’article XXVI A de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance Through Enhanced Exchange of Information Under the Convention Between Canada and the United States of America With Respect to Taxes on Income and on Capital*, Articles 1, 2, 3, 4, 5,

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, art. 1,

Annex I, II, being Schedule 3 to the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20.  
*Bank Secrecy Act*, 31 U.S.C. § 5311 (2012).  
*Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*, ss. 3, 4(1), being Part V of the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20.  
*Canada–United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20, s. 3(2).  
*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].  
*Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Arts. XXIV, XXV, XXVI A, XXVII, being Schedule I of the *Canada–United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20.  
*Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20.  
*Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71 (2010).  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 2, 115-116, 233.3, 241, 263–269.  
*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. §§ 1298(f), 6038, 6046, 6048(b)(1), 6677 (2012).  
*Money and Finance*, 31 U.S.C. §§ 5321(a)(1),(5)(C)-(D) (2012).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, art. 31, 32.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Crown Forest Industries v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, (1995), 125 D.L.R. (4th) 485.

## CONSIDERED:

*United States of America v. Harden*, [1963] S.C.R. 366, (1963), 41 D.L.R. (2d) 721.

## AUTHORS CITED

Senate of Canada. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Finance*, 41st Parl., 2nd Sess., Issue No. 10 (April 29, 2014), at pp. 85–86.  
 Senate of Canada. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Finance*, 41st Parl., 2nd Sess., Issue No. 10 (April 30, 2014), at pp. 104–105.

2, 3, 4, 5, annexes I, II, constituant l'annexe 3 de la *Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20.

*Bank Secrecy Act*, 31 U.S.C. § 5311 (2012).

*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].

*Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, art. XXIV, XXV, XXVI A, XXVII, constituant l'annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada–États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20.

*Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71 (2010).

*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. §§ 1298(f), 6038, 6046, 6048(b)(1), 6677 (2012).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 2, 115 à 116, 233.3, 241, 263 à 269.

*Loi de 1984 sur la Convention Canada–États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20, art. 3(2).

*Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux*, art. 3, 4(1), constituant la partie V de la *Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20.

*Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20.

*Money and Finance*, 31 U.S.C. §§ 5321(a)(1),(5)(C)-(D) (2012).

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37, arts. 31, 32.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Crown Forest Industries c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802.

## DÉCISION EXAMINÉE :

*United States of America v. Harden*, [1963] R.C.S. 366, (1963), 41 D.L.R. (2d) 721.

## DOCTRINE CITÉE

Sénat du Canada. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Finances nationales*, 41<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n° 10 (29 avril 2014), aux p. 85 et 86.  
 Sénat du Canada. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Finances nationales*, 41<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n° 10 (30 avril 2014), aux p. 104 et 105.

U.S. Department of the Treasury. *Technical Explanation of the Protocol Done at Chelsea on September 21, 2007 Amending the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Done at Washington on September 26, 1980, as Amended by the Protocols Done on June 14, 1983, March 28, 1994, March 17, 1995, and July 29, 1997*, online: <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/tecanada08.pdf>>.

United States of America. Senate. Committee on Foreign Relations. Report of the Committee on Foreign Relations United States Senate on Executive T, 96th Congress, 2d Session, Tax Convention with Canada. *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1984.

MOTION for summary judgment seeking (1) a declaration that the *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* as well as sections 263 to 269 of the *Income Tax Act* are *ultra vires* or inoperative; and (2) a permanent prohibitive injunction preventing the collection and disclosure of taxpayer information to the United States. Motion dismissed.

#### APPEARANCES

*Joseph J. Arvay, Q.C., David E. Gruber and Arden Beddoes* for plaintiffs.

*Michael Taylor, Donnaree G. Nygard and Oliver Pulleyblank* for defendants.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy LLP*, Vancouver, for plaintiffs.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

[1] MARTINEAU J.: On August 11, 2014, the plaintiffs filed a statement of claim seeking a declaration that the *Canada–United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*, being Part V and Schedule 3 of the *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20 (IGA Implementation Act), and sections 263 to 269 [Part XVIII] of the *Income Tax Act*,

U.S. Department of the Treasury. *Technical Explanation of the Protocol Done at Chelsea on September 21, 2007 Amending the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Done at Washington on September 26, 1980, as Amended by the Protocols Done on June 14, 1983, March 28, 1994, March 17, 1995, and July 29, 1997*, en ligne : <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/tecanada08.pdf>>.

United States of America. Senate. Committee on Foreign Relations. Report of the Committee on Foreign Relations United States Senate on Executive T, 96th Congress, 2d Session, Tax Convention with Canada. *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*. Washington : U.S. Government Printing Office, 1984.

REQUÊTE en jugement sommaire en vue d'obtenir 1) un jugement déclaratoire portant que la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* et les articles 263 à 269 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* sont *ultra vires* ou inopérants; et 2) une injonction prohibitive permanente empêchant la collecte et la communication aux États-Unis de renseignements fiscaux. Requête rejetée.

#### ONT COMPARU

*Joseph J. Arvay, c.r., David E. Gruber et Arden Beddoes* pour les demanderesse.

*Michael Taylor, Donnaree G. Nygard et Oliver Pulleyblank* pour les défendeurs.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Farris, Vaughan, Wills & Murphy LLP*, Vancouver, pour les demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE MARTINEAU : Le 11 août 2014, les demanderesse ont déposé une déclaration sollicitant un jugement déclaratoire portant que la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux*, constituant la partie V et l'annexe 3 de la *Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20 (la *Loi de mise*

R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA)—collectively, the “impugned provisions”—are *ultra vires* or inoperative because the impugned provisions are unconstitutional or otherwise unjustifiably infringe Charter [*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]] rights (the constitutional issues).

[2] By the effect of section 3 of the IGA Implementation Act, the Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America (U.S.) [*Agreement Between the Government of Canada and the Government of the United States of America to Improve International Tax Compliance Through Enhanced Exchange of Information Under the Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*] set out in Schedule 3 (Intergovernmental Agreement or IGA) of the IGA Implementation Act is approved and has the force of law in Canada during the period that the Intergovernmental Agreement, by its terms, is in force.

[3] On October 9, 2014, the plaintiffs filed an amended statement of claim adding non-constitutional arguments, which are examined and disposed of in the present judgment. This summary trial concerns the legality of the disclosure of the personal information of U.S. persons (see paragraphs 17 and 27 below) collected for the year 2014 by Canadian financial institutions for the Canada Revenue Agency (CRA). This information is scheduled to be disclosed on or around September 30, 2015 by the Minister of National Revenue (Minister) to the U.S. tax authorities.

[4] In this respect, the plaintiffs seek a general declaration and a permanent prohibitive injunction preventing the collection and disclosure of taxpayer information to the U.S. by the Minister where:

en œuvre de l’AIG), et les articles 263 à 269 [la partie XVIII] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la LIR) — collectivement, les « dispositions contestées » — sont *ultra vires* ou inopérants, parce qu’ils sont inconstitutionnels ou qu’ils portent indûment atteinte par ailleurs à des droits garantis par la Charte [*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<sup>o</sup> 44]] (les questions de nature constitutionnelle).

[2] En application de l’article 3 de la Loi de mise en œuvre de l’AIG, l’Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d’Amérique qui est énoncé à l’annexe 3 [*Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement des États-Unis d’Amérique en vue d’améliorer l’observation fiscale à l’échelle internationale au moyen d’un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d’Amérique en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*] (l’Accord intergouvernemental ou l’AIG) de la Loi de mise en œuvre de l’AIG est approuvé et a force de loi au Canada pendant la période où l’Accord intergouvernemental, de par ses modalités, est en vigueur.

[3] Le 9 octobre 2014, les demandresses ont déposé une déclaration modifiée ajoutant des arguments de nature non constitutionnelle, lesquels sont examinés et tranchés dans le présent jugement. Le présent procès sommaire porte sur la légalité de la communication des renseignements personnels de personnes des États-Unis (voir les paragraphes 17 et 27 qui suivent) que des institutions financières canadiennes ont recueillis pour l’Agence du revenu du Canada (l’ARC), relativement à l’année d’imposition 2014. Il est prévu que le ministre du Revenu national (le ministre) communique ces renseignements aux autorités fiscales des États-Unis le ou vers le 30 septembre 2015.

[4] À cet égard, les demandresses sollicitent un jugement déclaratoire général de même qu’une injonction prohibitive permanente empêchant le ministre de recueillir et de communiquer aux États-Unis des renseignements fiscaux lorsque :

- |  |  |
|--|--|
| <p>(a) the taxpayer information relates to a taxable period in which the taxpayer was a citizen of Canada;</p>   | <p>a) les renseignements en question se rapportent à une période imposable au cours de laquelle le contribuable était un citoyen du Canada;</p>  |
| <p>(b) the taxpayer information is not shown to be relevant for carrying out the provisions of the <i>Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital</i> [being Schedule I of the <i>Canada-United States Tax Convention Act, 1984</i>, S.C. 1984, c. 20] (Canada-U.S. Tax Treaty) or the domestic tax laws of Canada or the U.S.; or</p> | <p>b) il n'est pas démontré que les renseignements en question sont pertinents pour l'application des dispositions de la <i>Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune</i> [qui constitue l'annexe I de la <i>Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts</i>, S.C. 1984, ch. 20] (la Convention fiscale Canada-États-Unis) ou de la législation fiscale interne du Canada ou des États-Unis;</p> |
| <p>(c) the collection and disclosure of the taxpayer information subjects U.S. nationals resident in Canada to taxation and requirements connected therewith that are more burdensome than the taxation and requirements connected therewith to which Canadian citizens resident in Canada are subjected.</p>  | <p>c) la collecte et la communication des renseignements en question assujettissent les ressortissants américains résidant au Canada à une fiscalité et à des exigences connexes qui sont plus contraignantes que la fiscalité et les exigences connexes auxquelles sont assujettis les citoyens canadiens résidant au Canada.</p>   |

[5] The plaintiffs generally assert that the automatic collection and disclosure of any such taxpayer information to the U.S. as required by the impugned provisions would be contrary to the provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty and/or to section 241 of the ITA. The Canada-U.S. Tax Treaty has been approved by Parliament and has the force of law in Canada by the effect of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20 (Tax Convention Act). The plaintiffs have urged the Court to render its final decision and issue a permanent injunction before the taxpayer information is sent by the CRA to the Internal Revenue Service (IRS), otherwise the present action will become academic and the plaintiffs will suffer irreparable harm. Indeed, it is for this reason that the present motion for summary trial was specially scheduled by the case management Judge to be heard at a special sitting in Vancouver on August 4 and 5, 2015.

[6] On the contrary, the defendants submit that the collection of such relevant information is authorized by

[5] Les demanders soutiennent de façon générale que le fait de recueillir et de communiquer aux États-Unis automatiquement les renseignements fiscaux de cette nature, comme l'exigent les dispositions contestées, serait contraire aux dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis ou à l'article 241 de la LIR. La Convention fiscale Canada-États-Unis a été approuvée par le Parlement et elle a force de loi au Canada par l'effet de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20 (la Loi sur la Convention fiscale). Les demanders pressent la Cour de rendre sa décision définitive et une injonction permanente avant que l'ARC transmette les renseignements fiscaux à l'Internal Revenue Service (l'IRS), à défaut de quoi la présente action deviendrait purement théorique et elles subiront un préjudice irréparable. En fait, c'est pour cette raison que la présente requête en procès sommaire a été spécialement inscrite au rôle par le juge chargé de la gestion de l'instance afin qu'elle soit instruite dans le cadre d'une séance extraordinaire, tenue à Vancouver les 4 et 5 août 2015.

[6] Les défendeurs soutiennent, au contraire, que la collecte de ces renseignements pertinents est autorisée

the IGA, and that its disclosure to the IRS is not inconsistent with the Canada-U.S. Tax Treaty or in violation of section 241 of the ITA. Canada is required to transmit taxpayer information collected under the impugned provisions to the U.S. for the year 2014 by September 30, 2015, and counsel for the defendants have indicated to the Court that to comply with this legal requirement, the CRA will in fact start to send such information to the IRS on or around September 23, 2015. Moreover, defendants' learned counsel indicated to the Court at the hearing of the present motion for summary trial that he had no instructions from the defendants to consent on a suspension of the contemplated exchange of information pending the time that the matter was in deliberation or that an appeal was pending (in case the Court would refuse the declaratory and injunctive relief requested by the plaintiffs in their motion for summary trial).

[7] I have read the motion records and supplementary motion records filed by the parties, and have considered all relevant and admissible evidence, and all the representations made at the hearing and in the written pleadings, including the relevant legal provisions and case law referred to by counsel. Parties agree that the issues raised by the plaintiffs in their motion are suitable for determination by summary trial and that the constitutional issues raised by the plaintiffs should be decided by the Court at a later date. In view of the urgency of the matter, the Court has accepted to render its final decision prior to September 23, 2015. That being said, measures are taken by the Court to have the present judgment translated in French on an urgent basis as well.

[8] In the event of any inconsistency between the provisions of the Tax Convention Act, or the Canada-U.S. Tax Treaty, and the provisions of any other law, subsection 3(2) of the Tax Convention Act provides that the provisions of the Tax Convention Act and the Canada-U.S. Tax Treaty prevail to the extent of the inconsistency. Moreover, in the event of any inconsistency between the provisions of the IGA Implementation Act

par l'AIG et que le fait de les communiquer à l'IRS n'est pas incompatible avec la Convention fiscale Canada-États-Unis ou ne contrevient pas à l'article 241 de la LIR. Le Canada est tenu de transmettre aux États-Unis, avant le 30 septembre 2015, les renseignements fiscaux recueillis pour l'année d'imposition 2014 en application des dispositions contestées, et les avocats des défendeurs ont indiqué à la Cour que l'ARC, pour se conformer à cette exigence légale, commencera en fait à transmettre ces renseignements à l'IRS le 23 septembre 2015, ou aux environs de cette date. Par ailleurs, les sages avocats des défendeurs ont fait savoir à la Cour, à l'audition de la présente requête en procès sommaire, que leurs clients ne leur avaient pas donné instruction de consentir à une suspension de l'échange de renseignements envisagé pendant le temps où l'affaire serait mise en délibéré ou un appel serait en instance (advenant que la Cour rejette la demande de jugement déclaratoire et d'injonction que sollicitent les demanderessees dans leur requête en procès sommaire).

[7] J'ai lu les dossiers relatifs à la requête initiale et à la requête supplémentaire que les parties ont déposés et j'ai pris en considération la totalité des éléments de preuve pertinents et admissibles, de même que toutes les observations qui ont été formulées à l'audience et dans les plaidoiries écrites, y compris les dispositions législatives et les précédents applicables auxquels les avocats ont fait référence. Les parties conviennent que les questions que soulèvent les demanderessees dans leur requête peuvent être tranchées dans le cadre d'un procès sommaire et que la Cour devrait régler à une date ultérieure les questions de nature constitutionnelle dont elles font état. Compte tenu de l'urgence de l'affaire, la Cour a accepté de rendre sa décision définitive avant le 23 septembre 2015. Cela dit, la Cour a également pris les mesures requises pour que son jugement soit traduit d'urgence en français.

[8] Le paragraphe 3(2) de la Loi sur la Convention fiscale prévoit qu'en cas d'incompatibilité entre ses dispositions, ou celles de la Convention fiscale Canada-États-Unis, et les dispositions de toute autre loi, ce sont ses dispositions et celles de la Convention fiscale Canada-États-Unis qui l'emportent. Par ailleurs, advenant qu'il y ait une incompatibilité entre les dispositions de la Loi de mise en œuvre de l'AIG ou de l'AIG

or the IGA and the provisions of any other law (other than Part XVIII of the ITA), subsection 4(1) of the IGA Implementation Act provides that the provisions of the IGA Implementation Act and the IGA prevail to the extent of the inconsistency.

[9] I have concluded that the collection and automatic disclosure of account holder information about U.S. reportable accounts (see paragraphs 28 to 34 below) contemplated by Articles 2 and 3 of the IGA is legally authorized in Canada by the provisions of the IGA Implementation Act and Part XVIII of the ITA. Moreover, contrary to the assertions made by the plaintiffs, I find that the collection and automatic disclosure of any such information is not inconsistent with the provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty, and does not otherwise violate section 241 of the ITA. Basically, I endorse the general reasoning and the legal arguments submitted by the defendants in their written submissions and reasserted at the hearing by counsel.

#### *Tax compliance and tax liability*

[10] In every country and for every state, taxation fulfills its utilitarian and distributive purposes: to transfer money from the taxpayer's pocket to the public treasury, which will in turn satisfy the budgetary needs of the nation. Whether you see yourself as a conservative, a liberal or a libertarian, all taxpayers—natural or legal—must annually compute their income and declare it to the tax authorities. This is the law of the land: inescapable, inevitable and obligatory. But what is the scope of one's fiscal liability, legally and practically speaking? Suppose no income is received during a particular year: is the taxpayer relieved of any statutory obligation to produce a declaration? What about persons having dual citizenship or multiple residences in different countries?

[11] The list of questions is endless as the particular situation of each taxpayer is infinitely variable. Not surprisingly, the answers will vary from one jurisdiction to another. It is all a matter of statutory construction and

lui-même et les dispositions de toute autre loi (exception faite de la partie XVIII de la LIR), le paragraphe 4(1) de la Loi de mise en œuvre de l'AIG prévoit que ce sont ses dispositions et celles de l'AIG qui l'emportent.

[9] J'ai conclu que la collecte et la communication automatique des renseignements relatifs aux détenteurs de comptes déclarables américains (voir les paragraphes 28 à 34 qui suivent) qu'envisagent les articles 2 et 3 de l'AIG sont légalement autorisées au Canada par les dispositions de la Loi de mise en œuvre de l'AIG et la partie XVIII de la LIR. De plus, contrairement à ce qu'affirment les demanderesse, je conclus que la collecte et la communication automatique de ces renseignements ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis et que, par ailleurs, elles ne portent pas atteinte à l'article 241 de la LIR. Essentiellement, je souscris au raisonnement général et aux arguments juridiques formulés dans les observations écrites des défendeurs et réitérés par leurs avocats à l'audience.

#### *L'observation fiscale et l'assujettissement à l'impôt*

[10] Dans chaque pays et pour chaque État, la fiscalité atteint ses objectifs utilitaires et distributifs : transférer des fonds de la poche des contribuables au trésor public, qui répond à son tour aux besoins budgétaires de la nation. Tout contribuable, naturel ou juridique, et peu importe qu'il se perçoive comme un conservateur, un libéral ou un libertarien, est tenu de calculer chaque année leurs revenus et de les déclarer aux autorités fiscales. Il s'agit de la loi du pays : inéluctable, inévitable et obligatoire. Mais quelle est la portée de la responsabilité financière de chacun, d'un point de vue juridique et pratique? Supposons qu'un contribuable ne touche aucun revenu au cours d'une année particulière : est-il dégagé d'une obligation législative quelconque de produire une déclaration? Qu'en est-il des personnes possédant une double citoyenneté ou de multiples résidences dans des pays différents?

[11] La liste des questions est sans fin, car la situation particulière de chaque contribuable est infiniment variable, et il n'est guère surprenant que les réponses varieront d'un pays à un autre. Il s'agit, dans tous les

application. In a globalized world, practical reality, as well as political and economic considerations, will encourage countries to sign tax treaties.

[12] For example, whether a taxpayer can avail itself of a double taxation exception is a matter to be settled between the countries that have entered into a tax treaty. Indeed, Article XXIV of the Canada-U.S. Tax Treaty exists for this specific purpose. At the time the Canada-U.S. Tax Treaty was negotiated by the parties, it was deemed important to spare from double taxation a number of Canadian individuals working in the U.S. (or *vice versa*), and Canadian companies operating in the U.S. (or *vice versa*). As noted in 1995 by the Supreme Court of Canada (citing the U.S. Senate (Foreign Relations Committee), *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*, at page 2): “The principal purposes of the proposed income tax treaty between the United States and Canada are to reduce or eliminate double taxation of income earned by citizens and residents of either country from sources within the other country, and to prevent avoidance or evasion of income taxes in the two countries.” See *Crown Forest Industries v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802 (*Crown Forest Industries*), at page 823.

[13] The Christians expert report provides examples of “tax treaty gaps” with respect to the differential treatment accorded in Canada and in the U.S. to the sale of a principal residence, lottery winnings or strike pay, passive income losses, non-U.S. corporations, and non-U.S. trusts, which can lead to “timing issues”, as well as certain other taxes that may not be eligible for offset by foreign taxes via credit (Christians expert report, pages 7–10). Be that as it may, while gaps or differences in the treatment of certain situations by the U.S. and Canadian tax authorities have been raised by the parties, it is not a matter that needs to be addressed in this summary trial. In exercising its competent authority power to exchange taxpayer information with a treaty partner, the Minister—in practice the CRA—does not consider whether a Canadian taxpayer whose information is subject to exchange (whether automatic or otherwise)

cas, d’une question d’interprétation et d’application de la loi. En cette ère de mondialisation, des réalités pratiques, de même que des considérations d’ordre politique et économique, encourageront les pays à signer des conventions fiscales.

[12] Par exemple, la question de savoir si un contribuable peut se prévaloir d’une exception relative à la double imposition est une affaire qui doit être réglée entre les pays qui ont conclu une convention fiscale. En fait, c’est dans ce but précis qu’existe l’article XXIV de la Convention fiscale Canada-États-Unis. À l’époque où les parties ont négocié cet instrument, on considérait comme important de soustraire à la double imposition un certain nombre de Canadiens travaillant aux États-Unis (ou *vice versa*), ainsi que des entreprises canadiennes exploitant leurs activités aux États-Unis (ou *vice versa*). Comme l’a signalé en 1995 la Cour suprême du Canada (en citant le Sénat américain (Comité sur les relations étrangères), *Tax Convention and Proposed Protocols with Canada*, à la page 2) : « [TRADUCTION] “Le projet de traité fiscal entre les États-Unis et le Canada vise principalement à réduire ou à éliminer la double imposition du revenu tiré, par les citoyens et les résidents de l’un ou l’autre pays, de sources situées dans l’autre pays, et à parer à tout évitement fiscal ou à toute évasion fiscale dans les deux pays.” » Voir l’arrêt *Crown Forest Industries c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802 (*Crown Forest Industries*), à la page 823.

[13] Le rapport d’expert de Christians présente quelques exemples de [TRADUCTION] « lacunes dans les conventions fiscales », relativement au traitement différent que l’on accorde au Canada et aux États-Unis à l’égard de la vente d’une résidence principale, des gains de loterie ou des indemnités de grève, des pertes de revenus passifs, des sociétés autres que des États-Unis, ainsi que des fiducies autres que des États-Unis, ce qui peut mener à des [TRADUCTION] « problèmes de délai », de même que certains autres impôts qui ne peuvent peut-être pas être compensés par des impôts étrangers par voie de crédit (rapport d’expert de Christians, pages 7 à 10). Quoi qu’il en soit, bien que les parties aient fait état de lacunes ou de différences dans la manière dont les autorités fiscales américaines et canadiennes traitent certaines situations, il ne s’agit pas là d’une question dont il est nécessaire de traiter dans le cadre du présent

would have an impact on a tax liability in the receiving state (Murray affidavit, at paragraph 18).

[14] The issue to be considered in this summary trial is notably whether the information exchanged under the IGA is “foreseeably relevant”. Under paragraph 1 of Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty, “information may be exchanged for use in all phases of the taxation process including assessment, collection, enforcement or the determination of appeals.” See the Technical Explanation to the Fifth Protocol, dated September 21, 2007, Article 23, page 47 [*Technical Explanation of the Protocol Done at Chelsea on September 21, 2007 Amending the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Done at Washington on September 26, 1980, as Amended by the Protocols Done on June 14, 1983, March 28, 1994, March 17, 1995, and July 29, 1997*]. According to the evidence submitted by the defendants, financial information from a foreign jurisdiction about individuals who are, or who display indicia of being, tax residents is useful to a tax administrator even if the information does not lead to increased tax liabilities in the receiving State for all taxpayers identified. Information that the CRA receives from treaty partners assists the CRA with its offshore compliance work, risk assessment, workload development, trend analysis and other matters relevant to ensuring compliance with Canada’s tax laws (Murray affidavit, at paragraph 21).

[15] Determining the relevance of information exchanged under the Canada-U.S. Tax Treaty is an administrative matter usually left to the discretion of the tax authorities themselves. From a practical point of view, relevance is

procès sommaire. Dans l’exercice du pouvoir qui lui est conféré, à titre d’autorité compétente, d’échanger des renseignements fiscaux avec un pays signataire d’une convention, le ministre — l’ARC en fait — n’examine pas la question de savoir si un contribuable canadien dont les renseignements peuvent être échangés (automatiquement ou autrement) verrait ses obligations fiscales modifiées dans l’État de réception (affidavit de Murray, paragraphe 18).

[14] La question à examiner en l’espèce consiste notamment à savoir si les renseignements échangés dans le cadre de l’AIG sont « pertinents de manière prévisible ». Au titre du paragraphe 1 de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, [TRADUCTION] « des renseignements peuvent être échangés en vue d’être utilisés dans toutes les étapes du processus d’imposition, dont la cotisation, la perception, l’exécution ou les décisions relatives aux appels ». Voir l’explication technique du Cinquième protocole, datée du 21 septembre 2007 [*Technical Explanation of the Protocol Done at Chelsea on September 21, 2007 Amending the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital Done at Washington on September 26, 1980, as Amended by the Protocols Done on June 14, 1983, March 28, 1994, March 17, 1995, and July 29 1997*], article 23, page 47. Selon la preuve produite par les défendeurs, les renseignements financiers émanant d’un pays étranger au sujet de personnes qui sont — ou présentent des indices qu’ils sont — des résidents aux fins de l’impôt sont utiles à un administrateur fiscal, même si ces renseignements ne mènent pas à des obligations fiscales accrues dans l’État de réception pour tous les contribuables identifiés. Les renseignements que l’ARC reçoit d’un pays signataire d’un traité l’aident dans son travail de vérification de l’observation des exigences fiscales à l’étranger, d’évaluation des risques, d’établissement de la charge de travail, d’analyse des tendances et d’autres questions utiles pour assurer l’observation des lois fiscales canadiennes (affidavit de Murray, paragraphe 21).

[15] La détermination de la pertinence des renseignements échangés dans le cadre de la Convention fiscale Canada-États-Unis est une question de nature administrative qu’on laisse habituellement à la discrétion des

mostly related to the identification of various “income sources” in the competent jurisdiction. Residency indicia (which may include citizenship status in the U.S.) will be searched by the tax authorities (cross-examination of Sue Murray, at page 191 and following). The automatic exchange of information is valuable because of its usefulness in conducting risk assessment and in identifying taxpayers with potential compliance issues, and it is increasingly being used worldwide, as illustrated by the evidence submitted with the Smith affidavit. In the present case, the Court has been advised that IRS officials have communicated to CRA officials that the information that Canada will exchange with the U.S. pursuant to the IGA will be highly relevant to the administration of U.S. domestic tax laws for similar reasons (Murray affidavit, at paragraph 22). Given the CRA’s experience exchanging information with treaty partners, the Director of the Competent Authority Services Division of the CRA has sworn that she has no reason to doubt this IRS assertion (Murray affidavit, at paragraph 22).

#### *Taxpayers’ obligations under Canada and U.S. Tax laws*

[16] Under the ITA, an income tax shall be paid, as required by that Act, on the taxable income for each taxation year of *every person resident in Canada* at any time of year (subsection 2(1) of the ITA). Moreover, *a non-resident person in Canada* who was employed in Canada, carried on a business in Canada, or disposed of a taxable Canadian property at any time in the year or a previous year, will pay tax on the taxable income determined in accordance with the particular rules found in Division D [sections 115–116] of the ITA. That being said, notwithstanding any provision of the ITA, where the Minister and another person have, under a provision contained in a tax convention or agreement with another country that has the force of law in Canada, entered into an agreement with respect to the taxation of that other person, all determinations made in accordance with the

autorités fiscales elles-mêmes. D’un point de vue pratique, cette pertinence est surtout liée à la détermination de diverses « sources de revenus » dans le pays compétent. Les indices de résidence (lesquels peuvent inclure le statut de citoyen aux États-Unis) feront l’objet de recherches de la part des autorités fiscales (contre-interrogatoire de Sue Murray, aux pages 191 et suivantes). L’échange automatique de renseignements est important, parce que cela est utile pour les évaluations de risques, de même que pour identifier les contribuables susceptibles de présenter des problèmes d’observation, et il s’agit là d’une pratique à laquelle on recourt de plus en plus à l’échelle mondiale, comme l’illustrent les preuves accompagnant l’affidavit de Smith. En l’espèce, la Cour a été informée que des fonctionnaires de l’IRS ont fait savoir à des fonctionnaires de l’ARC que les renseignements que le Canada échangera avec les États-Unis dans le cadre de l’AIG seront des plus pertinents pour l’application de la législation fiscale interne des États-Unis, et ce, pour des raisons similaires (affidavit de Murray, paragraphe 22). La directrice de la Division des services de l’autorité compétente de l’ARC a déclaré sous serment qu’en raison de l’expérience que l’ARC a acquise sur le plan de l’échange de renseignements avec des pays signataires d’une convention, elle n’avait aucune raison de mettre en doute cette affirmation de l’IRS (affidavit de Murray, paragraphe 22).

#### *Les obligations des contribuables au titre des lois fiscales du Canada et des États-Unis*

[16] Aux termes de la LIR, un montant d’impôt sur le revenu doit être payé, conformément à cette loi, pour chaque année d’imposition, sur le revenu imposable de toute personne résidant au Canada à un moment donné au cours de l’année (paragraphe 2(1) de la LIR). Par ailleurs, une personne ne résidant pas au Canada et qui a travaillé au Canada, a exploité une entreprise au Canada ou a disposé d’un bien canadien imposable à un moment donné au cours de l’année ou dans une année antérieure est tenue de payer un montant d’impôt sur le revenu imposable déterminé d’une manière conforme aux règles particulières qui figurent à la section D [articles 115 à 116] de la LIR. Cela dit, indépendamment de toute disposition de la LIR, lorsque le ministre et une autre personne ont conclu, en vertu d’une disposition de quelque convention ou accord fiscal avec un autre pays

terms and conditions of the agreement shall be deemed in accordance with the ITA (subsection 115.1(1) of the ITA).

[17] On the other hand, under U.S. domestic law, *all U.S. citizens are deemed to be permanent tax residents in the U.S. for federal income tax purposes—regardless of whether or not they actually reside in the U.S.* “U.S. persons” who are subject to U.S. tax laws also include other categories of persons who reside in the U.S. such as green card holders. Accordingly, every Canadian resident who is a U.S. citizen, even if he or she is also a Canadian citizen, is subject to U.S. federal taxation on all of their income from all sources, wherever derived. U.S. persons are also subject to various tax reporting obligations, which include registering for a taxpayer identification number (TIN), filing annual tax returns, reporting income and computing U.S. tax payable. Under U.S. tax laws, the obligation to file income tax returns and to comply with reporting requirements is not always dependent on the existence of an actual tax liability for a particular year.

[18] The IRS uses offshore voluntary disclosure programs targeting presumed hidden offshore wealth held by U.S. residents as a soft administrative approach to combat tax evasion, but such programs may be ineffective in many cases. Should some type of “dragnet” approach be taken to combat tax evasion instead? Obviously, the U.S. Congress has investigated this direction in recent years. The *Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*, passed in 2010 as part of the *Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71, and codified in pertinent part as *Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 6038D, imposes reporting obligations both on U.S. persons directly, and on foreign financial institutions at which U.S. persons hold certain types of accounts. More

qui a force de loi au Canada, une convention qui vise l'imposition de cette autre personne, toutes les décisions prises en conformité avec cette convention sont réputées conformes à la LIR (paragraphe 115.1(1) de la LIR).

[17] En revanche, selon la législation intérieure des États-Unis, *tous les citoyens des États-Unis sont réputés être des résidents fiscaux permanents aux États-Unis pour l'impôt fédéral sur le revenu — que ces personnes résident effectivement ou non aux États-Unis.* Les « personnes des États-Unis » qui sont assujetties aux lois fiscales des États-Unis comprennent également d'autres catégories de personnes résidant dans ce pays, comme les détenteurs d'une carte verte. C'est donc dire que chaque résident canadien qui est citoyen des États-Unis, même s'il est également citoyen du Canada, est assujetti à l'impôt fédéral des États-Unis sur la totalité de ses revenus de toutes sources, quelle qu'en soit la provenance. Les personnes des États-Unis sont également assujetties à diverses obligations en matière de déclaration fiscale, dont le fait de s'inscrire pour obtenir un numéro d'identification fiscal (NIF), de produire une déclaration de revenus annuelle, de déclarer ses revenus et de calculer l'impôt des États-Unis à payer. Selon les lois fiscales des États-Unis, l'obligation de produire des déclarations de revenus annuelles et de se conformer aux exigences en matière de déclaration n'est pas toujours subordonnée à l'existence d'une obligation fiscale réelle pour une année donnée.

[18] L'IRS a recours à des programmes de déclaration volontaire des comptes bancaires situés à l'étranger, programmes qui ciblent les biens que détiennent censément à l'étranger des résidents américains, en tant que moyen administratif non contraignant de lutter contre l'évasion fiscale, mais, dans bien des cas, de tels programmes sont peut-être inefficaces. Devrait-on recourir plutôt à une approche du type « coup de filet » pour lutter contre l'évasion fiscale? Manifestement, le Congrès américain s'est penché sur cette option au cours des dernières années. La *Foreign Account Tax Compliance Act* (la FATCA), adoptée en 2010 dans le cadre de la *Hiring Incentives to Restore Employment Act of 2010*, Pub. L. No. 111-147, 124 Stat. 71, et dont les éléments pertinents sont codifiés sous la forme suivante : *Internal*

particularly, FATCA imposes a 30 percent withholding tax on foreign financial institutions that do not meet the reporting requirements.

[19] U.S. citizens are required to report information regarding foreign bank and financial institution accounts in various forms. According to the expert report of John P. Steines, U.S. persons are required to file an annual income tax return (Form 1040, as well as supporting schedules and forms), which includes the taxpayer's name, address, taxpayer identification number, items of income, deduction and credit, and resulting tax liability (Steines expert report, page 5). Schedule B of Form 1040 also requires the disclosure of information pertaining to foreign bank accounts, including: whether the taxpayer has a financial interest or signature authority over a financial account located in a foreign country; whether a taxpayer is required to file a Report of Foreign Bank and Financial Accounts — or Form 114 (FBAR); the name of the country in which the foreign account is located; and other information related to foreign trusts. Schedule B of Form 1040 is an obligation that pre-dates FATCA (Steines expert report, pages 5 and 6).

[20] The Steines report also details the requirement for U.S. persons who meet certain reporting thresholds to file Form 8938, created pursuant to FATCA, which also relates to foreign bank account information and must accompany Form 1040 (page 6). This information includes:

- The name, mailing address and identification number of the foreign financial institution;

*Revenue Code*, 26 U.S.C. § 6038D, impose des obligations de déclaration tant aux personnes des États-Unis directement qu'aux institutions financières auprès desquelles ces personnes détiennent certains types de compte. Plus particulièrement, la FATCA impose une retenue d'impôt de 30 p.100 aux institutions financières qui ne répondent pas aux exigences en matière de déclaration.

[19] Les citoyens américains sont tenus de déclarer dans divers formulaires des renseignements sur les comptes qu'ils détiennent auprès de banques et d'institutions financières étrangères. Selon le rapport d'expert de John P. Steines, les personnes des États-Unis sont tenues de produire une déclaration de revenus annuelle (le formulaire 1040, de même que les annexes et les formulaires justificatifs), qui comprend le nom du contribuable, son adresse, son numéro d'identification fiscal, les éléments de revenu, les déductions et les crédits, de même que l'obligation fiscale qui en résulte (rapport d'expert de Steines, page 5). L'annexe B du formulaire 1040 oblige aussi à divulguer des renseignements relatifs aux comptes bancaires étrangers, dont les suivants : si le contribuable possède un intérêt financier ou un pouvoir de signature à l'égard d'un compte financier situé dans un pays étranger, si le contribuable est tenu de produire un Report of Foreign Bank and Financial Accounts — ou le formulaire 114 (Déclaration de comptes bancaires étrangers, ou DCBE), le nom du pays où est situé le compte étranger, ainsi que d'autres renseignements relatifs aux fiducies étrangères. L'annexe B du formulaire 1040 est une obligation qui date d'avant l'entrée en vigueur de la FATCA (rapport d'expert de Steines, pages 5 et 6).

[20] Le rapport de Steines décrit aussi en détail l'obligation qu'ont les personnes des États-Unis qui répondent à certains seuils de déclaration de produire le formulaire 8938, créé en application de la FATCA, qui se rapporte aussi aux renseignements sur les comptes bancaires étrangers et qui doit accompagner le formulaire 1040 (page 6). Ces renseignements comprennent les suivants :

- le nom, l'adresse postale et le numéro d'identification de l'institution financière étrangère;

- |   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• The name, address and U.S. taxpayer identification number of the owner of the account;</li> <li>• The account type and number or other designation;</li> <li>• Whether the account was opened or closed during the year;</li> <li>• Whether the account is held jointly with a spouse;</li> <li>• The maximum account value during the year; and</li> <li>• Whether a foreign exchange rate was used to convert the account value into U.S. dollars (along with the rate and source of the rate).</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• le nom, l'adresse et le numéro d'identification fiscal américain du détenteur du compte;</li> <li>• le type de compte ainsi que son numéro ou son autre désignation;</li> <li>• si le compte a été ouvert ou fermé au cours de l'année;</li> <li>• si le compte est détenu avec un(e) conjoint(e);</li> <li>• la valeur la plus élevée du compte au cours de l'année;</li> <li>• si un taux de change a été utilisé pour convertir la valeur du compte en dollars américains (de même que le taux en question et sa source).</li> </ul> |
|---|--|

[21] The failure to file Form 8938 in a timely manner can result in a financial penalty of \$10 000, which is increased by \$10 000 for each month the failure to file remains uncured after a 90-day written notice period (up to a maximum of \$50 000) (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 6038D(d)-(e)).

[21] Le fait d'omettre de produire le formulaire 8938 dans les délais prescrits peut donner lieu à une sanction pécuniaire de 10 000 \$, lequel montant est majoré de 10 000 \$ pour chaque mois pendant lequel l'omission n'est pas rectifiée après un délai de préavis écrit de 90 jours (jusqu'à concurrence de 50 000 \$) (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 6038D(d)-(e)).

[22] In addition to the requirement to file annual income tax returns, the Steines report notes that U.S. citizens who hold or have signatory power over a financial account in excess of \$10 000 at any time during the year are required to file an FBAR. The FBAR also pre-dates FATCA. The FBAR must be filed to the Financial Crimes Enforcement Network of the U.S. Treasury Department. It must disclose (Steines expert report, page 7):

[22] Dans son rapport, Steines signale qu'en plus d'être obligés de produire une déclaration de revenus annuelle, les citoyens américains qui détiennent un compte financier d'un montant de plus de 10 000 \$ à quelque moment que ce soit au cours de l'année, ou un pouvoir de signature sur un tel compte, sont tenus de produire une DCBE. Celle-ci date elle aussi d'avant l'entrée en vigueur de la FATCA. La DCBE doit être produite auprès du Financial Crimes Enforcement Network du Département du Trésor des États-Unis. Ce document doit indiquer (rapport d'expert de Steines, page 7) :

- |   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• The name, mailing address, and identification number of the foreign financial institution;</li> <li>• The type of filer, name, mailing address, US taxpayer identification number, birthdate, and whether the account is jointly owned;</li> <li>• Whether the filer has a financial interest in 25 or more financial accounts;</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• le nom, l'adresse postale et le numéro d'identification de l'institution financière étrangère;</li> <li>• le type de déclarant, le nom, l'adresse postale, le numéro d'identification fiscal américain, la date de naissance, et s'il s'agit d'un compte conjoint ou non;</li> <li>• si le déclarant a un intérêt pécuniaire dans 25 comptes financiers ou plus;</li> </ul> |
|---|--|

- Whether the filer has signatory power but no financial interest in 25 or more financial accounts;
  - The account number or other designation;
  - The type of account; and
  - The maximum value of the account during the calendar year.
- si le déclarant détient un pouvoir de signature, mais aucun intérêt pécuniaire, dans 25 comptes financiers ou plus;
  - le numéro de compte ou une autre désignation;
  - le type de compte;
  - la valeur maximale du compte au cours de l'année civile.

[23] If failure to file an FBAR is willful, the maximum penalty will be the greater of \$100 000 or 50 percent of the account balance that was not disclosed ([Money and Finance] 31 U.S.C. § 5321(a)(5)(C)-(D); Steines expert report, footnote 22). In addition, penalties are for each violation, and multiple violations can occur if they involve multiple offices, branches or places of business (31 U.S.C. § 5321(a)(1); Steines expert report, footnote 22).

[24] As Professor Christians notes in her expert report, Canadian residents who have U.S. person status and who contribute to or are beneficiaries of certain savings vehicles (including some RESPs, RDSPs and TFSAs) may also be required to file an “Annual Information Return of Foreign Trust with a U.S. Owner” (Form 3520A) or an “Annual Return to Report Transactions with Foreign Trusts and Receipt of Certain Foreign Gifts” (Form 3520), or both (Christians expert report, paragraph 13). Failure to file these forms attracts financial penalties, whether or not any tax is due (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 6048(b)(1) and § 6677; (Christians expert report, paragraph 13).

[25] Canadian residents who have U.S. person status and who invest in certain Canadian mutual fund companies or who are directly or indirectly controlling shareholders of Canadian corporations (including small business corporations) may also be required to file Form 5471 (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. §§ 6038, 6046 and regulations thereunder; Christians expert report, paragraph 13). Canadian residents who have U.S. person status and who own interests in certain Canadian mutual

[23] Si l'omission de produire la DBCE est délibérée, la sanction maximale prévue équivaut à la plus élevée des deux sommes suivantes : 100 000 \$ ou 50 p. 100 du solde non divulgué du compte ([Money and Finance] 31 U.S.C. § 5321(a)(5)(C)-(D); rapport d'expert de Steines, note de bas de page n° 22). De plus, les sanctions visent chaque infraction, et il peut y avoir de multiples infractions si elles mettent en cause plusieurs bureaux, succursales ou lieu d'affaires (31 U.S.C. § 5321(a)(1); rapport d'expert de Steines, note de bas de page n° 22).

[24] Comme le signale la professeure Christians dans son rapport d'expert, les résidents canadiens qui ont le statut de personne des États-Unis et qui cotisent à certains instruments d'épargne ou en sont bénéficiaires (dont un certain nombre de REEE, REEI et CELI) peuvent aussi être tenus de produire un formulaire intitulé « Annual Information Return of Foreign Trust with a U.S. Owner » (formulaire 3520A) ou un formulaire intitulé « Annual Return to Report Transactions with Foreign Trusts and Receipt of Certain Foreign Gifts » (formulaire 3520), ou les deux (rapport d'expert de Christians, paragraphe 13). L'omission de produire ces formulaires donne lieu à l'imposition de sanctions pécuniaires, qu'il y ait un montant d'impôt à payer ou non (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 6048(b)(1) et § 6677; (rapport d'expert de Christians, paragraphe 13).

[25] Les résidents canadiens qui ont le statut de personne des États-Unis et qui investissent dans certaines sociétés canadiennes de fonds communs de placement ou qui sont des actionnaires détenant directement ou indirectement le contrôle de sociétés canadiennes (y compris les sociétés exploitant une petite entreprise) peuvent aussi être tenus de produire le formulaire 5471 (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. §§ 6038, 6046 et le règlement y afférent; rapport d'expert de Christians,

funds and other investment vehicles may be required to annually file Form 8621 (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 1298(f); Christians expert report, paragraph 13). Finally, Canadian residents with U.S. person status and who own interests in, make transfers to, or receive income, dispose of, or change their interests in certain Canadian partnerships may be required to file Form 8865. Failure to file in each of these cases may lead to financial penalties (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. §§ 6038, 6038B, 6046A; Christians expert report, paragraph 13).

[26] As can be seen, under U.S. laws, a failure to comply with reporting obligations exposes a U.S. person to penalties. Nor do the filing obligations mentioned above constitute an exhaustive list. Indeed, “[r]egardless of whether any tax is due, the US requires extensive tax and asset reporting documentation, for which non-compliance attracts extensive penalties” (Christians expert report, paragraph 10). The U.S. Government is not a party to the present proceeding. The Court is not in a position at the present time to determine whether the U.S. tax authorities will in fact take action against the plaintiffs or other U.S. persons having dual citizenship or residing in Canada if the taxpayer information mentioned in the IGA is disclosed by the CRA to the IRS. Furthermore, before any collection step is taken, the amount of income tax, penalties or interest due must be first assessed (possibly leading to a particular request for information under the Canada-U.S. Tax Treaty). Accordingly, in the absence of concrete evidence, it is speculative to suggest that the automatic collection and disclosure of taxpayer information mentioned in the IGA is tantamount to providing help to the U.S. authorities in the collection of taxes.

paragraphe 13). Les résidents canadiens qui ont le statut de personne des États-Unis et qui détiennent des intérêts dans certains fonds communs de placement canadiens ainsi que dans d’autres mécanismes d’investissement peuvent être tenus de produire chaque année le formulaire 8621 (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. § 1298(f); rapport d’expert de Christians, paragraphe 13). Enfin, les résidents canadiens qui ont le statut de personne des États-Unis et qui détiennent des intérêts, virent des fonds ou touchent des revenus, disposent de leurs intérêts ou les changent dans certaines sociétés canadiennes peuvent être tenus de produire le formulaire 8865. L’omission de produire le formulaire requis dans chacune de ces situations peut mener à l’imposition de sanctions pécuniaires (*Internal Revenue Code*, 26 U.S.C. §§ 6038, 6038B, 6046A; rapport d’expert de Christians, paragraphe 13).

[26] Comme on peut le voir, selon les lois américaines, l’omission de se conformer aux obligations en matière de déclaration expose une personne des États-Unis à diverses sanctions. Les obligations en matière de production qui sont mentionnées ci-dessus ne constituent pas non plus une liste exhaustive. En fait, [TRADUCTION] « [i]ndépendamment de la question de savoir si un montant d’impôt quelconque est exigible, les États-Unis exigent de nombreux documents d’impôt et de déclaration de biens, pour lesquels toute infraction est soumise à de lourdes sanctions » (rapport d’expert de Christians, paragraphe 10). Le gouvernement des États-Unis n’est pas partie à la présente instance. La Cour n’est pas en mesure à ce stade-ci d’établir si les autorités fiscales américaines prendront effectivement des mesures contre les demanderessees ou contre d’autres personnes des États-Unis ayant la double citoyenneté ou résidant au Canada dans l’éventualité où l’ARC communique à l’IRS les renseignements fiscaux qui sont mentionnés dans l’AIG. De plus, avant la prise de quelque mesure de collecte que ce soit, il faut d’abord fixer le montant d’impôt sur le revenu qui est exigible, de même que les pénalités ou les intérêts connexes (ce qui donnera peut-être lieu à une demande de renseignements particulière en vertu de la Convention fiscale Canada-États-Unis). Il s’ensuit qu’en l’absence de preuve concrète, il est conjectural de laisser entendre que la perception et la communication automatiques de renseignements fiscaux dont il est fait état dans l’AIG équivalent à aider les autorités des États-Unis à percevoir des impôts.

*Scope and effect of the impugned provisions*

[27] Under the Intergovernmental Agreement concluded in 2014 by the governments of Canada and the U.S., for the purpose of implementing the obligations to obtain and exchange information with respect to reportable accounts, as specified in Article 1 (subparagraph 1(ee)) of the IGA, the term “U.S. Person” means:

**ARTICLE 1****Definitions**

...

1....

ee) The term “U.S. Person” means:

- (1) a U.S. citizen or resident individual,
- (2) a partnership or corporation organized in the United States or under the laws of the United States or any State thereof,
- (3) a trust if
  - (A) a court within the United States would have authority under applicable law to render orders or judgments concerning substantially all issues regarding administration of the trust, and
  - (B) one or more U.S. persons have the authority to control all substantial decisions of the trust, or
- (4) an estate of a decedent that is a citizen or resident of the United States.

This subparagraph 1(ee) shall be interpreted in accordance with the U.S. *Internal Revenue Code*.

[28] Article 2 of the IGA imposes reciprocal obligations on each party, requiring the governments of Canada and the U.S. to collect account holder information about reportable accounts at both Canadian and U.S. reporting financial institutions. On the Canadian side, Part XVIII of the ITA—sections 263 through 269—imposes obligations on certain Canadian financial institutions (reporting institutions) to implement the due

*La portée et l’effet des dispositions contestées*

[27] Aux termes de l’Accord intergouvernemental que les gouvernements du Canada et des États-Unis ont conclu en 2014 dans le but de mettre en œuvre les obligations d’obtenir et d’échanger des renseignements au sujet de comptes déclarables, comme il est précisé à l’article premier (alinéa ee)) de l’AIG, le terme « personne des États-Unis » désigne :

**ARTICLE PREMIER****Définitions**

[...]

1. [...]

ee) [...]

- (1) une personne physique qui est un citoyen ou un résident des États-Unis;
- (2) une société de personnes ou une société constituée aux États-Unis ou selon la législation de ce pays ou d’un de ses États;
- (3) une fiducie si, à la fois :
  - (A) un tribunal des États-Unis aurait la compétence, selon le droit applicable, de rendre des ordonnances ou des jugements concernant la presque totalité des questions liées à l’administration de la fiducie,
  - (B) une ou plusieurs personnes des États-Unis jouissent d’un droit de contrôle sur toutes les décisions importantes de la fiducie;
- (4) la succession d’un défunt qui est citoyen ou résident des États-Unis.

Le présent alinéa ee) est interprété conformément à l’*Internal Revenue Code* des États-Unis.

[28] L’article 2 de l’AIG impose à chaque partie des obligations réciproques, au titre desquelles les gouvernements du Canada et des États-Unis doivent recueillir des renseignements sur les titulaires de comptes déclarables ouverts auprès d’une institution financière déclarante du Canada et des États-Unis. Du côté canadien, la partie XVIII de la LIR — les articles 263 à 269 — impose à certaines institutions financières canadiennes

diligence procedures outlined in Annex I of the IGA in order to identify U.S. reportable accounts for the purposes of the IGA. The due diligence procedures followed by Canadian financial institutions require them to search their account records for indications that the account holder is a U.S. person (U.S. person indicia). U.S. person indicia include a U.S. place of birth or a current U.S. mailing or residential address.

[29] The list of Canadian financial institutions is comprehensive and is defined in Article 1 (paragraph 1) of the IGA as meaning:

#### ARTICLE 1

##### Definitions

1. ...

(1) any Financial Institution that is resident in Canada, but excluding any branch of such Financial Institution that is located outside Canada, and

(2) any branch of a Financial Institution that is not resident in Canada, if such branch is located in Canada.

[30] In practice, the due diligence and reporting requirements found in the IGA (and correlatively in Part XVIII of the ITA) affect provincially and federally regulated financial institutions. Subsection 263(1) of the ITA defines a “listed financial institution” as meaning:

##### Definitions

**263 (1) ...**

“listed financial institution” « *institution financière particulière* »

“listed financial institution” means a financial institution that is

(institutions déclarantes) l’obligation de mettre en œuvre les procédures de diligence raisonnable qui sont énoncées à l’annexe I de l’AIG, de manière à identifier les comptes déclarables des États-Unis pour les besoins de l’AIG. Les procédures de diligence raisonnable que suivent les institutions financières canadiennes obligent ces dernières à chercher dans leurs dossiers de compte des indications que le titulaire d’un compte est une personne des États-Unis (les indices d’une personne des États-Unis). Les indices d’une personne des États-Unis comprennent un lieu de naissance aux États-Unis ou une adresse postale ou résidentielle actuelle aux États-Unis.

[29] La liste des institutions financières canadiennes est exhaustive et signifie, selon la définition qui en est donnée à l’article premier (paragraphe 1) de l’AIG :

#### ARTICLE PREMIER

##### Définitions

1. [...]

(1) toute institution financière qui réside au Canada, à l’exclusion de ses succursales situées à l’extérieur du Canada;

(2) toute succursale, située au Canada, d’une institution financière qui ne réside pas au Canada.

[30] Dans la pratique, les exigences en matière de diligence raisonnable et de déclaration qui sont énoncées dans l’AIG (et, corrélativement, à la partie XVIII de la LIR) touchent les institutions financières assujetties à la réglementation provinciale et fédérale. Le paragraphe 263(1) de la LIR définit ce qu’est une « institution financière particulière » :

##### Définitions

**263 (1) [...]**

« institution financière particulière » “*listed financial institution*”

« institution financière particulière » Institution financière qui est, selon le cas :

(a) an authorized foreign bank within the meaning of section 2 of the *Bank Act* in respect of its business in Canada, or a bank to which that Act applies;

(b) a cooperative credit society, a savings and credit union or a caisse populaire regulated by a provincial Act;

(c) an association regulated by the *Cooperative Credit Associations Act*;

(d) a central cooperative credit society, as defined in section 2 of the *Cooperative Credit Associations Act*, or a credit union central or a federation of credit unions or caisses populaires that is regulated by a provincial Act other than one enacted by the legislature of Quebec;

(e) a financial services cooperative regulated by *An Act respecting financial services cooperatives*, R.S.Q., c. C-67.3, or *An Act respecting the Mouvement Desjardins*, S.Q. 2000, c. 77;

(f) a life company or a foreign life company to which the *Insurance Companies Act* applies or a life insurance company regulated by a provincial Act;

(g) a company to which the *Trust and Loan Companies Act* applies;

(h) a trust company regulated by a provincial Act;

(i) a loan company regulated by a provincial Act;

(j) an entity authorized under provincial legislation to engage in the business of dealing in securities or any other financial instruments, or to provide portfolio management, investment advising, fund administration, or fund management, services;

(k) an entity that is represented or promoted to the public as a collective investment vehicle, mutual fund, exchange traded fund, private equity fund, hedge fund, venture capital fund, leveraged buyout fund or similar investment vehicle that is established to invest or trade in financial assets and that is managed by an entity referred to in paragraph (j);

(l) an entity that is a clearing house or clearing agency; or

a) une banque régie par la *Loi sur les banques* ou une banque étrangère autorisée, au sens de l'article 2 de cette loi, dans le cadre des activités que cette dernière exerce au Canada;

b) une coopérative de crédit, une caisse d'épargne et de crédit ou une caisse populaire régie par une loi provinciale;

c) une association régie par la *Loi sur les associations coopératives de crédit*;

d) une coopérative de crédit centrale, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit*, ou une centrale de caisses de crédit ou une fédération de caisses de crédit ou de caisses populaires régie par une loi provinciale autre qu'une loi édictée par la législature du Québec;

e) une coopérative de services financiers régie par la *Loi sur les coopératives de services financiers*, L.R.Q., ch. C-67.3, ou la *Loi sur le Mouvement Desjardins*, L.Q. 2000, ch. 77;

f) une société d'assurance-vie ou une société d'assurance-vie étrangère régie par la *Loi sur les sociétés d'assurances* ou une société d'assurance-vie régie par une loi provinciale;

g) une société régie par la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*;

h) une société de fiducie régie par une loi provinciale;

i) une société de prêt régie par une loi provinciale;

j) une entité autorisée en vertu de la législation provinciale à se livrer au commerce des valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers ou à fournir des services de gestion de portefeuille, de conseils en placement, d'administration de fonds ou de gestion de fonds;

k) une entité qui est présentée au public comme étant un mécanisme de placement collectif, un fonds commun de placement, un fonds négocié en bourse, un fonds de capital-investissement, un fonds spéculatif, un fonds de capital-risque, un fonds de rachat d'entreprise par effet de levier ou un mécanisme de placement similaire qui est établi pour faire des investissements dans des actifs financiers, ou le commerce de tels actifs, et qui est géré par une entité visée à l'alinéa j);

l) une entité qui est une chambre ou une agence de compensation;

(m) a department or an agent of Her Majesty in right of Canada or of a province that is engaged in the business of accepting deposit liabilities.

m) un ministère ou un mandataire de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province qui se livre à l'acceptation de dépôts.

[31] However, some categories of financial institutions have reduced requirements (such as small deposit-taking institutions and those that only serve local clients or only issue credit cards). In addition, very small deposit taking institutions with assets of less than \$175 million may be exempted from reporting. See the definition of “non-reporting Canadian financial institution”, subsection 263(1) of the ITA and Annex II of the IGA.

[31] Toutefois, certaines catégories d'institutions financières sont soumises à des exigences moins strictes (comme les institutions de dépôts de petite taille et celles qui ne servent que des clients locaux ou qui ne font qu'émettre des cartes de crédit). En outre, les institutions de dépôt de très petite taille, dont les actifs sont inférieurs à 175 millions de dollars, peuvent être exemptées de l'obligation de produire des déclarations. Voir la définition d'une « institution financière canadienne non déclarante », au paragraphe 263(1) de la LIR ainsi qu'à l'annexe II de l'AIG.

[32] An account is not reportable if it falls within an exempt category (such as certain government registered plans) or if its value is below certain thresholds. With respect to each U.S. reportable account, the information that Canada must collect under the IGA from Canadian financial institutions includes:

[32] Un compte n'est pas déclarable s'il appartient à une catégorie exemptée (comme certains régimes enregistrés de l'État) ou si sa valeur est inférieure à un certain seuil. Pour ce qui est de chaque compte déclarable américain, les renseignements que le Canada est tenu de recueillir en vertu de l'AIG auprès d'institutions financières canadiennes comprennent les suivants :

- (a) The name and address of each U.S. person or person associated with a U.S. person indicia that is an account holder;
- (b) The TIN of each U.S. person or person associated with a U.S. person indicia that is an account holder, or if a TIN is not in the records of the Canadian financial institution, the account holder's birthdate;
- (c) The name and identifying number of the Canadian financial institution;
- (d) The account number and balance of the account; and
- (e) The gross amount of interest, dividends and other income generated by the account or the assets held in the account, including the gross proceeds from the sale or redemption of any property held in the accounts.

- a) le nom et l'adresse de chaque personne des États-Unis, ou personne associée à des indices d'une personne des États-Unis, qui est titulaire d'un compte;
- b) le NIF de chaque personne des États-Unis, ou personne associée aux indices d'une personne des États-Unis, qui est titulaire d'un compte, ou, si un NIF n'apparaît pas dans les dossiers de l'institution financière canadienne, la date de naissance du titulaire du compte;
- c) le nom et le numéro d'identification de l'institution financière canadienne;
- d) le numéro de compte et le solde du compte;
- e) le montant brut des intérêts, des dividendes et des autres revenus découlant du compte ou des actifs qui y sont détenus, y compris le produit brut de la vente ou du rachat d'un bien détenu dans les comptes.

[33] Every reporting Canadian financial institution is compelled by law to submit itself to the due diligence procedures set out in subsections 265(2) and (3) of the ITA which apply in respect of pre-existing and new individual accounts, and to designate any U.S. reportable account (see sections 264 and 265 of the ITA). Financial institutions already have a legal responsibility to determine where an account holder resides for tax purposes. If a customer has an existing account and there is an indication that they may be a U.S. person, or if they are opening new bank accounts, their financial institution may ask them to provide additional information or documentation to demonstrate that they are not a U.S. person (or to self-certify that they are or are not a U.S. person for tax purposes). Indeed, every reporting Canadian financial institution shall keep, at the institution's place of business (or at such other place as may be designated by the Minister), records that the institution obtains or creates for the purpose of complying with Part XVIII of the ITA, including self-certifications and records of documentary evidence.

[34] The reporting institutions must annually file with the Minister—that is, with the CRA—prescribed information about each reportable account maintained by the financial institution, as well as prescribed information relating to payments made to non-participating financial institutions that held accounts at the financial institution in the calendar year (for 2015 and 2016 only). The information must be reported in an information return filed for each calendar year by May 2 of the following year (section 266 of the ITA). Apparently, the CRA has not issued a particular form for Canadian financial institutions to use (no such form was produced by the CRA affiants in this proceeding). The CRA will then annually turn the information it collects over to the IRS in bulk “on an automatic basis pursuant to the provisions of Article XXVII of the [Canada-U.S. Tax Treaty]” (Article 2, paragraph 1, of the IGA).

[33] Chaque institution financière canadienne déclarante est tenue par la loi de se soumettre aux procédures de diligence raisonnable qui sont exposées aux paragraphes 265(2) et (3) de la LIR, lesquelles s'appliquent aux comptes de particulier préexistants et nouveaux, ainsi que de désigner tout compte déclarable américain (voir les articles 264 et 265 de la LIR). Les institutions financières sont déjà tenues par la loi de déterminer à quel endroit réside le titulaire d'un compte pour les besoins de l'impôt. Si un client possède un compte et qu'il y a une indication qu'il peut être une personne des États-Unis, ou s'il ouvre un nouveau compte bancaire, son institution financière peut lui demander de fournir des renseignements ou des documents supplémentaires pour montrer qu'il n'est pas une personne des États-Unis (ou d'autocertifier qu'il est — ou n'est pas — une personne des États-Unis à des fins fiscales). En fait, chaque institution financière canadienne déclarante doit conserver, à son lieu d'affaires (ou à tout autre lieu que le ministre peut désigner), les documents qu'elle obtient ou crée dans le but de se conformer à la partie XVIII de la LIR, y compris les autocertifications et les éléments de preuve documentaire.

[34] Les institutions déclarantes doivent produire chaque année auprès du ministre — c'est-à-dire l'ARC — des renseignements prescrits sur chaque compte déclarable qu'elles tiennent, ainsi que des renseignements prescrits sur les paiements faits à des institutions financières non participantes qui détenaient des comptes auprès de l'institution financière au cours de l'année civile (pour 2015 et 2016 seulement). Les renseignements doivent figurer dans une déclaration de renseignements produite pour chaque année civile, avant le 2 mai de l'année suivante (article 266 de la LIR). Il semble que l'ARC n'ait pas établi à cet effet un formulaire particulier pour les institutions financières canadiennes (dans la présente instance, les déposants de l'ARC n'ont pas produit de formulaire de ce genre). L'ARC transmettra ensuite chaque année les renseignements qu'elle recueille à l'IRS en vrac « de manière automatique conformément aux dispositions de l'article XXVII de la [Convention fiscale Canada-États-Unis] » (article 2, paragraphe 1 de l'AIG).

*Facts directly leading to the present litigation*

[35] The conclusion of the IGA between the Government of Canada and the U.S. was announced to the public on February 5, 2014, along with a call for comments on the detailed draft legislative proposals and accompanying explanatory notes in respect of changes to the *Income Tax Act* to implement the IGA. The deadline for comments was March 10, 2014. The IGA Implementation Act was included as part of Bill C-31 [*Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20] (publicly announced by the Government of Canada as the “Harper Government Creating Jobs & Growth While Returning to Balanced Budgets With *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*”)—an omnibus budget bill of some 360 pages. The first reading of Bill C-31 in the House of Commons occurred on March 28, 2014, and the bill received royal assent on June 19, 2014.

[36] The wisdom of the impugned provisions was questioned by the opposition and a number of players—including citizen groups, prominent legal scholars, and affected individuals—who made their objections or reservations public at the time Bill C-31 was debated in Parliament. Many expressed concern that the impugned provisions would unduly harm the privacy rights and interests of all Canadians; unduly raise compliance costs to all Canadian financial institutions and Canadian taxpayers; impede Canada’s efforts to enforce its own tax laws; and violate the spirit and potentially the letter of a number of Canadian laws and international treaties. Opposition party members also called for the IGA Implementation Act to be removed from the omnibus budget bill to allow for greater scrutiny.

[37] On the other hand, the Canadian Bankers Association—who acts on behalf of 60 domestic banks,

*Les faits menant directement au présent litige*

[35] La conclusion de l’AIG entre le gouvernement du Canada et celui des États-Unis a été annoncée au public le 5 février 2014, de pair avec un appel de commentaires sur les ébauches de projet de loi détaillées ainsi que sur les notes explicatives les accompagnant, au sujet de changements à apporter à la *Loi de l’impôt sur le revenu* en vue de la mise en œuvre de l’AIG. La date limite pour les commentaires était fixée au 10 mars 2014. La Loi de mise en œuvre de l’AIG a été incluse dans le projet de loi C-31 [*Loi n° 1 sur le plan d’action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20] (annoncé publiquement par le gouvernement du Canada ainsi : « [l]e gouvernement Harper crée des emplois et favorise la croissance tout en rétablissant l’équilibre budgétaire en présentant la *Loi n° 1 sur le plan d’action économique de 2014* ») — un projet de loi omnibus sur le budget, de quelque 360 pages. La première lecture du projet de loi C-31 à la Chambre des communes a eu lieu le 28 mars 2014, et il a reçu la sanction royale le 19 juin 2014.

[36] La sagesse des dispositions contestées a été mise en doute par l’opposition ainsi que par un certain nombre d’intervenants — dont des groupes de citoyens, d’éminents juristes et des personnes touchées — qui ont publiquement exprimé leurs objections ou leurs réserves à l’époque où le projet de loi C-31 a été débattu au Parlement. Nombreux sont ceux qui ont dit craindre que les dispositions contestées porteraient indûment atteinte au droit à la vie privée ainsi qu’aux intérêts de tous les Canadiens, qu’elles feraient indûment hausser les coûts que supporteraient l’ensemble des institutions financières canadiennes et des contribuables canadiens par suite de leur observation, qu’elles entraveraient les efforts faits par le Canada pour faire appliquer ses propres lois fiscales, et qu’elles violeraient l’esprit, et peut-être la lettre, d’un certain nombre de lois canadiennes et de traités internationaux. Les membres des partis d’opposition ont également demandé que la Loi de mise en œuvre de l’AIG soit retirée du projet de loi omnibus de façon à pouvoir la soumettre à un examen plus approfondi.

[37] En revanche, l’Association des banquiers canadiens — qui représente 60 banques nationales, filiales

foreign bank subsidiaries and foreign bank branches operating in Canada—supported the policy choice made by the Government of Canada to sign the IGA and pass federal implementing legislation allowing financial institutions to legally collect taxpayer information in Canada to comply with FATCA requirements. Their motivation was simple. Many Canadian financial institutions (not only federal banks but also credit unions and other provincial institutions) were potentially facing various legal impediments in Canada to disclosing their client information to the IRS. Accordingly, those institutions were at risk of breaching Canadian domestic law in order to comply with FATCA and avoid the 30 percent withholding tax on any U.S. source income and the sale of any U.S. source investments (including Canadian source income due to so-called “foreign pass-through payments” provisions).

[38] The following excerpts from the Proceedings of the Standing Senate Committee on National Finance illustrate how the IGA was framed by Mr. Ernewein, the General Director, Tax Policy Branch, Department of Finance:

(Issue No. 10 – *Evidence* – April 29, 2014 [at pages 85 and 86])

[Regarding the IGA]

**Senator Bellemare:** Did financial institutions have a positive reaction to that?

**Senator Hervieux-Payette:** No.

**Senator Bellemare:** Were they consulted?

**Mr. Ernewein:** Yes. I guess the answer is yes, but the reason for my hesitation is that I don't think they love it. I think they like it better than the alternative, that FATCA itself, as I described, would have put them in a difficult if not impossible situation with being required by U.S. law to provide information directly to the IRS that might have been in direct conflict with Canadian privacy laws, if not other laws.

de banques étrangères et succursales de banques étrangères exploitant leurs activités au Canada — a appuyé le choix stratégique du gouvernement du Canada, c'est-à-dire de signer l'AIG et d'adopter une loi de mise en œuvre fédérale permettant aux institutions financières de recueillir légalement des renseignements fiscaux au Canada de façon à se conformer aux exigences de la FATCA. Leur motivation était simple : de nombreuses institutions financières canadiennes (non seulement des banques fédérales mais aussi des caisses de crédit et d'autres institutions provinciales) s'exposaient au risque de se heurter à divers obstacles juridiques au Canada si elles divulguaient à l'IRS des renseignements sur leurs clients. Ces institutions couraient donc le risque de violer les lois internes canadiennes afin de se conformer aux exigences de la FATCA et d'éviter la retenue d'impôt de 30 p. 100 sur les revenus de source américaine et la vente d'investissements de source américaine (y compris les revenus de source canadienne attribuables à ce que l'on appelle les dispositions en matière de « paiements indirects étrangers »).

[38] Les passages suivants, tirés des délibérations du Comité sénatorial permanent des finances nationales, illustrent de quelle façon l'AIG a été structuré par M. Ernewein, le directeur général de la Direction de la politique de l'impôt, au ministère de Finances :

(Fascicule n° 10 – *Témoignages* – du 29 avril 2014 [aux pages 85 et 86])

[Au sujet de l'AIG]

**La sénatrice Bellemare :** Est-ce que les institutions financières ont bien réagi à cela?

**La sénatrice Hervieux-Payette :** Non.

**La sénatrice Bellemare :** Est-ce qu'elles ont été consultées?

**M. Ernewein :** Oui. J'imagine que la réponse est oui, mais la raison pour laquelle j'ai hésité, c'est que je ne pense pas qu'elles adorent ça. Je pense qu'elles préfèrent cette solution à l'autre, et que le FATCA en soi, comme je l'ai décrit, les aurait mises dans une situation difficile, voire impossible, où une loi américaine les aurait obligées à fournir des renseignements directement à l'IRS, ce qui aurait été en conflit direct avec des lois canadiennes

If they were being direct, I think they would probably say they would rather not do this at all, but as between this and the FATCA itself, I think they consider it a much better setup in the sense that it carves out all the registered plans, it excludes the application of the rules to smaller financial institutions, and by virtue of the collection of information by our own Canadian revenue authorities and transmission to the U.S., it overcomes, in our view, some of the legal conflict concerns that would have otherwise existed.

(Issue No. 10 – *Evidence* – April 30, 2014 [at pages 104 and 105])

[Regarding the withholding tax]

**Senator Buth:** Is it because Canadian banks have U.S. operations that they can do this? I guess I'm having a hard time understanding how a foreign country can regulate what a Canadian bank does.

**Mr. Ernewein:** As a policy matter, we very much share that question, and certainly former Finance Minister Flaherty was very public about criticizing it on that basis. I guess the second part of that answer is that what we were seeking to do with the intergovernmental agreement was to work around that approach and come at it a different way on exchange of information and not the threat of withholding. The U.S. has always maintained that this is about information exchange and not about trying to collect tax, at least through the withholding tax mechanism. It's an exchange of information and taxpayer compliance, and I think what we've got in this intergovernmental agreement is more consistent with that stated purpose than FATCA itself or the approach FATCA put forward.

**Senator Buth:** What would have happened if we had not done this agreement, then? Let me ask another question. Are the banks supportive of this legislation?

**Mr. Ernewein:** Yes. That's my summary answer, and I'll give the same sort of elaboration as I did yesterday, which is that I don't think they're tickled by any of this. I think they believe, even in what we've done, that it will

relatives à la protection des renseignements personnels, voire avec d'autres lois.

Si elles étaient franches, je pense qu'elles diraient probablement qu'elles préféreraient ne pas le faire du tout, mais, si elles doivent choisir entre cet accord et le FATCA, je pense qu'elles le considèrent comme un bien meilleur compromis, du fait qu'il découpe tous les régimes enregistrés, qu'il exclut l'application des règles aux petites institutions financières et que, comme il prévoit la collecte de renseignements et la transmission de ces renseignements aux États-Unis par nos propres autorités canadiennes en matière de revenu, à notre avis, il dissipe certaines des préoccupations à l'égard des conflits juridiques qui, autrement, seraient survenus.

(Fascicule 10 – *Témoignages* – du 30 avril 2014 [aux pages 104 et 105])

[Au sujet de la retenue d'impôt]

**La sénatrice Buth :** Est-ce parce que les banques canadiennes ont des activités aux États-Unis qu'on peut agir de la sorte? J'ai du mal à comprendre comment un pays étranger peut réglementer ce que fait une banque canadienne.

**M. Ernewein :** Pour ce qui est de la politique, nous sommes du même avis, et l'ancien ministre des Finances Flaherty n'a pas manqué de critiquer la chose assez publiquement. Je suppose que la deuxième partie de la réponse c'est que ce que nous cherchions, avec l'accord intergouvernemental, à contourner cette approche et à trouver un autre moyen d'échanger des renseignements sans tomber sous la menace de ces retenues. Les États-Unis ont toujours maintenu qu'il s'agit d'échanger des renseignements et non pas d'essayer de percevoir des impôts, du moins par le mécanisme du prélèvement d'impôt à la source. Il s'agit d'échanger des informations et de veiller à ce que les contribuables se conforment, et je pense que cet accord intergouvernemental est plus fidèle à cet objectif déclaré que la FATCA proprement dite ou l'approche qu'elle préconise.

**La sénatrice Buth :** Alors, que se serait-il passé si nous n'avions pas rédigé cet accord? Laissez-moi poser une autre question. Les banques sont-elles en faveur de cette loi?

**M. Ernewein :** Oui. C'est ainsi que je résume ma réponse et je vais m'expliquer comme je l'ai fait hier, autrement dit, je ne crois pas que cela fasse grand plaisir à nos institutions. J'estime qu'elles croient, même dans ce

introduce compliance burdens for them and extra obligations for their clientele, but I think they are much more at peace, if I may put it that way, with this intergovernmental agreement and the approach it takes than with FATCA. Again, I'm hesitant to speak for them, but I have some confidence saying that I think they found FATCA essentially unworkable, and this was workable, although perhaps not what they would have designed for themselves.

[39] But what about Canadian taxpayers? How many have been or will be affected by the impugned provisions? An official figure has not been provided by the defendants and much depends on the extent of information being collected by Canadian financial institutions. How will Canadian financial institutions verify in practice if an individual account holder is a U.S. citizen? Will they ask for proof of birth (showing birthplace), in addition to asking for proof of actual residency (like a driver's licence or other reliable evidence of permanent residence)? Under the IGA and Part XVIII of the ITA, there is no express requirement for a Canadian financial institution to provide notice to its consumers that this information is being collected on U.S. persons for eventual sharing by the CRA with U.S. tax authorities. Each Canadian financial institution has its own policies and procedures with respect to the collection and disclosure of personal information. Will they allow account holders to have access to the personal information that has been reported under the due diligence procedure outlined in the IGA? While we have no answers to these questions, Canadians will have a better idea of the impact of the impugned provisions after September 30, 2015. Before the Senate, a figure of 1 million potentially-impacted individuals was invoked in 2014. According to the cross-examination of Professor Christians (July 23, 2015), there are between 750 000 and 2 million individuals falling within the definition of "U.S. persons" currently present in Canada who could be affected by the impugned provisions. As the plaintiffs note, the impugned provisions also capture those persons who are "accidental Americans", "snowbirds", "green card holders", and those who hold joint accounts with their U.S. spouses.

que nous avons fait, que cela viendra ajouter un fardeau sur le plan de la conformité pour elles et des obligations supplémentaires pour leurs clients, mais il me semble qu'elles préfèrent, si je puis dire, cet accord intergouvernemental et l'approche suivie plutôt que la FATCA. Une fois de plus, j'hésite à parler en leur nom, mais je peux affirmer sans trop de crainte qu'elles ont trouvé la FATCA essentiellement inacceptable alors que cet accord, lui, serait acceptable, même si ce n'est peut-être pas ce qu'elles auraient conçu d'elles-mêmes.

[39] Mais qu'en est-il des contribuables canadiens? Combien d'entre eux ont été touchés par les dispositions contestées ou le seront? Les défendeurs n'ont fourni aucun chiffre officiel et bien des choses dépendent de l'étendue des renseignements que recueilleront les institutions financières canadiennes. Comment ces dernières vérifieront-elles en pratique si le titulaire d'un compte de particulier est citoyen américain? Demanderont-elles une preuve de naissance (indiquant le lieu de naissance), en plus d'une preuve de résidence effective (comme un permis de conduire ou une autre preuve fiable de résidence permanente)? L'AIG et la partie XVIII de la LIR n'obligent pas expressément une institution financière canadienne à donner avis à ses clients que l'on recueille ces renseignements sur des personnes des États-Unis afin que l'ARC les partage possiblement avec les autorités fiscales américaines. Chaque institution financière canadienne a ses propres politiques et procédures concernant la collecte et la communication de renseignements personnels. Permettront-elles aux titulaires de compte d'avoir accès aux renseignements personnels déclarés dans le cadre de la procédure de diligence raisonnable qui est exposée dans l'AIG? Nous n'avons pas de réponse à ces questions, mais les Canadiens auront une meilleure idée de l'effet des dispositions contestées après le 30 septembre 2015. Le chiffre d'un million de personnes peut-être touchées a été évoqué devant le Sénat en 2014. Selon le contre-interrogatoire de la professeure Christians (23 juillet 2015), il y a entre 750 000 et 2 000 000 de particuliers répondant à la définition d'une « personne des États-Unis » qui sont actuellement présents au Canada et qui pourraient être touchés par les dispositions contestées. Comme le signalent les demanderesse, les dispositions contestées englobent également les personnes qui sont des [TRADUCTION] « Américains par

*The plaintiffs' perspective and how the Court must approach the present case*

[40] The present plaintiffs, Gwendolyn Deegan (Gwen) and Virginia Hillis (Ginny), possess dual citizenship. Gwen was born in Washington State in 1962 to an American citizen and a Canadian citizen; she has not resided in the U.S. since she was five years old. Ginny was born in Michigan in 1946 to two Canadian citizens; she has not resided in the U.S. since she was six years old. They have never held a U.S. passport and have never applied for one. When they travel to the U.S., they use the only passport they possess, which is Canadian. Neither one of them has ever worked in the U.S.; all their employment has been in Canada where they have paid income tax every year. They do not hold a TIN and they have never declared or paid any taxes in the U.S. As far as they know, they do not owe any U.S. taxes.

[41] The plaintiffs readily recognize that they are U.S. persons. But they consider that they have “no real connection” with the U.S. and that their U.S. citizenship is “an accident of birth and of little significance”. However, they are not ready to apply for a certificate of loss of nationality in order to relinquish their U.S. citizenship—firstly, because it would allegedly be extremely expensive, and secondly, because it would require them to complete years’ worth of disclosure statements and tax returns, and possibly be subject to various penalties for not having filed these statements and returns over the years.

[42] The plaintiffs do not challenge the fact that they hold U.S. reportable accounts, but object to having their account holder information communicated by the CRA to the IRS. Instead of seeking a personal exemption directly from the CRA or the IRS, the plaintiffs have

accident », les [TRADUCTION] « retraités migrateurs » (*snowbirds*), les [TRADUCTION] « détenteurs d’une carte verte », ainsi que les personnes détenant un compte avec leur conjoint(e)s américain(e).

*Le point de vue des demanderesse et la façon dont la Cour doit aborder la présente affaire*

[40] Les demanderesse, Gwendolyn Deegan [Gwen] et Virginia Hillis [Ginny], ont la double citoyenneté. Gwen est née dans l’État de Washington en 1962, d’une personne de citoyenneté américaine et d’une autre de citoyenneté canadienne; elle n’a pas vécu aux États-Unis depuis l’âge de cinq ans. Ginny est née au Michigan en 1946, de deux citoyens canadiens; elle n’a pas vécu aux États-Unis depuis l’âge de six ans. Les deux n’ont jamais détenu un passeport américain et n’en ont jamais fait la demande. Lorsqu’elles se rendent aux États-Unis, elles utilisent que le seul passeport qu’elles possèdent, qui est canadien. Ni l’une ni l’autre n’ont jamais travaillé aux États-Unis; tous les emplois qu’elles ont exercés l’ont été au Canada, où elles ont payé chaque année de l’impôt sur le revenu. Elles ne détiennent pas de NIF et elles n’ont jamais déclaré ou payé d’impôts aux États-Unis. À ce qu’elles sachent, elles n’ont aucune dette fiscale américaine.

[41] Les demanderesse reconnaissent volontiers qu’elles sont des personnes des États-Unis, mais elles estiment n’avoir [TRADUCTION] « aucun lien réel » avec ce pays et que leur citoyenneté américaine est [TRADUCTION] « un accident de naissance et de peu d’importance ». Cependant, elles ne sont pas prêtes à demander un certificat de perte de la nationalité en vue de renoncer à leur citoyenneté américaine — premièrement, parce que ce serait, semble-t-il, extrêmement coûteux et, deuxièmement, parce que cela les obligerait à remplir des déclarations de renseignements et de revenus portant sur de nombreuses années et qu’elles seraient peut-être passibles de diverses sanctions pour ne pas avoir déposé ces documents au fil des ans.

[42] Les demanderesse ne contestent pas qu’elles détiennent des comptes déclarables américains, mais elles s’opposent à l’idée que l’ARC communique à l’IRS les renseignements relatifs aux titulaires de compte qui les concernent. Au lieu de demander directement à

instituted the present action seeking some sort of general declaration for the benefit of all Canadian citizens or residents who are considered U.S. persons under U.S. domestic law, as well as a permanent prohibitive injunction to prevent the disclosure of any such account holder information. I doubt that such kind of judicial relief can be granted generally by the Court, but it is not necessary for me to deal specifically with this issue since the plaintiffs have not convinced me that the proposed disclosure of taxpayer information mentioned in the IGA is contrary to the provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty or in violation of section 241 of the ITA.

[43] The plaintiffs submit that the impugned provisions are unprecedented in Canadian history and represent a significant departure from long-standing tax treaties in the past. The plaintiffs consider that U.S. citizens who are *bona fide* residents of Canada should bear no fiscal obligations to the U.S.: there should be no taxation without representation. The plaintiffs stress that the U.S. is apparently the only country in the world, and certainly the only country with a robust tax system such as Canada's, that comprehensively treats individuals as residents for tax purposes by virtue of their status as citizens or legal permanent residents. Eritrea—a country in the Horn of Africa that has been governed by an autocratic government since its independence in 1993—is the only other country known for attempting to impose taxes on citizens who live permanently outside the country, although the U.S., Canada and other countries have rejected the right of Eritrea to collect this tax. During oral pleadings in this summary trial proceeding, counsel for the plaintiffs suggested that there may have been a historical justification for the U.S. Government to tax its citizens during the American Civil War, but argued that it is highly unjust to continue to do so today.

[44] According to the evidence on record, it is not true that under U.S. domestic law U.S. citizens who are

l'ARC ou à l'IRS une exemption personnelle, elles ont engagé la présente action en vue d'obtenir une certaine forme de jugement déclaratoire général au profit de tous les citoyens ou résidents du Canada qui, en vertu du droit interne américain, sont considérés comme des personnes des États-Unis, de même qu'une injonction prohibitive permanente visant à empêcher la communication de tels renseignements. Je doute que la Cour puisse accorder ce genre de réparation judiciaire, mais il n'est pas nécessaire que je traite expressément de cette question, car les demanderessees ne m'ont pas convaincu que la communication proposée des renseignements fiscaux dont il est question dans l'AIG va à l'encontre des dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis ou porte atteinte à l'article 241 de la LIR.

[43] Les demanderessees soutiennent que les dispositions contestées sont sans précédent dans l'histoire du Canada et qu'elles représentent un écart important par rapport à des conventions fiscales de longue date. Elles sont d'avis que les citoyens américains qui sont d'authentiques résidents du Canada ne devraient supporter aucune obligation financière envers les États-Unis : il ne devrait pas y avoir de taxation sans représentation. Elles soulignent que les États-Unis sont, semble-t-il, le seul pays au monde, et certainement le seul pays doté d'un système fiscal solide comme celui du Canada, qui traite de manière exhaustive les particuliers comme des résidents à des fins fiscales du fait de leur statut de citoyen ou de résident permanent officiel. L'Érythrée — un pays de la Corne de l'Afrique dirigé par un gouvernement autocratique depuis son indépendance en 1993 — est le seul autre pays connu pour tenter de soumettre à l'impôt ses citoyens qui vivent de façon permanente à l'extérieur du pays, quoique les États-Unis, le Canada et d'autres pays aient rejeté le droit de l'Érythrée de percevoir cet impôt. Lors des plaidoiries qui ont eu lieu dans la présente instance sommaire, les avocats des demanderessees ont laissé entendre qu'il y avait peut-être une justification historique au fait que le gouvernement américain avait frappé d'un impôt ses citoyens au cours de la guerre de Sécession, mais ils ont fait valoir qu'il est tout à fait injuste de continuer de le faire de nos jours.

[44] Selon la preuve versée au dossier, il est faux de dire qu'en vertu du droit interne américain les citoyens

*bona fide* residents of Canada bear no fiscal obligations to the U.S. Being a citizen of any state normally carries benefits (e.g. the right to enter or exit the country freely, diplomatic assistance, etc.). There are also obligations, some of which may be obvious and others less obvious, especially in the case of dual citizenship where an individual has never held a passport, worked, or declared revenues in their birth country. At this point in time, the Court is not in a position to make a general declaration having the legal effect of exempting all Canadian citizens from the application of U.S. tax laws on the basis of the double taxation exception. That said, I fully appreciate the difficult situation that the plaintiffs—along with hundreds of thousands of dual citizens and permanent residents of Canada—may face after September 30, 2015.

[45] The plaintiffs may see themselves as “accidental Americans” but the application of fiscal law is not concerned with rhetoric: it focuses on the actual reality of each taxpayer and his or her taxable income. There cannot be a proper assessment of the situation if “relevant information” needed to decide whether an income is taxable or not is voluntarily withheld by taxpayers who have not produced their declaration or who have failed to declare all their sources of income worldwide, assuming that reporting obligations ensure compliance with fiscal laws. The environment created in Canada and the U.S. by their respective domestic tax laws, including FATCA and the impugned provisions with all their reporting obligations, is certainly harsh, but it is now the law of the land. Perhaps U.S. persons will seriously consider abandoning or relinquishing their Canadian or U.S. citizenship. This will be a voluntary choice. Still, the Court must apply the laws enacted by Parliament. The characteristics of these laws—whether wise or unjust—are a matter for political debate, not judicial scrutiny. Parliament is sovereign; the will of people in a democracy is also sovereign.

des États-Unis qui sont d’authentiques résidents du Canada n’ont aucune obligation fiscale envers les États-Unis. Le fait d’être citoyen d’un État comporte habituellement des avantages (comme le droit d’entrer dans le pays ou d’en sortir librement, une assistance diplomatique, etc.), mais il y a également des obligations, dont certaines peuvent être évidentes et d’autres moins, surtout dans le cas d’une personne ayant la double citoyenneté qui n’a jamais détenu un passeport, travaillé ou déclaré des revenus dans son pays de naissance. À ce stade-ci, la Cour n’est pas en mesure de rendre un jugement déclaratoire général qui aurait pour effet juridique d’exempter tous les citoyens canadiens de l’application des lois fiscales américaines en se fondant sur l’exception relative à la double imposition. Cela dit, je suis parfaitement conscient de la situation difficile à laquelle les demanderessees — et des centaines de milliers de résidents permanents du Canada et de personnes possédant la double nationalité — pourraient être exposées après le 30 septembre 2015.

[45] Les demanderessees peuvent se considérer comme des [TRADUCTION] « Américaines par accident », mais l’application des lois fiscales ne s’intéresse pas à la rhétorique : elle est axée sur la situation réelle de chaque contribuable et sur son revenu imposable. Il ne peut pas y avoir d’évaluation appropriée de la situation si les « renseignements pertinents » dont on a besoin pour décider si un revenu est imposable ou non sont volontairement retenus par des contribuables qui n’ont pas produit leur déclaration ou qui ont omis de déclarer la totalité de leurs revenus de toutes provenances, en présumant que les obligations en matière de déclaration garantissent l’observation des lois fiscales. Le contexte que créent au Canada et aux États-Unis les lois fiscales internes respectives de ces pays, y compris la FATCA et les dispositions contestées ainsi que les obligations en matière de déclaration qui s’y rattachent, est certes sévère, mais il s’agit maintenant de la loi du pays. Il est possible que des personnes des États-Unis envisagent sérieusement d’abandonner leur citoyenneté canadienne ou américaine ou d’y renoncer. Ce sera là un choix volontaire. La Cour doit néanmoins appliquer les lois qu’adopte le Parlement. Les caractéristiques de ces lois — qu’elles soient avisées ou injustes — sont affaire de débat politique, et non d’examen judiciaire.

[46] Whether or not Canada is a destination for persons evading U.S. taxes is not pertinent. Generally, FATCA imposes penalties on U.S. persons, as well as a 30 percent withholding tax on foreign financial institutions, who do not comply with the reporting requirements. More particularly, FATCA requires U.S. persons holding reportable accounts at foreign financial institutions to report information on Form 8938 attached to their annual tax return. The information includes details such as the name, address and TIN of the owner of the account, details as to whether the account is held jointly with a spouse, whether the account was opened or closed during the year, and the maximum account value during the year.

[47] For the time being, the U.S. Government has not been willing to conclude bilateral agreements with other states exempting FATCA compliance based on the same country exception, which would have the effect of excluding financial accounts maintained by a financial institution in the country in which the U.S. person is a *bona fide* resident. On the other hand, any private banking information respecting U.S. persons covered by FATCA living in Canada (or elsewhere outside the U.S.) could hardly be provided to the IRS legally in the absence of an agreement and domestic legislation allowing for its collection and automatic disclosure to a foreign authority.

[48] The threat of imposing a 30 percent withholding tax on U.S. source income for financial institutions that do not comply with FATCA reporting obligations has certainly constituted an important instrument of persuasion in the international community. Not surprisingly, the financial implications of FATCA have incited sovereign states to conclude with the U.S. agreements similar to the IGA. Indeed, intergovernmental agreements have apparently been reached with nearly 115 different states in order to facilitate FATCA compliance.

Le Parlement est souverain; la volonté du peuple dans une démocratie est elle aussi souveraine.

[46] Le fait de savoir si le Canada est ou non une destination pour des personnes qui éludent l'impôt américain n'est pas pertinent. En général, la FATCA impose des sanctions aux personnes des États-Unis, ainsi qu'une retenue d'impôt de 30 p. 100 aux institutions financières étrangères, qui ne se conforment pas aux exigences en matière de déclaration. Plus particulièrement, la FATCA exige des personnes des États-Unis qui détiennent des comptes déclarables auprès d'une institution financière étrangère qu'elles déclarent des renseignements sur le formulaire 8938 qui est joint à leur déclaration de revenus annuelle. Ces renseignements comprennent des détails tels que le nom, l'adresse et le NIF du titulaire du compte, si le compte est détenu avec un(e) conjoint(e), si le compte a été ouvert ou fermé au cours de l'année, de même que la valeur maximale du compte au cours de l'année.

[47] Pour l'heure, le gouvernement américain ne s'est pas montré disposé à conclure avec d'autres États des ententes bilatérales comportant une exemption aux exigences de la FATCA qui repose sur l'exception relative au même pays, ce qui aurait pour effet d'exclure les comptes financiers tenus par une institution financière dans un pays dans lequel la personne des États-Unis est un authentique résident. En revanche, les renseignements bancaires privés qui concernent les personnes des États-Unis visées par la FATCA et vivant au Canada (ou ailleurs, à l'extérieur des États-Unis) ne pourraient guère être fournis légalement à l'IRS en l'absence d'une entente et d'une loi interne autorisant à les recueillir et à les communiquer automatiquement à une autorité étrangère.

[48] La menace d'imposer une retenue d'impôt de 30 p. 100 sur les revenus de source américaine aux institutions financières qui ne se conforment pas aux obligations en matière de déclaration de la FATCA a certes été un important outil de persuasion au sein de la communauté internationale. Comme on pouvait s'y attendre, les répercussions financières de la FATCA ont incité des États souverains à conclure avec les États-Unis des ententes semblables à l'AIG. En fait, des ententes intergouvernementales ont, semble-t-il, été conclues

[49] I am ready to assume that the Canadian and OECD [Organization for Economic Co-operation and Development] common reporting standards differ in two significant ways from the FATCA requirements: one, they are triggered by residency (versus citizenship); and two, they do not entail the same sanctions (i.e. withholding tax) in case of non-compliance. That said, automatic exchanges of information are not prohibited or unprecedented (see the examples cited in the Smith affidavit). In 2014, the Government of Canada made the political decision to participate in an automatic exchange of information scheme with the U.S. Treasury Department, which imposes obligations for the reporting and exchange of relevant information largely based on the architecture of FATCA. These obligations have not been reciprocated in Canadian law, which continues to tax on the principles set out in section 2 of the ITA. For this reason, as suggested by professor Christians, the expression “asymmetrical exchange of information” would appear more adequate.

[50] Be that as it may, the stated purpose of FATCA is to improve U.S. tax compliance by obtaining information from foreign financial institutions about accounts maintained by U.S. taxpayers, directly or through intermediary entities. The American authorities were particularly concerned in 2010 with the issue of tax evasion. Nevertheless, a statute should not be interpreted by politicians’ statements used to rally public opinion, but rather by its object and the words used by the legislator. Legally speaking, it is apparent that FATCA has overreaching effects in practice. The CRA officials have the same understanding with respect to the collection and reporting requirements created by the IGA and Part XVIII of the ITA, which only mirror FATCA requirements. And so does this Court, after having examined the impugned provisions in light of U.S. domestic laws referred to by the experts in their various reports and answers to questions by counsel during cross-examinations.

avec près de 115 États différents en vue de faciliter l’observation de la FATCA.

[49] Je suis disposé à présumer que les normes de déclaration communes du Canada et de l’OCDE [Organisation de coopération et de développement économiques] diffèrent des exigences de la FATCA à deux égards importants : premièrement, elles sont déclenchées par la résidence (par opposition à la citoyenneté) et, deuxièmement, elles ne comportent pas les mêmes sanctions (c’est-à-dire, une retenue d’impôt) en cas d’infraction. Cela dit, les échanges automatiques de renseignements ne sont pas interdits ou sans précédent (voir les exemples cités dans l’affidavit de Smith). En 2014, le gouvernement du Canada a pris la décision politique de prendre part à un programme d’échange automatique de renseignements avec le département du Trésor des États-Unis; ce programme impose des obligations en matière de déclaration et d’échange de renseignements pertinents, obligations essentiellement fondées sur l’architecture de la FATCA. Ces obligations ne s’accompagnent pas de mesures correspondantes dans la loi canadienne, qui continue d’imposer les revenus en se basant sur les principes énoncés à l’article 2 de la LIR. Pour cette raison, comme l’a laissé entendre la professeure Christians, l’expression [TRADUCTION] « échange asymétrique de renseignements » paraîtrait plus juste.

[50] Quoi qu’il en soit, l’objet déclaré de la FATCA est d’améliorer l’observation des règles fiscales américaines en obtenant auprès des institutions financières étrangères des renseignements sur les comptes que détiennent des contribuables américains, soit directement, soit par des entités intermédiaires. Les autorités américaines étaient particulièrement préoccupées en 2010 par la question de l’évasion fiscale. Il n’en demeure pas moins qu’il n’y a pas lieu d’interpréter une loi en fonction des déclarations que font des politiciens pour rallier l’opinion publique, mais plutôt en fonction de son objet ainsi que des termes que le législateur a employés. Du point de vue juridique, il est évident que la FATCA a, concrètement, des effets excessifs. Les fonctionnaires de l’ARC ont la même conception quant aux exigences en matière de collecte et de déclaration que créent l’AIG et la partie XVIII de la LIR, qui ne font que refléter les exigences de la FATCA. Et il en est de même de la Cour, après l’examen des dispositions contestées au regard

[51] Nor is it necessary to decide whether the IGA is a “treaty” under U.S. law. While the status of the IGA as law in the U.S. may be ambiguous—the U.S. Treasury has decided to treat these types of intergovernmental agreements not as treaties but merely as interpretations of treaty terms—as far as Canada is concerned, by the effect of section 3 of the IGA, the IGA is approved by Parliament and has the force of law in Canada during all the period it is in force. In Canadian domestic law at least, the IGA constitutes a tax treaty or a listed agreement within the meaning of subsection 241(4) of the ITA. Detractors of the IGA may wish to question the legal application in the U.S. of the IGA on the grounds that it has not been ratified by Congress—a point that the Court is not called upon to decide today. The IGA is certainly a treaty from the Canadian perspective. At worst, the IGA is still a binding agreement between the U.S. and Canada respecting the interpretation or application of the Canada-U.S. Tax Treaty, and as such may be considered in interpreting the latter, which is a treaty pursuant to the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, May 23, 1969, [1980] Can. T.S. No. 37.

[52] Much has been said by plaintiffs’ learned counsel about the extraterritorial nature of U.S. laws. It is also well settled “that in no circumstances will the courts directly or indirectly enforce the revenue laws of another country”, unless expressly allowed to do so in the home country of the person in question (*United States of America v. Harden*, [1963] S.C.R. 366, at page 370, citing the relevant case law in this regard). It is true that through FATCA, Congress has attempted to make extraterritorial claims over individuals having the status of U.S. persons. It is true that the IGA requires Canada’s explicit assistance with a foreign sovereign’s extraterritorial jurisdiction. And it is true that the threat of economic sanctions is a serious matter that deserves international scrutiny where it is exercised.

des lois internes américaines auxquelles les experts ont renvoyé dans leurs divers rapports et dans leurs diverses réponses aux questions que les avocats leur ont posées en contre-interrogatoire.

[51] Il n’est pas nécessaire non plus de trancher la question de savoir si l’AIG est un « traité » en vertu du droit américain. Le statut juridique de l’AIG aux États-Unis est peut-être bien ambigu, mais le Trésor américain a décidé de considérer ces types d’accords intergouvernementaux non pas comme des traités, mais simplement comme une interprétation des modalités d’un traité — pour ce qui est du Canada, l’AIG, par l’effet de son article 3, est approuvé par le Parlement et a force de loi au pays pendant toute la période au cours de laquelle il est en vigueur. En droit interne canadien du moins, l’AIG est un traité fiscal ou un accord désigné, au sens du paragraphe 241(4) de la LIR. Les détracteurs de l’AIG voudront peut-être mettre en doute l’application juridique de l’AIG aux États-Unis, au motif que cet instrument n’a pas été ratifié par le Congrès — mais il s’agit là d’un point que la Cour n’est pas appelée à trancher aujourd’hui. Du point de vue canadien, l’AIG est certainement un traité. Au pire, l’AIG est toujours un accord exécutoire entre les États-Unis et le Canada qui porte sur l’interprétation ou l’application de la Convention fiscale Canada-États-Unis et, à ce titre, il peut être pris en considération au moment d’interpréter cette dernière, qui est un traité aux termes de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. n° 37.

[52] Bien des choses ont été dites par les avocats des demanderesse à propos de la nature extraterritoriale des lois américaines. Il est également bien établi [TRADUCTION] « “qu’en aucun cas la Cour n’appliquera-t-elle, directement ou indirectement, les lois fiscales d’un autre pays” », sauf si cela est expressément autorisé dans le pays d’origine de la personne en question (*United States of America v. Harden*, [1963] R.C.S. 366, à la page 370, en citant la jurisprudence pertinente à cet égard). Il est vrai que, par l’intermédiaire de la FATCA, le Congrès a tenté de faire des demandes extraterritoriales à l’égard de personnes ayant le statut d’une personne des États-Unis. Il est vrai que l’AIG requiert l’assistance explicite du Canada à l’égard de la compétence extraterritoriale d’un État souverain étranger. Et il

[53] In this respect, the parties to the Canada-U.S. Tax Treaty are cognizant that Canada and the U.S. are sovereign countries. Indeed, Part XVIII of the ITA has been enacted by Parliament and has been legally in force in Canada since June 19, 2014, the day on which the IGA Implementation Act came into force. Sections 266 to 269 of the ITA must be respected and the obligations contracted by Canada under Article 2 of the IGA must be carried out and enforced domestically. In the case of non-compliance, if the matter is not resolved in the 18-month delay mentioned in the IGA, the U.S. shall treat the reporting Canadian financial institution as a non-participating financial institution (Article 5, subparagraph 2(b) of the IGA).

[54] The Government of Canada purports to legally authorize, under subparagraph 241(4)(e)(xii) of the ITA, the disclosure by the CRA to the IRS of all taxpayer information collected by financial institutions pursuant to Part XVIII of the ITA. The latter provision allows an official of the CRA—as defined in subsection 241(10)—to disclose information, allow access to information, or allow the inspection of information pursuant to a provision “for the purposes of ... a provision contained in a tax treaty with another country or in a listed international agreement” (ITA subparagraph 241(4)(e)(xii)). Is this exchange scheme legal?

*The interpretation issue raised by the plaintiffs*

[55] In exercising its competent authority power to exchange taxpayer information with a treaty partner, the CRA does not consider whether a Canadian taxpayer whose information is subject to exchange—whether automatic or otherwise—would have an impact on a tax liability in the receiving state. That being said, the defendants assured the Court that Canadian citizens or persons residing permanently in Canada will continue to enjoy the protections mentioned in the Canada-U.S. Tax

est vrai aussi que la menace de sanctions économiques est une affaire sérieuse qui mérite que la communauté internationale l'examine là où on l'exerce.

[53] À cet égard, les parties à la Convention fiscale Canada-États-Unis sont conscientes que le Canada et les États-Unis sont des États souverains. En fait, la partie XVIII de la LIR a été édictée par le Parlement et est légalement en vigueur au Canada depuis le 19 juin 2014, date de l'entrée en vigueur de la Loi de mise en œuvre de l'AIG. Les articles 266 à 269 de la LIR doivent être respectés et les obligations contractées par le Canada aux termes de l'article 2 de l'AIG doivent être exercées et appliquées à l'échelon national. En cas d'infraction, si l'affaire n'est pas réglée dans le délai de 18 mois prévu par l'AIG, les États-Unis traiteront l'institution financière canadienne déclarante comme une institution financière non participante (article 5, sous-alinéa 2b) de l'AIG).

[54] Le gouvernement du Canada entend légalement autoriser, en application du sous-alinéa 241(4)e)(xii) de la LIR, la communication, par l'ARC à l'IRS, de tous les renseignements fiscaux que recueillent les institutions financières aux termes de la partie XVIII de la LIR. Cette dernière disposition autorise un fonctionnaire de l'ARC — défini au paragraphe 241(10) — à communiquer des renseignements, donner accès à des renseignements ou autoriser l'examen de renseignements en conformité avec une disposition d'une convention fiscale « pour [l']application [d']une disposition d'un traité fiscal ou d'un accord international désigné » (sous-alinéa 241(4)e)(xii) de la LIR). Ce système d'échange est-il légal?

*La question d'interprétation soulevée par les demandereses*

[55] En exerçant son pouvoir d'autorité compétente pour échanger des renseignements fiscaux avec un pays signataire d'une convention, l'ARC n'examine pas si le fait d'être un contribuable canadien dont les renseignements sont susceptibles d'être échangés — automatiquement ou non — aurait une incidence sur une obligation fiscale dans l'État de réception. Cela dit, les défendeurs ont assuré à la Cour que les citoyens canadiens ou les personnes résidant de manière permanente

Treaty. Although this treaty does not prevent the collection and the automatic disclosure of taxpayer information mentioned in Article 2 of the IGA with respect to U.S. reportable accounts mentioned in section 264 of the ITA, the defendants take the position that the IRS cannot use such information to administer non-tax laws (such as the U.S. *Bank Secrecy Act* [31 U.S.C. § 5311 (2012)]) or in its dealings with federal entities (such as the Financial Crimes Enforcement Network of the U.S. Treasury Department) who are involved in money laundering repression. Indeed, the CRA will not assist the U.S. in collecting non-tax related penalties such as penalties for failing to file the FBAR. Moreover, while the Canada-U.S. treaty says that Canada may assist the U.S. in collecting certain taxes, it also says that the Canadian authorities will not assist the U.S. authorities in collecting a U.S. tax liability if the person was a Canadian citizen when the liability arose.

[56] The plaintiffs respectfully disagree with the defendants' broad interpretation of the impugned provisions. Indeed, they consider that under the terms of the Canada-U.S. Tax Treaty, the exceptions to the confidentiality rule found in section 241 of the ITA do not apply to the exchange of the information collected by Canadian financial institutions under Part XVIII of the ITA (sections 263 to 269). The plaintiffs' fundamental proposition is that the Canada-U.S. Tax Treaty limits the collection and automatic disclosure of account holder information relating to a taxable period in which the taxpayer was a citizen of Canada. Overall, the plaintiffs submit that the terms of the IGA and the Canada-U.S. Tax Treaty can be read in harmony. Thus, the paramountcy clauses contained in both the IGA Implementation Act and the Tax Convention Act are not engaged because there is no conflict. The plaintiffs underline that the express terms of the IGA indicate that it is subject to the provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty. Accordingly, Canada can comply with both the impugned provisions and the Canada-U.S. Tax Treaty by collecting account holder

au Canada continueront de bénéficier des protections mentionnées dans la Convention fiscale Canada-États-Unis. Cette dernière n'empêche pas la collecte et la communication automatique de renseignements fiscaux qui sont mentionnés à l'article 2 de l'AIG au sujet des comptes déclarables des États-Unis qui sont mentionnés à l'article 264 de la LIR, mais les défendeurs sont d'avis que l'IRS ne peut pas se servir de ces renseignements pour faire appliquer des lois non fiscales (comme la *Bank Secrecy Act* [31 U.S.C. § 5311 (2012)] des États-Unis) ou dans le cadre de ses rapports avec des entités fédérales (comme le Financial Crimes Enforcement Network du département du Trésor des États-Unis) qui s'occupent de la lutte contre le blanchiment d'argent. En fait, l'ARC n'aidera pas les États-Unis à percevoir des sanctions de nature non fiscale, comme celles qui sont prévues pour avoir omis de produire les déclarations de comptes bancaires étrangers (DCBE). De plus, même si la Convention Canada-États-Unis indique que le Canada peut aider les États-Unis à percevoir certains montants d'impôt ou de taxe, elle dit aussi que les autorités canadiennes n'aideront pas les autorités américaines à percevoir une dette fiscale américaine si la personne avait la citoyenneté canadienne au moment où la dette a pris naissance.

[56] Les demandresses, en toute déférence, ne souscrivent pas à la manière large dont les défendeurs interprètent les dispositions contestées. En fait, elles sont d'avis qu'aux termes de la Convention fiscale Canada-États-Unis, les exceptions à la règle de la confidentialité qui figurent à l'article 241 de la LIR ne s'appliquent pas à l'échange des renseignements que recueillent les institutions financières canadiennes en application de la partie XVIII (les articles 263 à 269). Les demandresses sont fondamentalement d'avis que la Convention fiscale Canada-États-Unis limite la collecte et la communication automatiques des renseignements relatifs aux titulaires de compte qui se rapportent à une période imposable au cours de laquelle le contribuable était citoyen du Canada. Dans l'ensemble, elles soutiennent que les modalités de l'AIG et celles de la Convention fiscale Canada-États-Unis peuvent être interprétées de façon à s'harmoniser. Les dispositions en matière de prépondérance que contiennent à la fois la Loi de mise en œuvre de l'AIG et la Loi sur la Convention fiscale ne sont pas en cause, parce qu'il n'y a aucun conflit. Les

information pursuant to the IGA, and disclosing it pursuant to the terms of the Canada-U.S. Tax Treaty. I have closely examined the plaintiffs' submissions in this regard, and, in final analysis, find them unfounded in law or in fact. For the sake of clarity, they can be briefly summarized as follows.

[57] First, the plaintiffs rely on Article XXVI A of the Canada-U.S. Tax Treaty which states that Canada may not provide the U.S. with assistance in the collection of revenue claims to the extent that the taxpayer in question was a citizen of Canada at the time the revenue claim arose. More particularly, they refer to paragraphs 1 and 8 which read as follows:

#### ARTICLE XXVI A

##### ASSISTANCE IN COLLECTION

1. The Contracting States undertake to lend assistance to each other in the collection of taxes referred to in paragraph 9, together with interest, costs, additions to such taxes and civil penalties, referred to in this Article as a "revenue claim".

...

8. No assistance shall be provided under this Article for a revenue claim in respect of a taxpayer to the extent that the taxpayer can demonstrate that

(a) Where the taxpayer is an individual, the revenue claim relates either to a taxable period in which the taxpayer was a citizen of the requested State or, if the taxpayer became a citizen of the requested State at any time before November 9, 1995 and is such a citizen at the time the applicant State applies for collection of the claim, to a taxable period that ended before November 9, 1995. [Emphasis added.]

demanderses soulignent qu'il ressort des dispositions expresses de l'AIG que ce dernier est assujéti aux dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis. Le Canada peut donc se conformer à la fois aux dispositions contestées et à la Convention fiscale Canada-États-Unis en recueillant des renseignements relatifs aux titulaires de compte dans le cadre de l'AIG, et les communiquer en vertu des dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis. J'ai examiné attentivement les observations des demanderses à cet égard et, en fin de compte, je conclus qu'elles ne sont fondées ni en droit ni en fait. Par souci de clarté, il est possible de les résumer brièvement comme suit.

[57] Premièrement, les demanderses se fondent sur l'article XXVI A de la Convention fiscale Canada-États-Unis, lequel prévoit que le Canada ne peut aider les États-Unis à percevoir des créances fiscales dans la mesure où le contribuable en question était citoyen du Canada à l'époque où la créance a pris naissance. Plus précisément, elles se reportent aux paragraphes 1 et 8, qui sont libellés ainsi :

#### ARTICLE XXVI A

##### ASSISTANCE EN MATIÈRE DE PERCEPTION

1. Les États contractants s'engagent à se prêter mutuellement assistance pour percevoir les impôts visés au paragraphe 9, ainsi que les intérêts, frais, impôts supplémentaires et pénalités civiles, dénommés, « créances fiscales » dans le présent article.

[...]

8. L'assistance prévue par le présent article n'est pas fournie à l'égard d'une créance fiscale concernant un contribuable si celui-ci peut établir que,

a) lorsque le contribuable est une personne physique, la créance fiscale concerne soit une période imposable au cours de laquelle le contribuable était un citoyen de l'État requis ou, si le contribuable est devenu citoyen de l'État requis avant le 9 novembre 1995 et est citoyen au moment où l'État requérant demande la perception de la créance, soit une période imposable qui a pris fin avant le 9 novembre 1995. [Non souligné dans l'original.]

[58] The plaintiffs therefore argue that to the extent that Canada’s disclosure of account holder information to the U.S. constitutes “assistance in collection”, Canada is prohibited from disclosing such information as it relates to Canadian citizens. The plaintiffs submit that “lending assistance” should be construed as being broader than simply engaging in the mechanics of actually collecting an amount owing; rather, the collection of information is a key component of the tax collection process. As a result, account holder information should not be disclosed in cases in which the taxpayer was a Canadian citizen at the time the revenue claim arose.

[59] Second, the plaintiffs further submit that it is not sufficient that the CRA be satisfied that the account holder information collected by the reporting institutions on U.S. persons is authorized by the terms by the IGA. The plaintiffs submit that this information must also be shown to “be relevant” for carrying out the provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty or the domestic laws of Canada or the U.S. The “may be relevant” test mentioned in Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty must be satisfied on a case by case basis; there may be no “fishing expeditions”. Thus, the automatic disclosure of taxpayer information in cases of *bona fide* residents of Canada who are U.S. citizens is simply not authorized by Article XXVII as it has been interpreted in the past (or according to OECD interpretative instruments or extrinsic aids cited by counsel at the hearing). In its relevant portion, paragraph 1 of Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty stipulates:

#### ARTICLE XXVII

##### EXCHANGE OF INFORMATION

1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as may be relevant for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes

[58] Les demandresses font donc valoir que dans la mesure où la communication, par le Canada, de renseignements relatifs aux titulaires de compte aux États-Unis constitue une « assistance pour percevoir les impôts », il est interdit au Canada de communiquer de tels renseignements s’ils se rapportent à des citoyens canadiens. Elles soutiennent que le fait de « prêter assistance » doit être interprété comme ayant une plus grande portée que le simple fait de prendre les mesures nécessaires pour percevoir concrètement un montant exigible; la collecte de renseignements est plutôt un aspect clé du processus de perception d’impôts. Il ne faudrait donc pas communiquer de renseignements relatifs à un titulaire de compte si le contribuable était citoyen canadien à l’époque où la créance fiscale a pris naissance.

[59] Deuxièmement, les demandresses soutiennent par ailleurs qu’il ne suffit pas que l’ARC soit convaincue que les renseignements relatifs aux titulaires de compte que recueillent les institutions déclarantes au sujet de personnes des États-Unis sont autorisés par les modalités de l’AIG. Elles ajoutent qu’il doit également être démontré que ces renseignements sont « pertinents » pour l’application de la Convention fiscale Canada-États-Unis ou des lois internes du Canada ou des États-Unis. Il est nécessaire de satisfaire au cas par cas au critère des « renseignements pertinents » qui est mentionné à l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis; il ne peut pas y avoir de « recherche à l’aveuglette ». C’est donc dire que la communication automatique de renseignements fiscaux, dans le cas d’authentiques résidents du Canada qui sont citoyens des États-Unis, n’est tout simplement pas autorisée par l’article XXVII, conformément à la manière dont celui-ci a été interprété dans le passé (ou en fonction d’instruments d’interprétation ou d’aides extrinsèques de l’OCDE que les avocats ont cités à l’audience). Le passage pertinent du paragraphe 1 de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis prévoit ce qui suit :

#### ARTICLE XXVII

##### ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS

1. Les autorités compétentes des États contractants échangent les renseignements pertinents à l’application des dispositions de la présente Convention ou à celles de la législation interne des États contractants relatives aux

to which this Convention applies insofar as the taxation thereunder is not contrary to this Convention. [Emphasis added.]

[60] Since paragraph 1 of Article XXVII limits the disclosure of information to circumstances in which the information “may be relevant” for carrying out the provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty, or of the domestic laws of Canada or the U.S., the plaintiffs claim that this provision would make the disclosure of taxpayer information mentioned in the IGA unlawful in relation to a vast majority of U.S. persons resident in Canada, regardless of whether or not they are Canadian citizens. Since most U.S. persons resident in Canada do not owe taxes to the U.S., the plaintiffs argue that their account holder information is of no relevance to the U.S. in imposing its income tax, and therefore does not fall within the scope of information that may be disclosed pursuant to Article XXVII. In cases in which such information may be relevant, however, the plaintiffs argue that Canada has the ability to disclose such account holder information in a more selective manner. Such would be the case where there are tax treaty gaps—that is, in cases where a Canadian citizen with U.S. person status may be subject to U.S. taxation on their Canadian-source income (Christians expert report, paragraph 10). In addition, the information that would be relevant to a U.S. tax assessment of a collectible tax debt in Canada would generally be reported or disclosed to the CRA by the taxpayer or a third party charged with such reporting.

[61] Subject to the objection made by the defendants that expert evidence must be limited to the state of U.S. domestic tax laws, Professor Christians goes on to state (paragraph 23):

Accordingly, the type of information that may be relevant to the assessment of a US tax debt is already disclosed to the CRA in most cases by the taxpayer or by a third party with the exception of the sale of a

impôts auxquels s’applique la présente Convention dans la mesure où l’imposition qu’elle prévoit n’est pas contraire à la présente Convention. [Non souligné dans l’original.]

[60] Les demandresses soutiennent qu’étant donné que le paragraphe 1 de l’article XXVII limite la communication de renseignements aux situations dans lesquelles ces renseignements peuvent être « pertinents » à l’application des dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis, ou à celles des lois internes du Canada ou des États-Unis, ce paragraphe rendrait illégale la communication des renseignements fiscaux mentionnés dans l’AIG pour une grande majorité des personnes des États-Unis qui résident au Canada, qu’elles aient la citoyenneté canadienne ou non. Elles font valoir qu’étant donné que la plupart des personnes des États-Unis qui résident au Canada n’ont pas d’impôt à payer aux États-Unis, les renseignements relatifs à leurs comptes ne sont d’aucune utilité aux États-Unis pour ce qui est de l’impôt sur le revenu de ce pays et ils n’entrent donc pas dans la catégorie de renseignements pouvant être communiqués aux termes de l’article XXVII. Toutefois, elles ajoutent que, dans les cas où de tels renseignements seraient pertinents, le Canada a la possibilité de les communiquer d’une manière plus sélective. Ce serait le cas s’il y a des lacunes dans la convention fiscale — c’est-à-dire, dans les cas où un citoyen canadien ayant le statut de personne des États-Unis est peut-être assujéti à l’impôt des États-Unis sur ses revenus de source canadienne (rapport d’expert de Christians, paragraphe 10). De plus, les renseignements qui pourraient être pertinents pour une cotisation d’impôt des États-Unis à l’égard d’une créance fiscale percevable au Canada seraient généralement déclarés ou communiqués à l’ARC par le contribuable ou par une tierce partie chargée de faire une telle déclaration.

[61] Sous réserve de l’objection formulée par les défendeurs, à savoir que la preuve d’expert doit être circonscrite à l’état de la législation fiscale interne des États-Unis, la professeure Christians ajoute (paragraphe 23) :

[TRADUCTION] C’est donc dire que le genre de renseignements qui peuvent être pertinents pour l’établissement d’une cotisation relative à une créance fiscale américaine sont déjà communiqués à l’ARC dans la

personal residence. Canada and the United States are aware of the Tax Treaty Gaps. In cases involving such Gaps, the necessary tax reporting is required or if need be compelled by the CRA. In virtually all cases in which US taxation would actually apply, information compiled by the CRA that identifies Canadian residents who have US Person status could be cross-referenced with the information received by the CRA that is relevant to the Tax Treaty Gaps. [Emphasis added.]

In this way, the plaintiffs submit that Canada can satisfy the terms of the IGA while also acting within the bounds of Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty.

[62] Third, the plaintiffs submit that the collection and disclosure of the taxpayer information contemplated by the IGA subjects U.S. nationals resident in Canada to taxation and requirements connected therewith that are more burdensome than the taxation and requirements connected therewith to which Canadian citizens resident in Canada are subjected. The plaintiffs rely on Article XXV of the Canada-U.S. Tax Treaty, notably paragraph 1, which reads as follows:

#### ARTICLE XXV

##### NON-DISCRIMINATION

1. Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith that is more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, particularly with respect to taxation on worldwide income, are or may be subjected. This provision shall also apply to individuals who are not residents of one or both of the Contracting States. [Emphasis added.]

[63] According to Article XXV, Canada may not subject U.S. nationals to “any taxation or requirement” therewith that is more burdensome than “the taxation and connected requirements” to which Canadian nationals are or may be subjected in the same circumstances. The plaintiffs note that the impugned provisions contemplate the provision by Canada of the account holder

plupart des cas par le contribuable ou une tierce partie, sauf dans le cas de la vente d’une résidence personnelle. Le Canada et les États-Unis sont au courant des lacunes dans la convention fiscale. Dans les affaires qui mettent en cause de telles lacunes, la déclaration fiscale nécessaire est requise ou, au besoin, exigée par l’ARC. Dans la quasi-totalité des cas où un impôt américain s’appliquerait concrètement, les renseignements recueillis par l’ARC qui identifient les résidents canadiens ayant le statut de personne des États-Unis pourraient être recoupés avec les renseignements reçus de l’ARC qui sont pertinents à l’égard des lacunes dans la convention fiscale. [Non souligné dans l’original.]

De cette façon, soutiennent les demanderesse, le Canada est en mesure de respecter les modalités de l’AIG tout en agissant dans les limites de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

[62] Troisièmement, les demanderesse font valoir que la collecte et la communication des renseignements fiscaux qu’envisage l’AIG soumettent les ressortissants américains résidant au Canada à une imposition et à des obligations connexes qui sont plus contraignantes que celles auxquelles sont assujettis les citoyens canadiens résidant au Canada. Elles invoquent l’article XXV de la Convention fiscale Canada-États-Unis, et notamment le paragraphe 1, dont le texte est le suivant :

#### ARTICLE XXV

##### NON-DISCRIMINATION

1. Les nationaux d’un État contractant ne sont soumis dans l’autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État qui se trouvent dans la même situation, surtout à l’égard de l’impôt sur le revenu mondial. La présente disposition s’applique également aux personnes physiques qui ne sont pas des résidents d’un État contractant ou des deux États contractants. [Non souligné dans l’original.]

[63] Aux termes de l’article XXV, le Canada ne peut soumettre des ressortissants des États-Unis à « aucune imposition ou obligation y relative » plus contraignante que « celles auxquelles » sont ou pourraient être assujettis des ressortissants canadiens qui se trouvent dans la même situation. Les demanderesse signalent que les dispositions contestées envisagent la communication,

information of U.S. persons to the U.S. Considering that such information would not be provided in relation to accounts held by Canadian nationals who are not considered U.S. persons, the plaintiffs assert that the impugned provisions fall afoul of this Article. The plaintiffs submit that the differential impact of the impugned provisions on Canadian citizens who are U.S. persons will include a loss of privacy under the provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty and the ITA with respect to the disclosed information (in this summary trial we are not dealing with privacy rights asserted by the plaintiffs on the basis of quasi-constitutional laws or the Charter). It will also include the increased financial burden of individuals having to file many tax related forms, or of having to provide financial institutions with additional documentation (for example, a “certificate of loss of citizenship”), as well as the legal and accounting costs associated with such documentation if individuals do not wish their accounts to be treated as U.S. reportable accounts.

[64] The plaintiffs further submit that under section 241 of the ITA, Crown servants and other officials or representatives of government agencies are generally prohibited from knowingly providing or allowing to be provided any taxpayer information to any person. While subsection 241(4) creates exceptions to this rule, on the basis of which it would be lawful to provide or allow access to such information, the plaintiffs argue that the impugned provisions and the IGA are not a tax treaty or listed agreement within the definition of subsection 241(4), and therefore do not fall within these exceptions. Alternatively, even if the IGA did fall within the exception provided by section 241, the exchange of account holder information cannot occur pursuant to Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty because such taxpayer information does not meet the “may be relevant” standard. As a result, such an exchange would still violate section 241 of the ITA.

par le Canada aux États-Unis, de renseignements relatifs aux comptes de personnes des États-Unis. Elles affirment qu'étant donné que ces renseignements ne seraient pas communiqués en lien avec des comptes détenus par des ressortissants canadiens non considérés comme des personnes des États-Unis, les dispositions contestées sont contraires à cet article. Elles ajoutent que l'impact différent des dispositions contestées sur les citoyens canadiens qui sont des personnes des États-Unis inclura une perte de vie privée sous le régime des dispositions de la Convention fiscale Canada-États-Unis et de la LIR, relativement aux renseignements communiqués (dans le présent procès sommaire, il n'est pas question des droits à la vie privée que revendiquent les demanderesse sur le fondement de lois de nature quasi constitutionnelle ou de la Charte). Cet effet inclura aussi le fardeau financier plus lourd qu'auront à supporter les personnes ayant à produire de nombreux formulaires fiscaux, ou à fournir aux institutions financières des documents supplémentaires (comme un « certificat de perte de citoyenneté »), de même que les frais juridiques et comptables associés à de tels documents si des personnes ne souhaitent pas que leurs comptes soient traités comme des comptes déclarables américains.

[64] Les demanderesse soutiennent en outre qu'aux termes de l'article 241 de la LIR, il est généralement interdit aux fonctionnaires et aux autres agents ou représentants d'organismes gouvernementaux de fournir sciemment à quiconque des renseignements relatifs à un contribuable ou d'en permettre sciemment la prestation. Le paragraphe 241(4) crée des exceptions à cette règle, sur le fondement desquelles il serait illégal de fournir de tels renseignements ou de permettre d'y avoir accès, mais les demanderesse soutiennent que les dispositions contestées et l'AIG ne sont pas un traité fiscal ou un accord désigné au sens de la définition donnée au paragraphe 241(4), et qu'elles ne tombent donc pas sous le coup de ces exceptions. Subsidiairement, même si l'AIG tombait bel et bien sous le coup de l'exception prévue à l'article 241, il ne peut pas y avoir d'échange de renseignements relatifs à des titulaires de compte en vertu de l'article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, car les renseignements de cette nature ne répondent pas aux critères des renseignements « pertinents ». Dans ce contexte, un tel échange serait quand même contraire à l'article 241 de la LIR.

[65] All these arguments are unfounded in law or otherwise unconvincing in light of the evidence on record. I agree with the defendants that the plaintiffs misread the IGA and the Canada-U.S. Tax Treaty in a way that frustrates the intention of the parties. It is manifest that the authority to exchange automatically on an annual basis the information obtained by Canada pursuant to the terms of the IGA indeed derives from Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty, which does not expressly prohibit such disclosure. The provisions of the IGA are clear. The IGA has force of law in Canada. Sections 266 to 269 of the ITA are compulsory. While all information exchanged is protected by the confidentiality provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty and the ITA, the exceptions created under subsection 241(4) of the ITA are applicable to the impugned provisions and the IGA.

[66] The Canada-U.S. Tax Treaty cannot be interpreted in a vacuum: the fact is that Canada and the U.S. entered into an intergovernmental agreement in 2014, purportedly under the authority of the Canada-U.S. Tax Treaty. “In interpreting a treaty, the paramount goal is to find the meaning of the words in question. This process involves looking to the language used and the intentions of the parties” (*Crown Forest Industries*, above, at page 814). In the present case, the words used by the parties to the IGA are explicit and the intention of the contracting governments is clear: they agree to obtain and exchange annually on an automatic basis all relevant information respecting reportable accounts subject to the confidentiality and other provisions of the Canada-U.S. Tax Treaty.

[67] This intention is apparent from Article 2 and paragraph 7 of Article 3 of the IGA, which provide that:

#### ARTICLE 2

**Obligations to Obtain and Exchange Information  
with Respect to Reportable Accounts**

[65] Tous ces arguments ne sont pas fondés en droit, ou sont par ailleurs peu convaincants au vu de la preuve figurant dans le dossier. Je conviens avec les défendeurs que les demanderesses ont interprété erronément l’AIG et la Convention fiscale Canada-États-Unis, et ce, d’une manière qui contrecarre l’intention des parties. Il est évident que le pouvoir d’échanger automatiquement, chaque année, les renseignements que le Canada obtient conformément aux modalités de l’AIG découle bel et bien de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, qui n’interdit pas expressément une telle mesure. Les modalités de l’AIG sont claires. L’AIG a force de loi au Canada. Les articles 266 à 269 de la LIR sont obligatoires. Même si tous les renseignements échangés sont protégés par les dispositions en matière de confidentialité de la Convention fiscale Canada-États-Unis et la LIR, les exceptions que crée le paragraphe 241(4) de la LIR s’appliquent aux dispositions contestées et à l’AIG.

[66] On ne saurait interpréter la Convention fiscale Canada-États-Unis dans le vide : le fait est que le Canada et les États-Unis ont conclu un accord intergouvernemental en 2014, censément sous le régime de la Convention fiscale Canada-États-Unis. « L’interprétation d’un traité vise d’abord et avant tout à trouver le sens des termes en question. Il convient donc de considérer le langage utilisé ainsi que l’intention des parties » (arrêt *Crown Forest Industries*, précité, à la page 814). En l’espèce, les termes qu’emploient les parties à l’AIG sont explicites et l’intention des gouvernements contractants est claire : ils conviennent d’obtenir et d’échanger chaque année, de manière automatique, tous les renseignements pertinents qui se rapportent aux comptes déclarables, sous réserve des dispositions en matière de confidentialité et d’autre nature de la Convention fiscale Canada-États-Unis.

[67] Cette intention ressort clairement de l’article 2 et du paragraphe 7 de l’article 3 de l’AIG, lesquels sont libellés ainsi :

#### ARTICLE 2

**Obligations d’obtenir et d’échanger des renseignements concernant les comptes déclarables**

1. ... each Party shall obtain the information specified in paragraph 2 of this Article with respect to all Reportable Accounts and shall annually exchange this information with the other Party on an automatic basis pursuant to the provisions of Article XXVII of the Convention.

...

### ARTICLE 3

#### Time and Manner of Exchange of Information

...

7. All information exchanged shall be subject to the confidentiality and other provisions provided for in the Convention, including the provisions limiting the use of the information exchanged. [Emphasis added.]

[68] The interpretation proposed by the defendants is also consistent with the goals and purposes of the Canada-U.S. Tax Treaty and the intent expressed by the parties to the IGA. Compliance under the Canada-U.S. Tax Treaty supposes that all U.S. persons will file the required tax reports and declare their taxable income. Under U.S. domestic tax laws, this includes the plaintiffs and other Canadian residents having dual citizenship. Overall, I am satisfied that the automatic collection and disclosure of the account holder information covered by the IGA meets the standard of “may be relevant” under Article XXVII, having regard to the purposes of the Canada-U.S. Tax Treaty, the language of Article XXVII, and the overall legal and factual context. The plaintiffs’ reading of the “may be relevant” standard is erroneous because it rests on fundamental misconceptions about the purpose of the Canada-U.S. Tax Treaty, the purpose of FATCA, and the correct approach to treaty interpretation. Article XXVII does not provide Canada with an opportunity to object to U.S. tax policy choices.

1. [...] chaque partie obtient les renseignements visés au paragraphe 2 du présent article pour tous les comptes déclarables et elle échange ces renseignements chaque année avec l’autre partie de manière automatique conformément aux dispositions de l’article XXVII de la Convention.

[...]

### ARTICLE 3

#### Calendrier et modalités des échanges de renseignements

[...]

7. Tous les renseignements échangés sont assujettis aux obligations de confidentialité et autres garanties prévues par la Convention, y compris les dispositions qui en limitent l’utilisation. [Non souligné dans l’original.]

[68] L’interprétation que proposent les défendeurs concorde également avec les buts et les objets de la Convention fiscale Canada-États-Unis, ainsi qu’avec l’intention qu’ont exprimée les parties à l’AIG. Aux termes de la Convention fiscale Canada-États-Unis, l’observation des règles fiscales suppose que toutes les personnes des États-Unis produiront les déclarations d’impôt requises et déclareront leurs revenus imposables. Aux termes de la législation fiscale interne des États-Unis, cela inclut les demanderesse et les autres résidents canadiens ayant la double citoyenneté. Dans l’ensemble, je suis convaincu que la collecte et la communication automatiques des renseignements relatifs aux titulaires de compte que vise l’AIG satisfont aux critères des renseignements « pertinents » dont il est question à l’article XXVII, compte tenu des objets de la Convention fiscale Canada-États-Unis, du libellé de l’article XXVII et du contexte juridique et factuel général. Les demanderesse interprètent le critère des renseignements « pertinents » de façon erronée, car cette interprétation repose sur des conceptions erronées fondamentales quant à l’objet de la Convention fiscale Canada-États-Unis, à l’objet de la FATCA ainsi qu’à la manière juste d’aborder l’interprétation des conventions et des traités. L’article XXVII ne procure pas au Canada un moyen de s’opposer aux choix que font les États-Unis sur le plan de leurs politiques fiscales.

[69] At the risk of repeating myself, FATCA is about U.S. tax compliance. In 2014, the U.S. and Canadian governments, being both “supportive of applying the underlying policy goal of FATCA on a reciprocal basis to improve tax compliance”, signed the IGA. The IGA creates a framework whereby certain Canadian financial institutions obtain FATCA-compliant status, while others are exempted from FATCA disclosure requirements altogether (see Article 4 of the IGA). In addition, the IGA allows for the U.S. to engage in reciprocal tax information exchange with Canada concerning financial accounts held by Canadian residents at U.S. institutions (see Article 2, paragraph 2b) of the IGA). According to the terms of the IGA, Canadian financial institutions are not permitted to opt out of these information-sharing requirements. If financial institutions do not or cannot agree to disclose U.S. account holder information to the U.S., they may be subject to the 30 percent withholding tax described above. Indeed, the Canadian and U.S. governments are obliged to “implement as necessary requirements to prevent Financial Institutions from adopting practices intended to circumvent the reporting required under [the IGA]” (Article 5, paragraph 4 of the IGA).

[70] The IGA establishes a special regime for information collection and reporting that the U.S. government considers necessary to administer its income tax or tax liability system. The argument that relevance under Article XXVII of the Canada-U.S. Tax Treaty is limited to situations in which a Canadian resident would owe tax in the U.S. is wrong. It is impossible in practice to administer Article XXVII as the plaintiffs argue. It is also unreasonable to conclude that the governments of Canada and the U.S. entered into an intergovernmental agreement which should be interpreted in a way that renders it practically impossible to perform. According to section 269 of the ITA, if a Canadian financial institution makes a reasonable determination that it is to be treated as a “deemed-compliant FFI” under Annex II of the IGA, Part XVIII [of the ITA] applies to the institution, with such modifications as the circumstances

[69] Au risque de me répéter, la FATCA a traité au respect des obligations fiscales américaines. En 2014, les gouvernements des États-Unis et du Canada, soutenant tous deux « l’application, sur une base de réciprocité, de l’objectif stratégique fondamental de la loi FATCA en vue d’améliorer l’observation fiscale », ont signé l’AIG. Ce dernier crée un cadre par lequel certaines institutions financières canadiennes obtiennent un statut conforme à la FATCA, tandis que d’autres sont entièrement exemptées des exigences de la FATCA en matière de communication (voir l’article 4 de l’AIG). De plus, l’AIG permet aux États-Unis d’entreprendre un échange réciproque de renseignements fiscaux avec le Canada au sujet des comptes financiers que détiennent des résidents canadiens auprès d’institutions américaines (voir l’article 2, alinéa 2b) de l’AIG). Selon les modalités de l’AIG, les institutions financières canadiennes ne sont pas autorisées à se soustraire à ces exigences en matière d’échange de renseignements. Les institutions financières qui n’acceptent pas ou ne sont pas en mesure d’accepter de communiquer aux États-Unis des renseignements sur les titulaires de comptes américains peuvent être assujetties à la retenue d’impôt de 30 p. 100 qui a été décrite plus tôt. En fait, les gouvernements du Canada et des États-Unis sont obligés de « mett[re] en œuvre au besoin des mesures afin d’empêcher les institutions financières de recourir à des pratiques leur permettant de contrevenir aux obligations de déclaration prévues [par l’AIG] » (article 5, paragraphe 4 de l’AIG).

[70] L’AIG établit, pour la collecte et la déclaration de renseignements, un régime spécial que le gouvernement des États-Unis considère comme nécessaire pour l’application de son système d’impôt sur le revenu ou d’assujettissement à l’impôt. L’argument selon lequel la pertinence, aux termes de l’article XXVII de la Convention fiscale Canada-États-Unis, se limite aux situations dans lesquelles un résident canadien devrait de l’impôt aux États-Unis est erroné. Il est impossible en pratique d’appliquer cet article de la manière que le prétendent les demandesses. Il est déraisonnable aussi de conclure que les gouvernements du Canada et des États-Unis ont signé un accord intergouvernemental qu’il faudrait interpréter d’une manière qui le rend presque impossible à appliquer. Selon l’article 269 de la LIR, si une institution financière canadienne démontre de manière raisonnable qu’elle doit être traitée comme

require, to the extent that the IGA imposes due diligence and reporting obligations on the institution (section 269 of the ITA).

[71] I also accept that by analogy, the FATCA reporting requirements are similar in principle to certain Canadian reporting requirements under the ITA that also do not require information indicating income tax or tax liability. For example, section 233.3 of the ITA requires certain Canadian taxpayers to report holdings of a wide range of foreign property with a cost of more than \$100 000—including funds deposited in foreign accounts—regardless of whether or not that property generates income that is taxable in Canada. These reporting requirements exist to assist the CRA in administering the Canadian tax system. It cannot reasonably be argued that similar kinds of information about U.S. taxpayers is not relevant to carrying out the provisions of U.S. tax laws in respect of Canadian residents who are U.S. persons.

[72] I also fail to see the application of Article XXVI A of the Canada-U.S. Tax Treaty at this point in time. It is not challenged by the defendants that Article XXVI A clearly prevents Canada from providing the U.S. with assistance in the collection of revenue claims to the extent that the taxpayer in question was a citizen of Canada at the time the revenue claim arose. I agree with the defendants that Article XXVI A applies only to cases in which tax liability has been determined and is enforceable, and does not apply to the assessment of tax payable, the verification of taxpayer compliance, or related exchanges of information. Accordingly, I find that the automatic exchange of information allowed by the IGA does not amount at the present time to providing assistance in collection, and is thus not captured under this Article. The plaintiffs have conflated the assessment of taxes, verification of compliance, and collection of penalties possibly due by U.S. persons for non-reporting.

une « IFE réputée conforme » conformément à l'annexe II de l'AIG, la partie XVIII [de la LIR] s'applique à elle, avec les modifications nécessaires, dans la mesure où l'AIG lui impose des obligations de diligence raisonnable et de déclaration (article 269 de la LIR).

[71] Je conviens également, par analogie, que les exigences de la FATCA en matière de déclaration sont semblables en principe à certaines exigences canadiennes en matière de déclaration que prévoit la LIR et qui, elles aussi, n'exigent pas la production de renseignements indiquant l'existence d'un impôt sur le revenu ou d'une obligation fiscale. Par exemple, l'article 233.3 de la LIR exige que certains contribuables canadiens déclarent un large éventail de biens étrangers qu'ils possèdent et dont le coût est supérieur à 100 000 \$ — ce qui inclut les fonds déposés dans des comptes étrangers — et ce, que ces biens génèrent ou non des revenus imposables au Canada. Ces exigences en matière de déclaration ont pour but d'aider l'ARC à appliquer le régime fiscal canadien. On ne peut pas faire valoir de manière raisonnable que des types semblables de renseignements au sujet de contribuables américains ne sont pas pertinents pour appliquer les dispositions de lois fiscales américaines à l'égard de résidents canadiens qui sont des personnes des États-Unis.

[72] Je n'arrive pas non plus à voir comment s'applique à ce stade l'article XXVI A de la Convention fiscale Canada-États-Unis. Les défendeurs ne contestent pas que cet article empêche clairement le Canada d'aider les États-Unis à percevoir une créance fiscale dans la mesure où le contribuable en question était citoyen du Canada à l'époque où la créance a pris naissance. Je conviens avec les défendeurs que cet article ne vise que les situations dans lesquelles une obligation fiscale a été déterminée et est exécutoire, et non l'établissement de la cotisation relative à l'impôt exigible, la vérification de l'observation du contribuable ou les échanges connexes de renseignements. Je conclus donc que l'échange automatique de renseignements qu'autorise l'AIG n'équivaut pas à ce stade-ci à prêter assistance sur le plan de la perception et que cette mesure ne tombe donc pas sous le coup de cet article. Les demanderesse ont confondu l'établissement des cotisations d'impôt, la

The arguments made in this respect are not relevant and are premature in any event.

[73] I also find that the non-discrimination provision of Article XXV [of the Canada U.S. Tax Treaty] is not applicable in the present case. The IGA and Part XVIII of the ITA do not impose more burdensome requirements connected with taxation on the plaintiffs; the burden of disclosing banking information is imposed by Part XVIII on financial institutions, who are resident in Canada, and on Canadian branches of non-resident financial institutions; and to the extent that the IGA and Part XVIII of the ITA impose burdensome requirements connected to taxation of U.S. nationals resident in Canada, such burden is equally imposed on Canadian nationals in similar circumstances. Accordingly, this argument must also be dismissed.

[74] Finally, it is not challenged that according to paragraph 7 of Article 3 of the IGA, all information exchanged under the IGA is subject to safeguards provided for in the Canada-U.S. Tax Treaty “including the provisions limiting the use of the information exchanged.” That being said, the CRA does not possess the necessary facts, nor the required expertise in U.S. tax law, to determine the potential U.S. tax liability of U.S. persons residing in Canada—even less so this Court. Before the double taxation provisions of a tax treaty apply (see Article XXIV of the Canada-U.S. Tax Treaty, as well as tax treaties based on the OECD model), a contracting state must first be able to determine an initial tax liability against which relief from double taxation will ultimately be available.

[75] Perhaps, as suggested by the plaintiffs, there is little reason to view “accidental Americans” such as the plaintiffs as anything other than a largely law-abiding group who stand at risk of being punished by U.S. authorities not for evading taxes, but for having failed to carefully study their form-filing obligations under

vérification de l’observation ainsi que la perception des sanctions que devront peut-être payer des personnes des États-Unis pour cause de non-déclaration. Les arguments invoqués à cet égard ne sont pas pertinents et, en tout état de cause, ils sont prématurés.

[73] Je conclus également que l’article XXV [de la Convention fiscale Canada-États-Unis] — la disposition de non-discrimination — ne s’applique pas en l’espèce. L’IGA et la partie XVIII de la LIR n’imposent pas d’exigences fiscales plus contraignantes aux demanderesse; le fardeau de communiquer des renseignements bancaires est imposé par la partie XVIII aux institutions financières résidant au Canada, ainsi qu’aux succursales canadiennes d’institutions financières non résidentes; et, dans la mesure où l’IGA et la partie XVIII de la LIR imposent des exigences fiscales contraignantes aux ressortissants américains qui résident au Canada, ce fardeau est également imposé aux ressortissants canadiens qui se trouvent dans une situation semblable. Cet argument doit donc être rejeté lui aussi.

[74] Enfin, il n’est pas contesté que, selon le paragraphe 7 de l’article 3 de l’IGA, tous les renseignements échangés en vertu de cet accord sont assujettis aux mesures de protection que prévoient la Convention fiscale Canada-États-Unis, « y compris les dispositions qui en limitent l’utilisation ». Cela dit, l’ARC ne possède pas les faits nécessaires, ni l’expertise requise en droit fiscal américain, pour déterminer l’éventuel assujettissement fiscal américain des personnes des États-Unis qui résident au Canada — et la Cour encore moins. Avant que les dispositions en matière de double imposition d’une convention fiscale s’appliquent (voir l’article XXIV de la Convention fiscale Canada-États-Unis, ainsi que les conventions fiscales fondées sur le modèle de l’OCDE), un État contractant doit tout d’abord être en mesure de déterminer une obligation fiscale initiale par rapport à laquelle il sera possible en fin de compte d’obtenir l’élimination de la double imposition.

[75] Peut-être, comme l’ont laissé entendre les demanderesse, qu’il y a peu de raisons de considérer [TRADUCTION] « les Américains par accident », ce qui est leur cas, comme autre chose qu’un groupe essentiellement respectueux des lois qui s’expose au risque d’être sanctionné par les autorités américaines non

what to them is the law of a foreign jurisdiction. The plaintiffs assert that this would be highly unjust on the part of the U.S. authorities. The defendants' learned counsel generally addressed this question in their oral arguments, stating (transcript, August 5, 2015, at page 133):

Those are all policy issues for the U.S. government and the U.S. Congress. They've made their decision as to what their laws will be. We have committed to live with that within the treaty. The treaty does not give us an opportunity to say to them, we disagree with your policies, and we will not assist you to implement them. We have agreed to assist them to the extent that information is relevant to their laws, and that's their realm.

[76] True, a great number of Canadian taxpayers holding U.S. reportable accounts are likely to be affected by a reporting system that in many quarters is considered unjust, costly and ineffective, considering that at the end of the day they are not likely to owe taxes to the U.S. In the absence of legislative provisions requiring all Canadian financial institutions (provincially and federally regulated) to automatically notify their account holders about reporting to the CRA under the IGA and Part XVIII of the ITA, these taxpayers may also be taken by surprise by any consequences that flow from such disclosure. The plaintiffs may find this deplorable, but apart from a constitutional invalidation of the impugned provisions or a change of heart by Parliament or Congress, or the governments of Canada or the U.S., there is nothing that this Court can judicially do today to change the situation. The impugned provisions have not been held to be *ultra vires* or inoperative. Judicial courage requires that judges uphold the rule of law.

pas pour avoir échappé au fisc, mais pour avoir omis d'étudier avec soin ses obligations en matière de production de formulaires, sous le régime en vertu de ce qui constitue pour ce groupe la loi d'un État étranger. Les demanderesse affirment que cela serait des plus injustes de la part des autorités américaines. Les avocats des défendeurs ont traité de façon générale de cette question dans leurs plaidoiries (transcription, 5 août 2015, à la page 133) :

[TRADUCTION] Ce sont là toutes des questions de nature stratégique pour le gouvernement et le Congrès des États-Unis. Ils ont décidé quelles seraient leurs lois. Nous nous sommes engagés à vivre avec cela dans la convention. Celle-ci ne nous donne pas une occasion de leur dire : nous ne sommes pas d'accord avec vos politiques, et nous ne vous aiderons pas à les mettre en œuvre. Nous avons convenu de les aider dans la mesure où des renseignements sont pertinents à leurs lois, et cela est de leur ressort.

[76] Certes, un grand nombre de contribuables canadiens détenant des comptes déclarables américains seront vraisemblablement touchés par un système de déclaration qui, dans bien des milieux, est considéré comme injuste, coûteux et inefficace, étant donné qu'en définitive il y a peu de chances qu'ils doivent de l'impôt aux États-Unis. En l'absence de dispositions législatives obligeant toutes les institutions financières canadiennes (sous réglementation provinciale et fédérale) à informer automatiquement leurs titulaires de comptes des déclarations à faire à l'ARC en vertu de l'AIG et de la partie XVIII de la LIR, il est possible aussi que ces contribuables soient pris par surprise par les conséquences découlant d'une telle communication. Les demanderesse peuvent bien trouver cela déplorable, mais à part une invalidation constitutionnelle des dispositions contestées ou un changement d'avis du Parlement ou du Congrès, ou des gouvernements du Canada ou des États-Unis, il n'y a rien que la Cour puisse faire aujourd'hui sur le plan judiciaire pour changer la situation. Il n'a pas été conclu que les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes. Le courage judiciaire exige que les juges fassent respecter la primauté du droit.

*Conclusion*

[77] For all these reasons, the declaratory and injunctive relief requested by the plaintiffs in their motion for summary judgment shall be denied by the Court, without prejudice to the plaintiffs' right to pursue their claim that the impugned provisions are *ultra vires* or inoperative because they are unconstitutional or otherwise unjustifiably infringe Charter rights. There shall be no costs. This is a case where, in view of the nature of the issues and the public interest involved in clarifying the scope of novel provisions affecting hundreds of thousands of Canadian citizens, no costs should be ordered against the losing parties.

*La conclusion*

[77] Pour toutes ces raisons, la Cour rejettera le jugement déclaratoire et l'injonction que les demandereses ont sollicités dans leur requête en jugement sommaire, sans qu'il soit porté atteinte à leur droit de donner suite à leur prétention selon laquelle les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes parce qu'elles sont inconstitutionnelles ou, par ailleurs, qu'elles portent indûment atteinte à des droits garantis par la Charte. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens. Il s'agit ici d'une affaire dans laquelle il n'y a pas lieu de condamner aux dépens la partie perdante, étant donné la nature des questions en litige et l'intérêt public à clarifier la portée de dispositions nouvelles qui touchent des centaines de milliers de citoyens canadiens.

## JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES THAT:

1. The declaratory and injunctive relief requested by the plaintiffs in their motion for summary judgment is denied, without prejudice to the plaintiffs' right to pursue their claim that the impugned provisions are *ultra vires* or inoperative because they are unconstitutional or otherwise unjustifiably infringe Charter rights;
2. The present motion is dismissed without costs.

## JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. le jugement déclaratoire et l'injonction que sollicitent les demandereses dans leur requête en jugement sommaire sont rejetés, sans qu'il soit porté atteinte à leur droit de donner suite à leur prétention selon laquelle les dispositions contestées sont *ultra vires* ou inopérantes parce qu'elles sont inconstitutionnelles ou, par ailleurs, qu'elles portent indûment atteinte à des droits garantis par la Charte;
2. la présente requête est rejetée, sans frais.

IMM-1133-15  
2015 FC 1190

IMM-1133-15  
2015 CF 1190

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Applicant)

v.

**Bahareh Esfand** (Respondent)

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

Federal Court, Locke J.—Vancouver, September 9;  
Montréal, October 21, 2015.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision concluding not having jurisdiction to consider application to cessate respondent's refugee status pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 108 on basis respondent not Convention refugee as contemplated in Act, s. 95(1)(a) — Respondent, citizen of Iran, dependant of husband who was determined to be Convention refugee — Respondent becoming member of Convention refugees abroad (CR-1) class under family unity policy — Applicant seeking cessation of respondent's refugee status on basis respondent voluntarily re-availing herself of protection of Iran — RPD finding applicant wrong in stating that respondent granted refugee status by virtue of finding on husband — Finding respondent became member of CR-1 class by virtue of being dependent on her husband — Whether RPD erred in finding that respondent not determined to be Convention refugee as contemplated in Act, s. 95 so that RPD not having jurisdiction to cessate refugee status — RPD's decision reasonable — Phrase "has been determined to be a Convention refugee" in Act, s. 95(1)(a) not applying to respondent — Statement in Citizenship and Immigration Canada's Overseas Processing Manual (OP) that accompanying family members deriving refugee status from principal applicant not saying respondent "has been determined to be a Convention refugee" — Applicable statutory, regulatory provisions having to be clearer for applicant's position to prevail — Question certified — Application dismissed.*

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

c.

**Bahareh Esfand** (défenderesse)

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

Cour fédérale, juge Locke—Vancouver, 9 septembre;  
Montréal, 21 octobre 2015.

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire à l'égard d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) par laquelle elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre, sur le fondement de l'art. 108 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la demande d'annulation du statut de réfugié de la défenderesse au motif que la défenderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention visée à l'art. 95(1)a de la Loi — La défenderesse est une citoyenne de l'Iran qui était une personne à charge de son époux à qui on avait reconnu la qualité de réfugié au sens de la Convention — En vertu d'une politique en matière d'unité familiale, la défenderesse est devenue membre de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières (RC-1) — Le demandeur a demandé un constat selon lequel la défenderesse avait perdu la qualité de réfugié au sens de la Convention au motif qu'elle s'était réclamée de nouveau et volontairement de la protection de l'Iran — La SPR a conclu que c'est à tort que la défenderesse affirmait que la défenderesse s'est vu reconnaître la qualité de réfugié en raison de la décision dont fait l'objet son époux — La SPR a conclu que la défenderesse a accédé à la catégorie RC-1 parce qu'elle était une personne à la charge de son époux — Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'il n'avait pas été établi que la défenderesse est une réfugiée au sens de la Convention au titre de l'art. 95 de la LIPR, de sorte que la SPR n'avait pas compétence pour examiner la demande visant à mettre fin au statut de réfugié — La décision de la SPR était raisonnable — Il n'y a pas eu, à l'égard de la défenderesse, un « constat qu'elle est [...] un réfugié au sens de la Convention » comme l'exige l'art. 95(1)a de la Loi — Le passage dans le Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP) de Citoyenneté et Immigration Canada qui indique que les membres de la famille accompagnant un demandeur principal obtiennent leur statut de réfugié du fait que le demandeur principal l'obtient ne dit pas qu'il y a eu à l'égard de la défenderesse un « constat*

This was an application for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division (RPD) concluding that it did not have the jurisdiction to consider the applicant's application to cease the refugee status of the respondent pursuant to section 108 of the *Immigration and Refugee Protection Act* because it found that the respondent is not a Convention refugee as contemplated in paragraph 95(1)(a) of the Act.

The respondent, a citizen of Iran, was a dependent of her husband who was determined to be a Convention refugee. She became a member of the Convention refugees abroad (CR-1) class under a policy of family unity. The respondent's husband had a well-founded fear of persecution based on political opinion. There was no similar finding for the respondent. The respondent returned to Iran after having renewed her Iranian passport. This prompted the applicant to seek the cessation of the respondent's Convention refugee status for voluntarily re-availing herself of the protection of Iran. The RPD found that the applicant's representative was wrong in stating that if a principal claimant is granted refugee protection by a visa officer, all the other claimants are also granted refugee status by virtue of the finding on the principal applicant. The RPD considered section 140 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations) and found that the respondent became a member of the CR-1 class by virtue of being dependent on her husband, not by virtue of being determined to be a Convention refugee.

At issue was whether the RPD erred in finding that the respondent had not been determined to be a Convention refugee as contemplated in section 95 of the Act, so that the RPD did not have the jurisdiction under section 108 to cease the respondent's refugee protection.

*Held*, the application should be dismissed.

The RPD's decision was reasonable. The present case came down to a matter of statutory interpretation, and specifically whether the phrase "has been determined to be a Convention refugee" in paragraph 95(1)(a) of the Act applied to the respondent. The statement relied upon by the applicant in Citizenship

*qu'elle est [...] un[e] réfugié au sens de la Convention* » — Il faudrait que les dispositions législatives et réglementaires soient plus claires pour que la thèse du demandeur l'emporte — Une question a été certifiée — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) par laquelle elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre, sur le fondement de l'article 108 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la demande d'annulation du statut de réfugié de la défenderesse présentée par le demandeur au motif que la défenderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention visée à l'alinéa 95(1)a) de la Loi.

La défenderesse, une citoyenne de l'Iran, était une personne à charge de son époux à qui on avait reconnu la qualité de réfugié au sens de la Convention. En vertu d'une politique en matière d'unité familiale, la défenderesse est devenue membre de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières (RC-1). L'époux de la défenderesse craignait avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques. Aucune conclusion similaire n'a été tirée à l'égard de la défenderesse. La défenderesse est retournée en Iran après avoir renouvelé son passeport iranien. Cela a amené le demandeur à demander un constat selon lequel la défenderesse avait perdu la qualité de réfugié au sens de la Convention au motif qu'elle s'était réclamée de nouveau et volontairement de la protection de l'Iran. La SPR a conclu que c'est à tort que le demandeur affirmait que si un agent des visas accorde l'asile en qualité de réfugié au demandeur d'asile principal, tous les autres demandeurs se voient aussi reconnaître la qualité de réfugié en raison de la décision dont fait l'objet le demandeur principal. La SPR a examiné l'article 140 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, (le Règlement) et a conclu que la défenderesse a accédé à la catégorie RC-1 parce qu'elle était une personne à la charge de son époux, et non parce qu'elle s'était vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention.

Il s'agissait de savoir si la SPR a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'il n'avait pas été établi que la défenderesse est une réfugiée au sens de la Convention au titre de l'article 95 de la Loi, de sorte que la SPR n'avait pas compétence pour examiner sur le fondement de l'article 108 la demande visant à mettre fin au statut de réfugié de la défenderesse.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

La décision de la SPR était raisonnable. Le présent litige portait sur une question d'interprétation législative, et plus précisément sur la question de savoir s'il y a eu, à l'égard de la défenderesse, un « constat qu'elle est [...] un réfugié au sens de la Convention » comme l'exige l'alinéa 95(1)a) de la

and Immigration Canada's *Overseas Processing Manual (OP)*, Chapter OP 5, i.e. that family members accompanying a principal applicant who has been determined to be a Convention refugee "derive their refugee status" from the principal applicant, merely suggests that the respondent has refugee status. It does not say that she "has been determined to be a Convention refugee". Certain provisions of the Regulations suggest that, though accompanying family members are members of the same class as the person who has been determined to be a Convention refugee, they are not thereby deemed to have been determined to be Convention refugees. It is nonsensical to consider a change to the respondent's status simply because she visited a country in which her husband was found to be in danger, but in which she never claimed to be in danger. This comes close to an absurd consequence of the kind prohibited by the Supreme Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*. If the respondent's refugee status were ceased, she would face the loss of her permanent resident status under paragraph 46(1)(c.1) of the Act. The applicable statutory and regulatory provisions would have to be clearer in order for the applicant's position to prevail.

A question was certified as to whether a person, who has become a permanent resident by virtue of a member of the person's family having been determined to be a Convention refugee, is a Convention refugee as contemplated in paragraph 95(1)(a) of the Act and is subject to cessation of refugee status pursuant to subsection 108(2) of the Act.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 38, 46(1)(c.1), 55(2), 95, 108, 115.  
*Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 139(1), 140.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418.

##### REFERRED TO:

*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 2012 DTC 5160.

Loi. Le passage sur lequel s'est appuyé le demandeur dans le *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)* de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) intitulé OP 5, qui indique que les membres de la famille accompagnant un demandeur principal qui s'est vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention obtiennent leur statut de réfugié du fait que le demandeur principal l'obtient, ne fait qu'indiquer que la défenderesse a qualité de réfugié. Il ne dit pas qu'il y a eu à l'égard de la défenderesse un « constat qu'elle est [...] un[e] réfugié au sens de la Convention ». Certaines dispositions du Règlement portent à croire que, bien que les membres de la famille de la personne dont la qualité de réfugié au sens de la Convention a été constatée appartiennent à la même catégorie que ce dernier, leur qualité de réfugié au sens de la Convention n'est pas réputée avoir été constatée. Il paraît insensé d'envisager la modification du statut de la défenderesse du seul fait qu'elle a séjourné dans un pays dans lequel son époux a été considéré comme étant en danger, mais dans lequel elle n'a jamais prétendu l'être. Cela n'est pas loin d'être une conséquence absurde du genre de celles interdites par l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*. Si la défenderesse perdait son statut de réfugié, elle risquerait de perdre sa qualité de résidente permanente en vertu de l'alinéa 46(1)c.1) de la Loi. Il faudrait que les dispositions législatives et réglementaires soient plus claires pour que la thèse du demandeur l'emporte.

La question de savoir si, lorsqu'une personne est devenue résidente permanente en vertu du fait qu'un membre de sa famille a été déclaré réfugié au sens de la Convention, cette personne est un réfugié au sens de la Convention au sens de l'alinéa 95(1)a) de la Loi qui peut faire l'objet de perte de la qualité de réfugié en vertu du paragraphe 108(2) de la Loi, a été certifiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 38, 46(1)c.1), 55(2), 95, 108, 115.  
*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 139(1), 140.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*, Chapter OP 5: Overseas Selection and Processing of Convention Refugees Abroad Class and Members of Humanitarian-protected Persons Abroad Classes, August 13, 2009, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op05-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Refugee Protection Division concluding that it did not have the jurisdiction to consider the applicant's application to cessate the refugee status of the respondent pursuant to section 108 of the *Immigration and Refugee Protection Act* because it found that the respondent is not a Convention refugee as contemplated in paragraph 95(1)(a) of the Act. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Mark East* for applicant.  
*Douglas Cannon* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Elgin Cannon & Associates*, Vancouver, for respondent.

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

LOCKE J.:

I. Nature of the Matter

[1] This is an application by the Minister of Citizenship and Immigration for judicial review of a February 19, 2015 decision of the Refugee Protection Division (RPD) on a threshold jurisdiction issue. An RPD panel concluded that it did not have the jurisdiction to consider the Minister's application to cessate the refugee status of the respondent pursuant to section 108 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), because the panel found that the

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*, Chapitre OP 5 : Sélection et traitement à l'étranger des cas de réfugiés au sens de la Convention outre-frontières et de personnes protégées à titre humanitaire outre-frontières, 13 août 2009, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/op/op05-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision de la Section de la protection des réfugiés par laquelle elle a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre, sur le fondement de l'article 108 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, la demande d'annulation du statut de réfugié de la défenderesse présentée par le demandeur au motif que la défenderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention visée à l'alinéa 95(1)a) de la LIPR. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Mark East* pour le demandeur.  
*Douglas Cannon* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, pour la défenderesse.

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

LE JUGE LOCKE :

I. Nature de l'affaire

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, présentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, à l'égard d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) portant sur une question préliminaire de compétence, datée du 19 février 2015. Un tribunal de la SPR a conclu qu'il n'avait pas compétence pour entendre, sur le fondement de l'article 108 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), la demande d'annulation du

respondent is not a Convention refugee as contemplated in paragraph 95(1)(a) of the IRPA.

[2] For the reasons set out below, this application will be dismissed and the RPD's decision will stand.

## II. Facts

[3] The respondent is a citizen of Iran who became a permanent resident of Canada upon her arrival in the country on June 13, 2006. She was a dependent of her husband, who was determined to be a Convention refugee by a visa officer overseas. Under a policy of family unity, the respondent, her husband, and their son became members of the Convention refugees abroad (CR-1) class.

[4] It is clear from the overseas visa officer's notes that the officer analyzed and considered whether the respondent's husband was a Convention refugee. The officer concluded that the respondent's husband had a well-founded fear of persecution based on political opinion. There was no similar finding for the respondent. It seems that, upon finding that the respondent's husband was a Convention refugee, it was considered unnecessary to assess other family members' risks in Iran. Under the policy of family unity, which I understand is applied routinely, the other family members were accepted without assessment.

[5] The respondent has since returned to Iran on two occasions (the second time after having renewed her Iranian passport). This prompted the Minister to seek the cessation of the respondent's Convention refugee status on the basis of paragraph 108(1)(a) of the IRPA for voluntarily re-availing herself of the protection of Iran. However, section 108 of the IRPA applies only to Convention refugees and persons in need of protection:

statut de réfugié de la défenderesse présentée par le ministre au motif que le tribunal a conclu que la défenderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention visée à l'alinéa 95(1)a) de la LIPR.

[2] Pour les motifs exposés ci-dessous, la présente demande sera rejetée et la décision de la SPR sera maintenue.

## II. Les faits

[3] La défenderesse est une citoyenne de l'Iran qui est devenue une résidente permanente du Canada à son arrivée au pays le 13 juin 2006. Un agent des visas à l'étranger avait reconnu la qualité de réfugié au sens de la Convention à l'époux de la défenderesse, et celle-ci était une personne à charge de son époux. En vertu d'une politique en matière d'unité familiale, la défenderesse, son époux et leur fils sont devenus des membres de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières (RC-1).

[4] Il ressort clairement des notes de l'agent des visas à l'étranger que celui-ci a examiné la question de savoir si l'époux de la défenderesse était un réfugié au sens de la Convention. L'agent a conclu que l'époux de la défenderesse craignait avec raison d'être persécuté du fait de ses opinions politiques. Aucune conclusion similaire n'a été tirée à l'égard de la défenderesse. Il semble qu'après avoir conclu que l'époux de la défenderesse était un réfugié au sens de la Convention l'agent des visas a estimé qu'il n'était pas nécessaire qu'il évalue les risques auxquels les autres membres de la famille étaient exposés en Iran. En vertu de la politique en matière d'unité familiale, qui est appliquée régulièrement selon ce que je comprends, les autres membres de la famille ont été admis sans évaluation.

[5] Depuis, la défenderesse est retournée en Iran à deux occasions (la deuxième fois, après avoir renouvelé son passeport iranien). Cela a amené le ministre à demander, en vertu de l'alinéa 108(1)a) de la LIPR, un constat selon lequel la défenderesse avait perdu la qualité de réfugié au sens de la Convention au motif qu'elle s'était réclamée de nouveau et volontairement de la protection de l'Iran. Toutefois, l'article 108 de la LIPR s'applique

subsection 95(1) of the IRPA. The current dispute arose as a result of the respondent's assertion that she does not in fact have this status.

### III. The Impugned Decision

[6] The threshold jurisdictional issue determined by the RPD was whether the respondent is a Convention refugee as contemplated in section 95 of the IRPA. The panel found that there was only one applicant for refugee protection overseas; the respondent's husband. The respondent's husband had alleged that he had a well-founded fear of persecution in Iran. The respondent formed part of her husband's application not as a refugee claimant, but as a dependent of her husband. The only questions posed to the respondent as part of the visa officer's determination were related to the risk faced by her husband.

[7] The RPD panel found that the Minister's representative was wrong in stating that if a principal claimant is granted refugee protection by a visa officer, all the other claimants are also granted refugee status by virtue of the finding on the principal applicant. All claimants that appear before the Refugee Protection Division must be assessed as Convention refugees in their own right. Reasoning by analogy, the panel accordingly found that the respondent did not become a Convention refugee simply by virtue of her husband's refugee claim being accepted by the overseas visa officer.

[8] The panel considered section 140 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), which states that:

#### Class of family members

**140** Family members of an applicant who is determined to be a member of a class under this Division are members of the applicant's class.

seulement aux personnes ayant qualité de réfugié au sens de la Convention ou qualité de personne à protéger : paragraphe 95(1) de la LIPR. Le litige actuel découle du fait que la défenderesse affirme qu'elle n'a pas qualité de réfugié.

### III. La décision contestée

[6] La question préliminaire relative à la compétence sur laquelle la SPR s'est prononcée était celle de savoir si la défenderesse est une personne ayant qualité de réfugié au sens de la Convention visée à l'article 95 de la LIPR. Le tribunal a conclu qu'un seul demandeur avait demandé à l'étranger la protection à titre de réfugié, soit l'époux de la défenderesse. L'époux de la défenderesse avait allégué qu'il craignait avec raison d'être persécuté en Iran. La défenderesse avait été incluse dans la demande de son époux non pas en qualité de demandeur d'asile, mais plutôt à titre de personne à charge de son époux. Les seules questions posées à la défenderesse par l'agent des visas ont eu trait aux risques auxquels son époux était exposé.

[7] Le tribunal de la SPR a conclu que c'est à tort que la représentante du ministre affirmait que si un agent des visas accorde l'asile en qualité de réfugié au demandeur d'asile principal, tous les autres demandeurs se voient aussi reconnaître la qualité de réfugié en raison de la décision dont fait l'objet le demandeur principal. Tous les demandeurs qui comparaissent devant la Section de la protection des réfugiés doivent être évalués individuellement en vue de déterminer s'ils ont qualité de réfugié au sens de la Convention. En raisonnant par analogie, le tribunal a donc conclu que la défenderesse n'avait pas acquis la qualité de réfugié au sens de la Convention du simple fait que la demande d'asile de son époux a été accueillie par l'agent des visas à l'étranger.

[8] Le tribunal a examiné l'article 140 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR), qui est ainsi rédigé :

#### Catégorie des membres de la famille

**140** Les membres de la famille du demandeur considéré comme appartenant à une catégorie établie par la présente section font partie de cette catégorie.

[9] The panel found that this provision applied to the respondent's husband, but not to the respondent. The respondent became a member of the CR-1 class by virtue of being dependent on her husband, not by virtue of being determined to be a Convention refugee.

[10] The panel also considered section 10.2 of the Citizenship and Immigration Canada (CIC) *Overseas Processing Manual OP*, Chapter OP 5: Overseas Selection and Processing of Convention Refugees Abroad Class and Members of the Humanitarian-protected Persons Abroad Class. Section 10.2 of this text outlines four factors to be considered when assessing eligibility. The panel noted that the text indicates that only the principal applicant needs to meet the eligibility requirements, while accompanying family members "derive their refugee status" from the principal applicant. The panel found that, though the phrase "derive their refugee status" suggests that the respondent in this case is a Convention refugee like her husband, a plain reading of the text indicates that no assessment of the dependents is made; section 10.2 does not suggest that the dependents are determined to be Convention refugees in the sense of paragraph 95(1)(a) of the IRPA.

[11] Having found that the respondent was not a Convention refugee as contemplated in paragraph 95(1)(a) of the IRPA, the panel concluded that it did not have jurisdiction to consider the Minister's application to cessate the refugee status of the respondent.

#### IV. Issue

[12] The sole issue in this application is whether the RPD erred in finding that the respondent had not been determined to be a Convention refugee as contemplated in section 95 of the IRPA, so that the RPD did not have the jurisdiction under section 108 to cessate the respondent's refugee protection.

[9] Le tribunal a conclu que cette disposition s'appliquait à l'époux de la défenderesse, mais non à la défenderesse. La défenderesse a accédé à la catégorie RC-1 parce qu'elle était une personne à la charge de son époux, et non parce qu'elle s'était vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention.

[10] Le tribunal a également examiné la section 10.2 du *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)* de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) intitulé OP 5 : Sélection et traitement à l'étranger des cas de réfugiés au sens de la Convention outre-frontières et de personnes protégées à titre humanitaire outre-frontières (manuel OP 5). La section 10.2 de ce texte fait mention de quatre facteurs dont il faut tenir compte au moment d'évaluer la recevabilité d'une demande. Le tribunal a relevé qu'il y est indiqué qu'il suffit que le demandeur principal satisfasse aux critères de recevabilité pour que les membres de la famille qui l'accompagnent « obtiennent leur statut de réfugié ». Le tribunal a conclu que, bien que cette mention donne à penser que la défenderesse en l'espèce a qualité de réfugié au sens de la Convention tout comme son époux, il ressort de la simple lecture du texte que les personnes à charge ne sont pas évaluées; la section 10.2 ne donne aucunement à penser que les personnes à charge sont des réfugiés au sens de la Convention selon l'alinéa 95(1)a) de la LIPR.

[11] Après avoir conclu que la défenderesse n'était pas une réfugiée au sens de la Convention au titre de l'alinéa 95(1)a) de la LIPR, le tribunal a conclu qu'il n'avait pas compétence pour entendre la demande du ministre visant à mettre fin au statut de réfugié de la défenderesse.

#### IV. Question en litige

[12] La seule question en litige dans le cadre de la présente demande est celle de savoir si la SPR a commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'il n'avait pas été établi que la défenderesse est une réfugiée au sens de la Convention au titre de l'article 95 de la LIPR, de sorte que la SPR n'avait pas compétence pour examiner sur le fondement de l'article 108 la demande du ministre visant à mettre fin au statut de réfugié de la demanderesse.

## V. Standard of Review

[13] The parties agree that the RPD's decision should be reviewed on a standard of reasonableness as the panel's interpretation of section 95 of the IRPA is a question of law involving the interpretation of the tribunal's home statute, and is not "[...] both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 54 and 60.

[14] The applicant notes that reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process, but it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law: *Dunsmuir*, at paragraph 47. The applicant also notes that the range of possible, acceptable outcomes may be narrow, given that the tribunal is engaged in statutory interpretation (*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 87, [2014] 4 F.C.R. 326, at paragraph 72; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 2012 DTC 5160, at paragraphs 45 and 48).

## VI. Analysis

[15] This case essentially comes down to a matter of statutory interpretation, and specifically whether the phrase "has been determined to be a Convention refugee" in paragraph 95(1)(a) of the IRPA applies to the respondent. Only then does the RPD have jurisdiction to cessate her refugee status under subsection 108(1) of the IRPA.

[16] The Supreme Court of Canada stated the following on the subject of statutory interpretation in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (*Rizzo*), at paragraph 21:

## V. La norme de contrôle

[13] Les parties conviennent que la décision de la SPR devrait être contrôlée selon la norme de la décision raisonnable, étant donné que l'interprétation de l'article 95 de la LIPR par le tribunal est une question de droit qui concerne l'interprétation de la loi constitutive du tribunal et qui n'est pas « à la fois, d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 54 et 60.

[14] Le demandeur fait remarquer que le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit : *Dunsmuir*, au paragraphe 47. Le demandeur souligne également que la gamme des issues possibles acceptables peut être limitée étant donné que le tribunal était appelé à se livrer à un exercice d'interprétation législative (*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 87, [2014] 4 R.C.F. 326, au paragraphe 72; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, aux paragraphes 45 et 48).

## VI. Analyse

[15] Le présent litige porte essentiellement sur une question d'interprétation législative, et plus précisément sur la question de savoir s'il y a eu, à l'égard de la défenderesse, un « constat qu'elle est [...] un réfugié au sens de la Convention » comme l'exige l'alinéa 95(1)(a) de la LIPR. C'est seulement à cette condition que la SPR a le pouvoir en vertu du paragraphe 108(1) de la LIPR de déclarer que la défenderesse a perdu son statut de réfugié.

[16] La Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit au sujet de l'interprétation des lois dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo*), au paragraphe 21 :

Although much has been written about the interpretation of legislation ..., Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, 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.

[17] Though the respondent was not assessed concerning her risk in Iran, the applicant argues that the respondent's status as a Convention refugee was deemed to have been so determined by virtue of her acceptance in the Convention refugees abroad class. The applicant places emphasis on the statement in section 10.2 of OP 5 (mentioned above) that family members accompanying a principal applicant who has been determined to be a Convention refugee "derive their refugee status" from the principal applicant.

[18] However, OP 5 does not have the force of law. More importantly, the statement upon which the applicant relies merely suggests that the respondent has refugee status. It does not say that she "has been determined to be a Convention refugee" as required by paragraph 95(1)(a) of the IRPA.

[19] The applicant also cites the affidavit of Jean-Marc Gionet, Director of the Resettlement Division of the Refugee Affairs Branch of CIC, as evidence that the respondent was deemed to be determined to be a Convention refugee. However, Mr. Gionet's statement is merely his opinion. The only authorities he cites to support it are section 140 of the IRPR (mentioned above), OP 5 and the GCMS [Global Case Management System] notes concerning the respondent's husband's refugee claim. These authorities are not persuasive. Despite Mr. Gionet's familiarity with Canada's overseas Refugee and Humanitarian Resettlement Program by virtue of his position, I am not inclined to give much

Bien que l'interprétation législative ait fait couler beaucoup d'encre [...] Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[17] Bien que la défenderesse n'ait pas été évaluée en ce qui a trait aux risques auxquels elle serait exposée en Iran, le demandeur soutient que la défenderesse est réputée s'être vue reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention par suite d'une telle évaluation du fait qu'il a été reconnu qu'elle fait partie de la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières. Le demandeur insiste sur le passage susmentionné de la section 10.2 du manuel OP 5 qui indique que les membres de la famille accompagnant un demandeur principal qui s'est vu reconnaître la qualité de réfugié au sens de la Convention obtiennent leur statut de réfugié du fait que le demandeur principal l'obtient.

[18] Toutefois, le manuel OP 5 n'a pas force de loi. Chose plus importante encore, l'énoncé sur lequel s'appuie le demandeur ne fait qu'indiquer que la défenderesse a qualité de réfugié. Il ne dit pas qu'il y a eu « constat qu'elle est [...] un[e] réfugié au sens de la Convention » comme l'exige l'alinéa 95(1)a) de la LIPR.

[19] Le demandeur invoque également l'affidavit de Jean-Marc Gionet, directeur de la Division de la réinstallation de la Direction générale des affaires des réfugiés de CIC, comme preuve que la qualité de réfugié au sens de la Convention de la défenderesse est réputée avoir été constatée. Toutefois, M. Gionet ne fait qu'exprimer son opinion. Les seules sources qu'il cite au soutien de cette opinion sont l'article 140 du RPR (précité), le manuel OP 5, et les notes consignées dans le Système mondial de gestion des cas (SMGC) concernant la demande d'asile de l'époux de la défenderesse. On ne peut accorder de valeur persuasive à ces sources. Bien que M. Gionet, en raison de son poste, soit bien au

weight to his opinion. His view of the deemed determination of refugee status is essentially an opinion on a question of law coming from a representative of one of the parties in the present application.

[20] On the other side of the ledger, certain provisions of the IRPR suggest that, though accompanying family members are members of the same class as the person who has been determined to be a Convention refugee, they are not thereby deemed to have been determined to be likewise Convention refugees. For example, the preamble of subsection 139(1) of the IRPR provides that “[a] permanent resident visa shall be issued to a foreign national in need of refugee protection, and their accompanying family members, if following an examination it is established that ...”. This preamble is followed by a series of requirements concerning almost exclusively the foreign national rather than their accompanying family members. All of them receive a permanent resident visa, but no determination is made of the risks to the family members. Also, section 140 of the IRPR (quoted above) provides that family members are members of the same class as a person who is determined to be a refugee, but does not state that such family members are deemed to have been determined to be refugees.

[21] The applicant points to the fact that the only reason that the respondent’s risk was not assessed separately from her husband’s is for the sake of efficiency, since it was unnecessary to do a separate assessment for the respondent once it was determined that her husband was a Convention refugee. The applicant seems to argue that it would be unfair to deny it the ability to cessate the respondent’s refugee status simply because it acted efficiently in the past. This argument strikes me as close to suggesting that the Minister is more concerned with removing refugee status than granting it. In my view, this is not the principal goal of the IRPA.

fait du programme outre-mer de réinstallation des réfugiés et de réinstallation pour raisons humanitaires, je ne suis pas enclin à accorder beaucoup de poids à son opinion. Son avis selon lequel la qualité de réfugié est réputée avoir été constatée est essentiellement une opinion sur une question de droit exprimée par un représentant d’une des parties à la présente demande.

[20] Par ailleurs, certaines dispositions du RIPR portent à croire que, bien que les membres de la famille de la personne dont la qualité de réfugié au sens de la Convention a été constatée appartiennent à la même catégorie que ce dernier, leur qualité de réfugié au sens de la Convention n’est pas pour autant réputée avoir été constatée. Par exemple, le préambule du paragraphe 139(1) du RIPR énonce qu’« [u]n visa de résident permanent est délivré à l’étranger qui a besoin de protection et aux membres de sa famille qui l’accompagnent si, à l’issue d’un contrôle, les éléments suivants sont établis : [...] ». Ce préambule est suivi d’une série d’exigences qui concernent presque exclusivement l’étranger plutôt que les membres de sa famille qui l’accompagnent. Tous reçoivent un visa, mais aucun constat n’est fait quant aux risques auxquels seraient exposés les membres de la famille. De même, l’article 140 du RIPR (précité) énonce que les membres de la famille d’une personne qui est considérée comme étant un réfugié font partie de la même catégorie que cette personne, mais il ne dit pas qu’ils sont réputés avoir fait l’objet d’un constat qu’elles sont des réfugiés.

[21] Le demandeur affirme que si les risques auxquels serait exposée la défenderesse n’ont pas été évalués séparément des risques auxquels serait exposé son époux, c’était seulement par souci d’efficacité, étant donné qu’il n’était pas nécessaire de procéder à une évaluation distincte concernant la défenderesse dès lors qu’il avait été constaté que son époux était un réfugié au sens de la Convention. Le demandeur semble soutenir qu’il serait inéquitable de le priver de la possibilité de mettre fin au statut de réfugié de la défenderesse simplement parce qu’il a agi efficacement dans le passé. Cet argument donne presque l’impression que le ministre se préoccupe plus d’avoir la possibilité de retirer le statut de réfugié que de l’accorder. À mon avis, cela n’est pas l’objectif principal de la LIPR.

[22] The applicant's strongest argument, in my view, concerns the definition of "protected persons" and the consequences of the RPD's decision. Subsection 95(2) of the IRPA defines a protected person as "a person on whom refugee protection is conferred under subsection (1), and whose claim or application has not subsequently been deemed to be rejected under subsection 108(3), 109(3) or 114(4)." The applicant notes that if the respondent is not a refugee for the purposes of subsection 95(1) of the IRPA, then she cannot be a "protected person" as defined in subsection 95(2). If the respondent is not a "protected person" then a number of consequences could follow that do not apply to protected persons, including the following:

1. She could be found inadmissible on health grounds under section 38 of the IRPA;
2. She could be arrested and detained without a warrant under subsection 55(2) of the IRPA;
3. She would not be entitled to protection against refoulement under section 115 of the IRPA.

[23] The applicant also argues that the respondent, if she is not a protected person, is not entitled to the health benefits of a protected person and does not have access to a refugee travel document.

[24] As regards the refugee travel document and the protection against refoulement, these seem to be irrelevant to the respondent, who has managed to renew her Iranian passport and travel in and out of Iran more than once.

[25] Though some of the other benefits of being a protected person may be relevant, it seems nonsensical to consider a change to the respondent's status in Canada simply because she visited a country in which her husband was found to be in danger, but in which she never claimed to be in danger. In my view, this comes close to an absurd consequence of the kind prohibited in *Rizzo*, at paragraph 27. Moreover, this is not an academic debate. For example, if the respondent's refugee status were ceased, she would face the loss of her permanent

[22] Selon moi, l'argument le plus fort du demandeur concerne la définition de « personne protégée » et les conséquences de la décision de la SPR. Le paragraphe 95(2) de la LIPR définit la personne protégée comme « la personne à qui l'asile est conféré et dont la demande n'est pas ensuite réputée rejetée au titre des paragraphes 108(3), 109(3) et 114(4) ». Le demandeur note que si la défenderesse n'a pas qualité de réfugié pour l'application du paragraphe 95(1) de la LIPR, elle ne peut pas être une « personne protégée » au sens du paragraphe 95(2). Si la défenderesse n'est pas une « personne protégée », plusieurs mesures pourraient s'ensuivre, auxquelles échappent les personnes protégées, notamment :

1. elle pourrait être déclarée interdite de territoire pour motifs sanitaires en vertu de l'article 38 de la LIPR;
2. elle pourrait être arrêtée et détenue sans mandat en vertu du paragraphe 55(2) de la LIPR;
3. elle n'aurait pas droit à la protection contre le refoulement en vertu de l'article 115 de la LIPR.

[23] Le demandeur soutient également que, si la défenderesse n'est pas une personne protégée, elle n'a pas droit aux services de santé auxquels a accès une personne protégée et n'a pas accès à un titre de voyage pour réfugié.

[24] Le titre de voyage pour réfugié et la protection contre le refoulement ne semblent pas être pertinents en ce qui concerne la défenderesse qui a réussi à renouveler son passeport iranien et à entrer en Iran et en sortir plus d'une fois.

[25] Bien que certains des autres avantages liés à la qualité de personne protégée puissent être pertinents, il paraît insensé d'envisager la modification du statut de la défenderesse au Canada du seul fait qu'elle a séjourné dans un pays dans lequel son époux a été considéré comme étant en danger, mais dans lequel elle n'a jamais prétendu l'être. À mon avis, cela n'est pas loin d'être une conséquence absurde du genre de celles interdites par l'arrêt *Rizzo*, au paragraphe 27. En outre, il ne s'agit pas d'un débat théorique. Par exemple, si la

resident status under paragraph 46(1)(c.1) of the IRPA, with all of the consequences that could have on her and her family. In my view, the applicable statutory and regulatory provisions would have to be clearer in order for the applicant's position to prevail.

[26] The applicant argues that the present proceeding is not about deciding whether the respondent should lose her refugee status, but rather whether the RPD has the jurisdiction even to consider the issue—to look at the facts and decide the matter on its merits. The applicant argues that the result of the RPD's decision is that there are no circumstances under which the respondent's refugee status could be removed under section 108 of the IRPA.

[27] In my view, this argument does not outweigh the following important points:

1. It makes no sense for the respondent to face negative consequences for visiting Iran, where she never claimed to be at risk;
2. The applicable statutory and regulatory provisions (read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the IRPA, the object of the IRPA, and the intention of Parliament) do not support the applicant's position; and
3. The applicant's position would work against the clearly stated policy of family unity.

[28] I conclude that the RPD's decision was reasonable, even applying a narrow range of possible, acceptable outcomes.

## VII. Conclusion

[29] The present application will be dismissed and the decision of the RPD maintained.

défenderesse perdait son statut de réfugié, elle risquerait de perdre sa qualité de résidente permanente en vertu de l'alinéa 46(1)c.1) de la LIPR, avec toutes les répercussions que cela pourrait avoir sur elle et sa famille. À mon avis, il faudrait que les dispositions législatives et réglementaires soient plus claires pour que la thèse du demandeur l'emporte.

[26] Le demandeur soutient que la présente instance ne concerne pas la question de savoir si la défenderesse devrait perdre son statut de réfugié, mais plutôt la question de savoir si la SPR a même seulement compétence pour examiner la question — pour étudier les faits et trancher l'affaire sur le fond. Le demandeur soutient qu'il résulte de la décision de la SPR qu'il n'y a aucune situation dans laquelle la défenderesse pourrait perdre son statut de réfugié en application de l'article 108 de la LIPR.

[27] À mon avis, cet argument ne l'emporte pas sur les points importants suivants :

1. il est insensé que la défenderesse subisse des conséquences négatives du fait d'avoir séjourné en Iran, où elle n'a jamais prétendu être exposée à des risques;
2. les dispositions législatives et réglementaires applicables (lues dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la LIPR ainsi que l'intention du législateur) n'étaient pas la thèse du demandeur;
3. la thèse du demandeur irait à l'encontre de la politique clairement énoncée en matière d'unité familiale.

[28] Je conclus que la décision de la SPR était raisonnable, même en retenant une gamme étroite d'issues possibles acceptables.

## VII. Conclusion

[29] La présente demande sera rejetée et la décision de la SPR, maintenue.

[30] The applicant requests that I certify a serious question of general importance. The respondent submits that no question should be certified. After having heard the parties, I have agreed to certify the question below.

[30] Le demandeur m'a demandé de certifier une question sérieuse de portée générale. La défenderesse répond qu'aucune question ne devrait être certifiée. Après avoir entendu les parties, j'ai accepté de certifier la question formulée ci-dessous.

### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The present application is dismissed and the RPD's decision is maintained.
2. The following serious question of general importance is certified:

Where a person has become a permanent resident under a visa application in the overseas Refugee and Humanitarian Resettlement Program by virtue of a member of the person's family listed in the visa application having been determined to be a Convention refugee (though the person was not themselves assessed as a Convention refugee), is that person a Convention refugee as contemplated in paragraph 95(1)(a) of the IRPA who is subject to cessation of refugee status pursuant to subsection 108(2) of the IRPA?

#### Annex A: Relevant Legislation

*Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27*

Refugee Protection, Convention Refugees and Persons in Need of Protection

#### **Conferral of refugee protection**

**95 (1)** Refugee protection is conferred on a person when

(a) the person has been determined to be a Convention refugee or a person in similar circumstances under a visa application and becomes a permanent resident under the visa or a temporary resident under a temporary resident permit for protection reasons;

### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La présente demande est rejetée et la décision de la SPR est maintenue.
2. La question sérieuse de portée générale suivante est certifiée :

Lorsqu'une personne est devenue résidente permanente en vertu d'une demande de visa dans le Programme outre-mer de réinstallation des réfugiés et de réinstallation pour raisons humanitaires, en vertu du fait qu'un membre de sa famille mentionné dans la demande de visa a été déclaré réfugié au sens de la Convention (même si la personne n'a pas été évaluée comme un réfugié au sens de la Convention), cette personne est-elle un réfugié au sens de la Convention au sens de l'alinéa 95(1)a) de la LIPR qui peut faire l'objet de perte de la qualité de réfugié en vertu du paragraphe 108(2) de la LIPR?

#### Annexe A : dispositions législatives pertinentes

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27*

Notions d'asile, de réfugié et de personne à protéger

#### **Asile**

**95 (1)** L'asile est la protection conférée à toute personne dès lors que, selon le cas :

a) sur constat qu'elle est, à la suite d'une demande de visa, un réfugié au sens de la Convention ou une personne en situation semblable, elle devient soit un résident permanent au titre du visa, soit un résident temporaire au titre d'un permis de séjour délivré en vue de sa protection;

(b) the Board determines the person to be a Convention refugee or a person in need of protection; or

(c) except in the case of a person described in subsection 112(3), the Minister allows an application for protection.

...

#### Convention refugee

**96** A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,

(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; or

(b) not having a country of nationality, is outside the country of their former habitual residence and is unable or, by reason of that fear, unwilling to return to that country.

...

#### *Cessation of Refugee Protection*

#### Rejection

**108 (1)** A claim for refugee protection shall be rejected, and a person is not a Convention refugee or a person in need of protection, in any of the following circumstances:

(a) the person has voluntarily reavailed themselves of the protection of their country of nationality;

(b) the person has voluntarily reacquired their nationality;

(c) the person has acquired a new nationality and enjoys the protection of the country of that new nationality;

(d) the person has voluntarily become re-established in the country that the person left or remained outside of and in respect of which the person claimed refugee protection in Canada; or

(e) the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist.

(b) la Commission lui reconnaît la qualité de réfugié au sens de la Convention ou celle de personne à protéger;

(c) le ministre accorde la demande de protection, sauf si la personne est visée au paragraphe 112(3).

[...]

#### Définition de « réfugié »

**96** A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :

a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;

b) soit, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle, ne peut ni, du fait de cette crainte, ne veut y retourner.

[...]

#### *Perte de l'asile*

#### Rejet

**108 (1)** Est rejetée la demande d'asile et le demandeur n'a pas qualité de réfugié ou de personne à protéger dans tel des cas suivants :

a) il se réclame de nouveau et volontairement de la protection du pays dont il a la nationalité;

b) il recouvre volontairement sa nationalité;

c) il acquiert une nouvelle nationalité et jouit de la protection du pays de sa nouvelle nationalité;

d) il retourne volontairement s'établir dans le pays qu'il a quitté ou hors duquel il est demeuré et en raison duquel il a demandé l'asile au Canada;

e) les raisons qui lui ont fait demander l'asile n'existent plus.

**Cessation of refugee protection**

(2) On application by the Minister, the Refugee Protection Division may determine that refugee protection referred to in subsection 95(1) has ceased for any of the reasons described in subsection (1).

**Effect of decision**

(3) If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected.

**Exception**

(4) Paragraph (1)(e) does not apply to a person who establishes that there are compelling reasons arising out of previous persecution, torture, treatment or punishment for refusing to avail themselves of the protection of the country which they left, or outside of which they remained, due to such previous persecution, torture, treatment or punishment.

...

## PROVISIONS THAT APPLY TO ALL DIVISIONS

**Sole and exclusive jurisdiction**

**162 (1)** Each Division of the Board has, in respect of proceedings brought before it under this Act, sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of law and fact, including questions of jurisdiction.

**Perte de l'asile**

(2) L'asile visé au paragraphe 95(1) est perdu, à la demande du ministre, sur constat par la Section de protection des réfugiés, de tels des faits mentionnés au paragraphe (1).

**Effet de la décision**

(3) Le constat est assimilé au rejet de la demande d'asile.

**Exception**

(4) L'alinéa (1)e) ne s'applique pas si le demandeur prouve qu'il y a des raisons impérieuses, tenant à des persécutions, à la torture ou à des traitements ou peines antérieurs, de refuser de se réclamer de la protection du pays qu'il a quitté ou hors duquel il est demeuré.

[...]

## ATTRIBUTIONS COMMUNES

**Compétence exclusive**

**162 (1)** Chacune des sections a compétence exclusive pour connaître des questions de droit et de fait — y compris en matière de compétence — dans le cadre des affaires dont elle est saisie.

T-60-15  
2015 FC 1155

T-60-15  
2015 CF 1155

**Emilie Taman** (*Applicant*)

**Emilie Taman** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: TAMAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : TAMAN c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Kane J.—Ottawa, September 1 and October 13, 2015.

Cour fédérale, juge Kane—Ottawa, 1<sup>er</sup> septembre et 13 octobre 2015.

*Public Service — Political activities — Judicial review of Public Service Commission (PSC or Commission) decision denying applicant's request for permission, leave of absence without pay to seek nomination, be candidate in federal election pursuant to Public Service Employment Act, ss. 114(4), (5) (Act) — Applicant submitting that Commission's decision not reflecting proportionate balancing of rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, statutory objectives of Act — Arguing Commission's decision unreasonable, seeking inter alia to have decision set aside — Applicant working as federal prosecutor; having high-level of autonomy — Commission not satisfied that being candidate during election period not impairing or be perceived as impairing applicant's ability to perform duties in politically impartial manner — Whether PSC's decision herein reasonable — In present case, decision not based on applicant's job title rather than on duties applicant performing as federal prosecutor; public servant — Contrary to applicant's argument, Commission's decision not constituting political involvement prohibition against all federal prosecutors — Decision also not inconsistent with statutory context, including Canada Elections Act, provincial statutes — Commission understanding factual context; findings supported by evidence on record — Considering competing rights, interests at play as required under Act — Commission not satisfied that applicant's candidacy would not impair or be perceived to impair her ability to perform duties in politically impartial manner either before election or upon applicant's return to work — Commission's decision reflecting proportionate balancing of Charter rights, therefore reasonable — Application dismissed.*

*Fonction publique — Activités politiques — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de la fonction publique (la CFP ou la Commission) a rejeté la requête de la demanderesse qui souhaitait obtenir la permission d'être choisie comme candidate à la prochaine élection fédérale et un congé sans solde, en application des art. 114(4) et (5) de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique (la Loi) — La demanderesse a soutenu que la décision de la Commission n'était pas le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits que lui garantit la Charte canadienne des droits et libertés et des objectifs qu'énonce la loi — Elle a fait valoir que la décision de la Commission était déraisonnable et a demandé entre autres que la décision soit infirmée — La demanderesse travaillait comme procureure fédérale et jouissait d'un degré élevé d'autonomie — La Commission n'était pas convaincue que le fait de se porter candidate pendant la période électorale ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale — Il s'agissait de savoir si la décision de la CFP était raisonnable en vertu des présentes — En l'espèce, la décision n'était pas fondée sur le titre du poste qu'occupe la demanderesse en tant que procureure fédérale plutôt que sur les fonctions qu'elle exerce en sa qualité de procureure fédérale et de fonctionnaire — Contrairement à l'argument de la demanderesse, la décision de la Commission n'était pas assimilable à une interdiction de se livrer à des activités politiques à l'endroit de tous les procureurs fédéraux — La décision n'était pas non plus incompatible avec le contexte législatif, ce qui inclut la Loi électorale du Canada et diverses lois provinciales — La Commission a bien saisi le contexte factuel; ses conclusions étaient étayées par la preuve figurant dans le dossier — La Commission a tenu compte des droits et des intérêts opposés en jeu, comme l'exigeait la Loi — La Commission s'est dite non convaincue que la mise en candidature de la demanderesse ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale, soit avant l'élection, soit après son retour au travail — La décision de la Commission était le fruit d'une mise en balance proportionnée*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Public Service Commission (PSC or Commission) denying applicant's request for permission, leave of absence without pay to seek nomination, be candidate in next federal election — Applicant, federal prosecutor, arguing decision infringing her rights pursuant to Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), (d), 3 — Whether PSC's decision reflecting proportionate balancing of Charter rights at stake in light of statutory objectives — Applicant's rights pursuant to Charter, ss. 2(b), 3 affected herein but unnecessary to determine scope of applicant's s. 2(d) rights (freedom of association) — In present case, applicant's Charter rights not absolute; balanced by decision maker against objective of political impartiality — Not possible herein to fully protect applicant's right to freedom of expression, to engage in political activity, run for office while also permitting applicant to maintain position in public service, return thereto after election if unsuccessful — Decision reflecting proportionate balancing of applicant's Charter rights, therefore reasonable.*

This was an application for judicial review of a decision of the Public Service Commission (PSC or Commission) denying the applicant's request for permission and a leave of absence without pay to seek nomination and be a candidate in the next federal election pursuant to subsections 114(4) and (5) of the *Public Service Employment Act* (Act). The applicant submitted that the Commission's decision infringed her rights pursuant to paragraphs 2(b), 2(d) and section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and did not reflect a proportionate balancing of her Charter rights and the statutory objectives of the Act. She argued that the decision was therefore unreasonable and sought, *inter alia*, to have the Commission's decision set aside. The applicant also sought an order that she was entitled to seek nomination as a candidate in the next federal election and that she was entitled to a leave of absence without pay during the election period.

The applicant worked as a federal prosecutor in the Regulatory and Economic Prosecutions and Management Branch of the Public Prosecution Service of Canada and had a high-level of autonomy. She submitted her request to the Commission pursuant to section 114 of the Act in respect of

*des droits garantis par la Charte, et elle était de ce fait raisonnable — Demande rejetée.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La Commission de la fonction publique (la CFP ou la Commission) a rejeté la requête de la demanderesse qui souhaitait obtenir la permission d'être choisie comme candidate à la prochaine élection fédérale et un congé sans solde — La demanderesse a soutenu que la décision de la Commission portait atteinte aux droits que lui confèrent les art. 2b), d) et 3 de la Charte canadienne des droits et libertés — Il s'agissait de savoir si la décision de la Commission était le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits garantis par la Charte qui étaient en jeu au vu des objectifs prévus par la loi — Les droits de la demanderesse garantis par les art. 2b) et 3 de la Charte ont été touchés, mais il n'était pas nécessaire de déterminer la portée des droits que l'art. 2d) garantit à la demanderesse (liberté d'association) — En l'espèce, les droits que la Charte garantit à la demanderesse n'étaient pas absolus et le décideur les a mis en balance avec l'objectif de l'impartialité politique — Il était impossible de protéger entièrement le droit de la demanderesse à la liberté d'expression et à celui de se livrer à des activités politiques ou de se porter candidate à une élection, tout en lui permettant de conserver son poste et de le réintégrer après l'élection, en cas d'échec de sa part — La décision de la Commission était le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits de la demanderesse garantis par la Charte, et elle était de ce fait raisonnable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de la fonction publique (la CFP ou la Commission) a rejeté la requête de la demanderesse qui souhaitait obtenir la permission d'être choisie comme candidate à la prochaine élection fédérale et un congé sans solde, en application des paragraphes 114(4) et (5) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* (la Loi). La demanderesse a soutenu que la décision de la Commission a porté atteinte aux droits que lui confèrent les alinéas 2b) et d) et l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle n'était pas le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits que lui garantissent la Charte et des objectifs qu'énonce la Loi. Elle a fait valoir que la décision était de ce fait déraisonnable et a demandé, entre autres, que la décision de la Commission soit infirmée. La demanderesse a également sollicité une ordonnance portant qu'elle était en droit, d'une part, de vouloir être nommée comme candidate à la prochaine élection fédérale et, d'autre part, d'obtenir un congé sans solde pendant la période électorale.

La demanderesse a travaillé à titre de procureure fédérale au service de la Direction des poursuites réglementaires et économiques, et de la gestion, et elle jouissait d'un degré élevé d'autonomie. Elle a présenté sa demande à la Commission conformément à l'article 114 de la Loi pour se porter candidate

the federal election to be held on October 19, 2015. The applicant followed the required procedure in her request for permission to seek the candidacy, pursue election and to obtain a leave without pay, with a view to returning to her position if she were unsuccessful in her candidacy or election. She provided comprehensive submissions to the Commission, addressed all the relevant facts, described all aspects of her work and suggested options to provide some middle ground to guard against possible perceptions of partiality. The applicant's immediate supervisor (Team Leader) and senior management of her branch, the Office of the Director of Public Prosecutions, (ODPP) also provided their views on the applicant's request to seek nomination. Both the applicant's Team Leader and the ODPP had concerns about the impairment or perceived impairment of the applicant's ability to perform her duties either before the election or both before the election period and upon her return to work, after having been a candidate in a federal election.

In its decision, the Commission indicated that it had concerns that the applicant's ability to perform her duties as a federal prosecutor in a politically impartial manner could be impaired or perceived to be impaired in light of the nature of her duties and the increased publicity, visibility and recognition that would be associated with seeking nomination and being a candidate in a federal election. The PSC, after considering the competing rights and interests at play, concluded that it was not satisfied that being a candidate during the election period would not impair or be perceived as impairing the applicant's ability to perform her duties in a politically impartial manner. The Commission therefore denied both the applicant's permission and leave without pay, a condition precedent to a public servant seeking election.

The issues were whether the PSC's decision reflected a proportionate balancing of the Charter rights at stake in light of the statutory objectives and whether it was reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

In this case, it was not necessary to determine the scope of the applicant's paragraph 2(d) rights (freedom of association) and how, if any, these rights had been affected. The applicant's rights pursuant to paragraph 2(b) (freedom of thought, belief, opinion and expression) and section 3 (freedom to run for office) of the Charter were clearly affected. The applicant argued, in particular, that the Commission's decision amounted to an effective prohibition on federal prosecutors as a category to engage in political activities and was therefore by nature disproportionate. The decision in this case was not

à l'élection fédérale qui aurait lieu le 19 octobre 2015. La demanderesse a suivi la procédure requise dans sa demande de permission en vue d'être choisie comme candidate à une élection et d'obtenir un congé sans solde, le but étant de pouvoir réintégrer son poste si elle n'était pas choisie comme candidate ou si elle n'était pas élue. Elle a fourni à la Commission des observations exhaustives, elle a traité de tous les faits pertinents, elle a décrit tous les aspects de son travail, et elle a suggéré quelques options en guise de solution intermédiaire en vue de se prémunir contre une perception de partialité. La demande de permission de la demanderesse comprenait le point de vue du superviseur immédiat (le chef d'équipe) et de la haute direction de la demanderesse et celui du Bureau du directeur des poursuites pénales (le BDPP). Tant le chef d'équipe de la demanderesse que le BDPP se souciaient du fait que la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions, tant avant la période électorale qu'après son retour au travail, après s'être portée candidate à une élection fédérale, pourrait être atteinte ou sembler l'être.

Dans sa décision, la Commission a fait état de ses doutes que la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions à titre de procureure fédérale d'une manière politiquement impartiale puisse être atteinte ou sembler être atteinte en raison de la nature de ses fonctions ainsi que de la publicité, de la visibilité et de la reconnaissance accrues que l'on associerait au fait qu'elle veuille être choisie comme candidate et se porter candidate à une élection fédérale. Après avoir pris en compte les droits et les intérêts opposés qui étaient en jeu, la CFP a conclu qu'elle n'était pas convaincue que le fait de se porter candidate pendant la période électorale ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale. La Commission a refusé d'accorder à la fois la permission et le congé sans solde, ce qui est une condition à laquelle doit satisfaire tout fonctionnaire désireux d'être élu.

Il s'agissait de savoir si la décision de la CFP était le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections garanties par la Charte qui étaient en jeu, compte tenu des objectifs prévus par la loi et si elle était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

En l'espèce, il n'était pas nécessaire de déterminer la portée des droits que l'alinéa 2d) garantit à la demanderesse (liberté d'association) et en quoi, si c'est le cas, ces droits ont été touchés. Les droits que l'alinéa 2b) (liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression) et l'article 3 (droit de briguer les suffrages des électeurs) de la Charte garantissent à la demanderesse ont été clairement touchés. La demanderesse a soutenu en particulier que la décision de la Commission équivalait à une interdiction concrète à l'endroit des procureurs fédéraux en tant que catégorie de se livrer à des activités

based on the applicant's job title as a federal prosecutor rather than on the duties that she performs in her role as a federal prosecutor and public servant. If the decision were a "blanket prohibition" on all federal prosecutors, the Commission would not have considered her specific duties as a member of the team responsible for Regulatory and Economic Prosecutors, her job description, etc. Although the Director of Public Prosecutions clearly expressed the view that political involvement was not appropriate for federal prosecutors, the Commission's decision was not a prohibition against all federal prosecutors as the decision was made based on the applicant's specific request and was related to her specific duties. Other requests would be determined on a case-by-case basis.

The decision was also not inconsistent with the statutory context, including the *Canada Elections Act* and provincial statutes. Parliament is not bound to take an identical approach in all federal legislation. Moreover, neither the *Canada Elections Act* nor provincial statutes applied herein. The decision at issue was made pursuant to the Act, which governs all public servants, including all federal prosecutors. The Act does not prohibit any particular group of employees except deputy heads.

Section 114 of the Act demonstrates that Parliament intended public servants to be able to seek nomination or run as candidates only when this will not impair or be perceived as impairing their ability to perform their duties in a politically impartial manner. Parliament did not intend to explicitly set out each category of public servant that should be excluded from running for political office. Section 114 sets out examples of the factors, which are objective, that the Commission should consider including the nature of the election, the nature of the employee's duties, etc.

The Commission understood the factual context and its findings were supported by the evidence on the record. It did not ignore or misconstrue the applicant's submissions regarding the relevant factual context. The Commission reasonably found that the applicant would have increased visibility as a result of seeking candidacy and is highly visible in her position given that she appears in a public courtroom on behalf of the Crown. Although the Commission was well aware that the applicant was a federal prosecutor, it considered her visibility as a public servant vis-à-vis other federal employees and not vis-à-vis other prosecutors. This was the appropriate perspective given that the Act governs public servants in general.

politiques et était, de par sa nature, disproportionnée. En l'espèce, la décision était fondée sur le titre du poste qu'occupe la demanderesse en tant que procureure fédérale plutôt que sur les fonctions qu'elle exerce en sa qualité de procureure fédérale et de fonctionnaire. Si la décision était une « interdiction générale » visant l'ensemble des procureurs fédéraux, la Commission n'aurait pas examiné les fonctions particulières qu'exerce la demanderesse en tant que membre de l'équipe chargée des poursuites de nature réglementaire et économique, sa description de tâches, etc. Bien que le directeur des poursuites pénales ait clairement exprimé l'avis qu'il était malvenu que les procureurs fédéraux s'engagent sur le plan politique, la décision de la Commission n'était pas une interdiction qui vise tous les procureurs fédéraux, car elle était fondée sur la demande précise de la demanderesse et était liée aux fonctions précises de cette dernière. D'autres demandes seraient tranchées au cas par cas.

La décision n'était pas non plus incompatible avec le contexte législatif, ce qui inclut la *Loi électorale du Canada* et diverses lois provinciales. Le législateur n'est pas obligé de suivre une démarche identique dans toutes les lois fédérales. La *Loi électorale du Canada* ne s'appliquait pas en l'espèce, pas plus que des lois provinciales. La décision en litige a été rendue sous le régime de la Loi, qui régit la totalité des fonctionnaires, y compris l'ensemble des procureurs fédéraux. La Loi ne frappe d'interdiction aucun groupe particulier de fonctionnaires, hormis les administrateurs généraux.

L'article 114 de la Loi montre que le législateur envisageait que des fonctionnaires puissent être choisis comme candidats ou se portent candidats uniquement dans les cas où cela ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à leurs capacités d'exercer leurs fonctions de façon politiquement impartiale. Le législateur n'envisageait pas d'énoncer explicitement chaque catégorie de fonctionnaires qui ne pourraient pas se porter candidats à une charge politique. L'article 114 donne quelques exemples des facteurs que la Commission doit prendre en compte, dont la nature de l'élection et la nature des fonctions du fonctionnaire, facteurs qui sont de nature objective.

La Commission a bien saisi le contexte factuel, et ses conclusions étaient étayées par la preuve figurant dans le dossier. Elle n'a pas fait abstraction des observations de la demanderesse au sujet du contexte factuel pertinent, ou ne les a pas mal interprétées. La Commission a conclu de manière raisonnable que la demanderesse aurait eu plus de visibilité si elle s'était portée candidate et qu'elle occupe un poste déjà très visible, étant donné qu'elle comparait dans des salles d'audience publique pour le compte du ministère public. Là encore, même si la Commission était bien consciente que la demanderesse était une procureure fédérale, elle a pris en considération sa visibilité en tant que fonctionnaire par

The applicant's view that the Commission focused on the statutory objective of a politically impartial public service, used this as its starting point and, as a result, overlooked her Charter rights to engage in political activity and failed to conduct a proportionate balancing was not supported by the record. In this case, the applicant's Charter rights were not absolute and were balanced by the decision maker against the objective of political impartiality. The Commission used the statutory language rather than the Charter language in its decision but, in determining whether to grant the applicant permission to seek the candidacy and election and whether to grant a leave of absence without pay to do so, the Commission considered both objectives of the Act, one of them reflecting a Charter right (engaging in political activity). The decision reflected that it considered all the relevant facts, which supported its findings, including that the applicant had a high level of autonomy, decision-making and visibility.

The ultimate question was whether the Commission's decision protected the applicant's Charter rights as fully as possible. In the present case, it was not possible to fully protect the applicant's right to freedom of expression and to engage in political activity and run for office while also permitting her to maintain her position and to return to it following the election in the event she was not successful. While she was not prohibited from pursuing her rights, the cost of doing so was the loss of her position as a federal prosecutor and public servant. After considering all the facts, relevant factors, possible ways to mitigate the limitation on the applicant's rights and the competing statutory objective, the Commission was not satisfied that the applicant's candidacy would not impair or be perceived to impair her ability to perform her duties in a politically impartial manner, either before the election or upon her return to work. The Commission's decision reflected a proportionate balancing and was therefore reasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9.

rapport à d'autres fonctionnaires fédéraux et par rapport à d'autres procureurs. Il s'agissait là de l'angle qui convenait, car la Loi vise les fonctionnaires en général.

Le point de vue de la demanderesse selon lequel la Commission a mis l'accent sur l'objectif prévu par la loi, soit une fonction publique politiquement impartiale, qu'elle s'en est servi comme point de départ et que, de ce fait, elle a fait abstraction des droits que lui confère la Charte pour ce qui est de se livrer à des activités politiques et a omis de procéder à une mise en balance proportionnée, n'était pas étayé par le dossier. En l'espèce, les droits que la Charte garantit à la demanderesse n'étaient pas absolus et le décideur les a mis en balance avec l'objectif de l'impartialité politique. Dans sa décision, la Commission s'est servie des termes employés dans la loi plutôt que de ceux de la Charte, mais, pour décider s'il convenait d'accorder à la demanderesse la permission de se porter candidate et de se présenter à l'élection ou de lui accorder pour ce faire un congé sans solde, elle a examiné les deux objectifs de la Loi, l'un de ces objectifs reflétant un droit que la Charte garantit (se livrer à des activités politiques). La décision dénote qu'elle a pris en compte la totalité des faits pertinents qui étayaient ses conclusions, y compris le fait que la demanderesse jouissait d'un degré élevé d'autonomie, de pouvoir décisionnel et de visibilité.

La question ultime consistait à savoir si la décision de la Commission protégeait le plus possible les droits que la Charte garantit à la demanderesse. En l'espèce, il était impossible de protéger entièrement le droit de la demanderesse à la liberté d'expression et celui de se livrer à des activités politiques ou de se porter candidate à une élection, tout en lui permettant de conserver son poste et de le réintégrer après l'élection, en cas d'échec de sa part. Il ne lui était pas interdit de poursuivre ses droits, mais le coût d'une telle option était la perte de son poste en tant que procureure et fonctionnaire au sein de la fonction publique fédérale. Après avoir pris en considération la totalité des faits, les facteurs pertinents, les moyens possibles d'atténuer la limite imposée aux droits de la demanderesse ainsi que l'objectif législatif opposé, la Commission s'est dite non convaincue que la mise en candidature de la demanderesse ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale, soit avant l'élection, soit après son retour au travail. La décision de la Commission était le fruit d'une mise en balance proportionnée, et elle était de ce fait raisonnable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi*

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b),(d), 3.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.  
*Lobbying Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44.  
*Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1.  
*Political Activities Regulations*, SOR/2005-373.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 32.  
*Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13, Preamble, ss. 11, 112, 113, 114, 116, 117.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Harquail v. Canada (Public Service Commission)*, 2004 FC 1549, 20 Admin. L.R. (4th) 266; *Canadian Broadcasting Corporation v. Warden of Bowden Institution*, 2015 FC 173, 328 C.R.R. (2d) 361.

## CONSIDERED:

*Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912;  *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295;  *Threader v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 1 F.C. 41, (1986), 68 N.R. 143 (C.A.);  *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528.

## REFERRED TO:

*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200;  *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3;  *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, (1991), 82 D.L.R. (4th) 321;  *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, (1985), 23 D.L.R. (4th) 122;  *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 30;  *Haydon v. Canada (Treasury Board)*, 2005 FCA 249, [2006] 2 F.C.R. 3;  *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, (1976), 68 D.L.R. (3d) 716.

*de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 2b),d), 3.  
 *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
 *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.  
 *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9.  
 *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13, préambule, art. 11, 112, 113, 114, 116, 117.  
 *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, art. 32.  
 *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
 *Loi sur le lobbying*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 44.  
 *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1.  
 *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.  
 *Règlement concernant les activités politiques*, DORS/2005-373.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395;  *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613;  *Harquail c. Canada (Commission de la fonction publique)*, 2004 CF 1549;  *Société Radio-Canada c. Directrice de l'établissement de Bowden*, 2015 CF 173.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912;  *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295;  *Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 1 C.F. 41 (C.A.);  *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103;  *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3;  *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69;  *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455;  *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 30;  *Haydon c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CAF 249, [2006] 2 R.C.F. 3;  *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

## AUTHORS CITED

*Public Prosecution Service of Canada Deskbook*, 2014, online: <<http://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/fpsd-sfpg/fps-sfp/tpd/d-g-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a Public Service Commission decision denying the applicant's request for permission and a leave of absence without pay to seek nomination and be a candidate in the next federal election pursuant to subsections 114(4) and (5) of the *Public Service Employment Act*. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Christopher C. Rootham and Andrew Reinholdt* for applicant.

*Michael Roach and Adrian Bieniasiewicz* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

KANE J.:

Overview

[1] In a decision dated December 16, 2014, the Public Service Commission (Commission) denied the request of the applicant, Emilie Taman, for permission and a leave of absence without pay to seek nomination and be a candidate in the next federal election pursuant to subsections 114(4) and (5) of the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 (PSEA).

[2] The applicant submits that the Commission's decision infringes her rights pursuant to paragraphs 2(b), 2(d) and section 3 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11

## DOCTRINE CITÉE

*Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, 2014, en ligne : <<http://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/d-g-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de la fonction publique a rejeté la requête de la demanderesse qui souhaitait obtenir la permission d'être choisie comme candidate à la prochaine élection fédérale et un congé sans solde, en application des paragraphes 114(4) et (5) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Demande rejetée.

## ONT COMPARU

*Christopher C. Rootham et Andrew Reinholdt* pour la demanderesse.

*Michael Roach et Adrian Bieniasiewicz* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Nelligan O'Brien Payne s.r.l.*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LA JUGE KANE :

Survol

[1] Dans une décision datée du 16 décembre 2014, la Commission de la fonction publique (la Commission) a rejeté la requête de la demanderesse, Emilie Taman, qui souhaitait obtenir la permission d'être choisie comme candidate à la prochaine élection fédérale et un congé sans solde, en application des paragraphes 114(4) et (5) de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13 (la LEFP).

[2] La demanderesse soutient que la décision de la Commission porte atteinte aux droits que lui confèrent les alinéas 2b) et d) et l'article 3 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de*

(U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], and does not reflect a proportionate balancing of her Charter rights and the statutory objectives of the PSEA, and is, therefore, unreasonable.

[3] Upon consideration of the comprehensive submissions of the applicant and respondent, the legislation, the reasons for the Commission's decision, the record, and the jurisprudence, I find that, although the decision of the Commission limits the applicant's Charter rights, it does reflect a proportionate balancing of the Charter rights at stake, to engage in political activity and run for office, with the principle of political impartiality in the public service.

[4] The applicant followed the required procedure in her request for permission to seek the candidacy and pursue election and to obtain a leave without pay, with a view to returning to her position if she were unsuccessful in her candidacy or election. She provided comprehensive submissions to the Commission which noted her Charter rights, addressed all the relevant facts, described all aspects of her work, candidly highlighting those which could give rise to a perception of partiality, and suggested options to provide some "middle ground" to guard against such perceptions.

[5] The Director of Public Prosecution's (DPP) submissions to the Commission highlighted the need to ensure that the Office of the DPP (ODPP) discharged its prosecutorial duties in a politically impartial manner and to ensure that there would be no perception of political partiality on the part of federal prosecutors. The DPP's submissions focussed on the independence and integrity of the ODPP, of which the applicant is part, and not on the applicant's integrity, which has never been questioned. The concern of the Commission, based on this input, is primarily about perception, which is as important as actual impartiality in the present context.

*1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], qu'elle n'est pas le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits que lui garantissent la Charte et des objectifs qu'énonce la LEFP, et qu'elle est de ce fait déraisonnable.

[3] Après avoir pris en considération les observations exhaustives de la demanderesse et du défendeur, les dispositions législatives applicables, les motifs de la décision de la Commission, le dossier et la jurisprudence, je conclus que la décision, même si elle restreint les droits que la Charte garantit à la demanderesse, est bel et bien le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits garantis par la Charte qui sont en jeu — se livrer à des activités politiques et se porter candidat à une élection — et du principe de l'impartialité politique au sein de la fonction publique.

[4] La demanderesse a suivi la procédure requise dans sa demande de permission en vue d'être choisie comme candidate à une élection et d'obtenir un congé sans solde, le but étant de pouvoir réintégrer son poste si elle n'était pas choisie comme candidate ou si elle n'était pas élue. Elle a fourni à la Commission des observations exhaustives dans lesquelles elle a fait état des droits que lui garantit la Charte, elle a traité de tous les faits pertinents, elle a décrit tous les aspects de son travail, en soulignant avec franchise ceux qui pouvaient donner lieu à une perception de partialité, et elle a suggéré quelques options en guise de [TRADUCTION] « solution intermédiaire » en vue de se prémunir contre une telle perception.

[5] Dans les observations qu'il a présentées à la Commission, le directeur des poursuites pénales (le DPP) a mis en évidence le besoin de veiller à ce que son Bureau (le BDPP) s'acquitte de ses fonctions en matière de poursuites d'une manière politiquement impartiale et qu'il n'y ait aucune perception de partialité politique de la part des procureurs fédéraux. Ces observations étaient axées sur l'indépendance et l'intégrité du BDPP, dont la demanderesse fait partie, et non sur l'intégrité de cette dernière, qui n'a jamais été mise en doute. Le souci de la Commission, compte tenu de ces observations, a principalement trait à une question de perception, ce qui, dans le présent contexte, est tout aussi important qu'une impartialité réelle.

[6] The Commission considered the competing rights and interests at play as required pursuant to the PSEA. The decision reflects that the Commission considered all the facts and, based on its overall view, determined that the applicant's rights could not be fully protected while at the same time maintaining the objective of political impartiality in the public service. Measures to mitigate the impact of the limitation of the applicant's rights were considered, but were reasonably found to not be feasible to satisfy the Commission that the applicant's ability to perform her duties in a politically impartial manner would not be impaired or perceived to be impaired if she were to return to her duties.

[7] Although the decision has a significant impact on the applicant from her own perspective—because the trade-off for her is between maintaining her employment or pursuing her candidacy and election—the determination whether the decision reflects a proportionate balancing is guided by the jurisprudence which calls for the consideration of the statutory and factual context, and highlights that the goal is to protect Charter rights as fully as possible.

[8] The reality is that it is not always possible to strike a perfect balance either between competing Charter rights or between Charter rights and other rights and interests. Some rights may be required to give way to others in a manner which will be considered disproportionate by one party or the other. The notion of protecting Charter rights as fully as possible recognizes that rights are not absolute and full protection is not always possible.

[9] For the more detailed reasons that follow, the application is dismissed.

#### Background

[10] Ms. Taman, a prosecutor in the Regulatory and Economic Prosecutions and Management Branch of the Public Prosecution Service of Canada (PPSC) submitted

[6] La Commission a pris en compte les droits et les intérêts opposés qui sont en jeu, ainsi que l'exige la LEFP. Il ressort de la décision que la Commission a tenu compte de la totalité des faits et que, à la suite de son examen général, elle a conclu qu'il était impossible de protéger entièrement les droits de la demanderesse tout en préservant l'objectif d'impartialité politique au sein de la fonction publique. Des mesures visant à atténuer l'effet de la limitation des droits de la demanderesse ont été prises en considération, mais, a-t-il été raisonnablement conclu, ces mesures n'ont pas convaincu la Commission que si la demanderesse réintégrait ses fonctions sa capacité de les exercer de façon politiquement impartiale ne serait pas atteinte ou ne semblerait pas l'être.

[7] La décision a une incidence considérable sur la demanderesse de son propre point de vue — car le compromis qu'il lui faut faire se situe entre le fait de conserver son emploi ou de donner suite à son projet de se porter candidate et d'être élue — mais la question de savoir si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée est guidée par la jurisprudence, qui exige que l'on prenne en compte le contexte législatif et factuel et qui fait ressortir que le but visé est de protéger de la manière la plus complète les droits que garantit la Charte.

[8] En réalité, il n'est pas toujours possible de trouver un équilibre parfait entre des droits opposés garantis par la Charte ou entre des droits garantis par la Charte et d'autres droits et intérêts. Il se peut que certains droits doivent céder le pas à d'autres d'une manière qu'une des parties ou l'autre jugera disproportionnée. L'idée de protéger de la manière la plus complète possible des droits garantis par la Charte reconnaît que les droits ne sont pas absolus et qu'une protection complète n'est pas toujours possible.

[9] Pour les motifs plus détaillés qui suivent, la demande est rejetée.

#### Le contexte

[10] M<sup>e</sup> Taman, procureure au service de la Direction des poursuites réglementaires et économiques et de la gestion, laquelle relève du Service des poursuites pénales

a request in November 2014 to the Commission pursuant to section 114 of the PSEA. Ms. Taman requested permission to seek nomination as and, if nominated, be a candidate in the federal election to be held on October 19, 2015. She also requested a leave of absence without pay before and during the election period. The Commission denied her request on December 16, 2014.

[11] Ms. Taman described her role and duties in her request, submitted in accordance with the applicable form and procedure, and in her submissions to the Commission which attached her work description. In her affidavit, she described that she is responsible for assessing investigative files to provide pre-charge legal advice or an opinion pre-charge regarding potential prosecutions; prosecuting files once the decision to prosecute has been made; appearing in court to prosecute; applying to a judge for various sentencing matters; negotiating with opposing counsel; and supporting other prosecutors on complex and lengthy cases or projects. In her affidavit, she noted that her team at the PPSC was responsible for regulatory offences other than drug offences and that she had carriage of, or worked on, prosecutions under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27; the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14; the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1; and the *Lobbying Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 44.

[12] In her submissions to the Commission, in response to specific questions in the request form, Ms. Taman acknowledged that there could be a public perception that she would be unable to perform her duties impartially in the period leading up to the nomination and before and during the election period, but noted that her intention was to be on leave without pay during this period and not working and, if she returned to work, in the event that she did not receive the nomination or were not elected, the public would understand that there is a distinction between a lawyer's personal views and the positions they take in Court.

du Canada (le SPPC), a présenté une demande à la Commission en novembre 2014, conformément à l'article 114 de la LEFP. M<sup>e</sup> Taman a demandé la permission de présenter sa candidature et, si celle-ci était retenue, de se porter candidate à l'élection fédérale qui aurait lieu le 19 octobre 2015. Elle a aussi demandé un congé sans solde avant et pendant la période électorale. La Commission a rejeté sa demande le 16 décembre 2014.

[11] M<sup>e</sup> Taman a décrit le rôle qu'elle joue et les fonctions qu'elle exerce dans sa demande, présentée selon la forme et la procédure applicables, ainsi que dans ses observations à la Commission, auxquelles était jointe sa description de tâches. Dans son affidavit, elle a indiqué qu'elle est chargée d'évaluer des dossiers d'enquête en vue de fournir, avant le dépôt d'une accusation, des conseils ou des opinions juridiques au sujet d'une éventuelle poursuite, de s'occuper de dossiers une fois qu'il a été décidé d'intenter une poursuite, de comparaître en cour pour plaider, de présenter des demandes à un juge au sujet de diverses questions relatives à la détermination de la peine, de négocier avec l'avocat de la partie adverse, et d'aider d'autres procureurs dans le cadre d'affaires ou de projets longs et complexes. Dans son affidavit, elle a fait remarquer que, au SPPC, son équipe était chargée des infractions réglementaires autres qu'en matière de drogue et qu'elle assumait la responsabilité ou travaillait dans le cadre de poursuites intentées en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, de même que de la *Loi sur le lobbying*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 44.

[12] Dans les observations qu'elle a présentées à la Commission, en répondant à des questions précises posées dans le formulaire de demande, M<sup>e</sup> Taman a reconnu qu'il se pouvait que le public perçoive qu'elle ne soit pas capable d'exercer ses fonctions de manière impartiale au cours de la période antérieure à sa mise en candidature ainsi qu'avant et pendant la période électorale, mais elle a ajouté qu'elle avait l'intention d'être en congé sans solde au cours de cette période et de ne pas travailler et que, si elle retournait au travail, advenant que sa candidature ne soit pas retenue ou qu'elle ne soit pas élue, le public comprendrait qu'il y a une distinction

[13] The request for permission to the Commission, in the required form, included the views of the applicant's immediate supervisor (Team Leader) and senior management. The Team Leader indicated that he was not satisfied that the applicant's ability to perform her duties in a politically impartial manner would not be impaired or be perceived to be impaired during the election. He noted that her position may need to be filled in her absence. However, he indicated that if the applicant returned to work after not receiving the nomination or not being elected, he was satisfied that her ability to perform her duties in a politically impartial manner would not be impaired or be perceived to be impaired because the legal community and public understand that the advocate's job is to apply the law to a set of facts, not to make law. In other words, the Team Leader had concerns about the impairment or perceived impairment of the applicant's ability to perform her duties up to the election, but did not have these concerns if she were to return to work if not elected.

[14] The DPP expressed the opinion that seeking nomination or candidacy before or during an election period indicates a significant allegiance to a political party and its platform, which would undermine the independence of the prosecutorial function and could lead to the public perception that the applicant's political allegiance influences her judgment as a prosecutor. The DPP also indicated that the applicant may be called to work on files of a political character, including offences under the *Lobbying Act*, the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 and the *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1.

[15] The DPP indicated that he was not satisfied that if the applicant returned to her position if unsuccessful in seeking the nomination or election, that her ability to perform her duties in a politically impartial manner would not be impaired or be perceived to be impaired. The DPP indicated that this raises the risk that the

entre les opinions personnelles des avocats et les positions que ceux-ci défendent devant les tribunaux.

[13] La demande de permission soumise à la Commission, dans le formulaire requis, comprenait le point de vue du superviseur immédiat (le chef d'équipe) et de la haute direction de la demanderesse. Le chef d'équipe a indiqué qu'il n'était pas convaincu qu'au cours de la période électorale la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale ne serait pas atteinte ou ne semblerait pas l'être. Il a fait remarquer qu'il serait peut-être nécessaire de combler son poste en son absence. Il a toutefois indiqué qu'il était convaincu que si la demanderesse revenait au travail parce que sa candidature n'avait pas été retenue ou qu'elle n'avait pas été élue, sa capacité d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale ne serait pas atteinte ou ne semblerait pas l'être parce que le milieu juridique et le public sont conscients que le travail des avocats est d'appliquer le droit à une série de faits, et non de faire des lois. Autrement dit, le chef d'équipe se souciait du fait que la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions serait atteinte ou semblerait l'être jusqu'au moment de l'élection, mais pas si elle revenait au travail parce qu'elle n'avait pas été élue.

[14] Le DPP a exprimé l'avis que le fait de solliciter une mise en candidature ou de se porter candidat avant ou pendant une période électorale dénote une forte allégeance envers un parti politique et son programme, ce qui minerait l'indépendance de la fonction de procureur et pourrait amener le public à percevoir que l'allégeance politique de la demanderesse influence son jugement en tant que procureure. Le DPP a également indiqué que la demanderesse pouvait être appelée à travailler à des dossiers de nature politique, comprenant des infractions à la *Loi sur le lobbying*, la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, ainsi que la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1.

[15] Le DPP a dit ne pas être convaincu que si la demanderesse réintégrait son poste parce que sa candidature n'avait pas été retenue ou qu'elle n'avait pas été élue, sa capacité d'exécuter ses fonctions d'une manière politiquement impartiale ne serait pas atteinte ou ne semblerait pas l'être. Cela, a-t-il indiqué, présentait le

decisions made by the applicant could be perceived by investigators and the public as influenced by political considerations. In other words, the DPP had concerns about the impairment or perceived impairment of the applicant's ability to perform her duties both before the election period and upon her return to work, after having been a candidate in a federal election.

[16] The DPP also indicated that he could not accommodate the applicant's return to another, non-prosecutorial, position because the core activities of the ODPP are the prosecution of federal offences and the provision of advice to investigative agencies, both of which require political impartiality or the perception of political impartiality. The DPP added that it would be necessary to fill the applicant's position in her absence.

[17] The DPP provided additional comments to elaborate on the answers to specific questions in the request form indicating that partisan political activities by prosecutors undermine the prosecutorial function; that independence is central to the prosecutorial decision-making process; that prosecutorial decision-making process is quasi-judicial; that prosecutors exercise their quasi-judicial duties in the public interest and must be free from partisan political influence; and, that his view is that federal prosecutors should abstain from any political activity. The DPP also noted a past incident where the ODPP was called upon to address a complaint related to an individual who had engaged in political activities prior to becoming a federal prosecutor.

[18] Ms. Taman provided additional submissions to the Commission in response to senior management's comments, noting that: the DPP's position does not acknowledge her rights under the Charter; prosecutorial independence is institutional and her discretion is highly circumscribed; prosecutors ought not to be held to the same standard as judges when it comes to personal partisan activities; the views of the DPP are not shared by other jurisdictions where prosecutors have been candidates in elections and returned to their positions; former political candidates are not barred from joining

risque que les enquêteurs et le public puissent avoir le sentiment que les décisions prises par la demanderesse étaient influencées par des questions de nature politique. En d'autres termes, le DPP se souciait du fait que la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions, tant avant la période électorale qu'après son retour au travail, après s'être portée candidate à une élection fédérale, pourrait être atteinte ou sembler l'être.

[16] Le DPP a également fait savoir qu'il ne pouvait pas assurer le retour de la demanderesse à un poste autre que celui de procureur, car les activités de base du BDPP sont les poursuites intentées à l'égard d'infractions fédérales et la fourniture de conseils à des organismes d'enquête, deux types d'activités qui requièrent une impartialité politique ou la perception d'une telle impartialité. Il a ajouté qu'il serait nécessaire de combler le poste de la demanderesse en son absence.

[17] Le DPP a fait d'autres commentaires pour étoffer les réponses données à des questions précises dans le formulaire de demande; il a indiqué que les activités politiques partisans auxquelles peuvent se livrer des procureurs minent la fonction de procureur, que l'indépendance est un aspect central du processus décisionnel en matière de poursuite, que ce processus est de nature quasi judiciaire, que les procureurs exercent leurs fonctions quasi judiciaires dans l'intérêt du public et qu'ils doivent être indépendants de toute influence politique partisane, et que, à son avis, les procureurs fédéraux devraient s'abstenir de toute activité politique. Il a également fait état d'un incident antérieur dans lequel le BDPP avait été appelé à régler une plainte relative à une personne qui s'était livrée à des activités politiques avant de devenir procureure fédérale.

[18] M<sup>e</sup> Taman a fourni d'autres observations à la Commission en réponse aux commentaires de la haute direction; elle a fait remarquer que la position du DPP ne tenait pas compte des droits que lui garantit la Charte, que l'indépendance des procureurs est de nature institutionnelle et que son propre pouvoir discrétionnaire est hautement circonscrit, que les procureurs ne devraient pas être tenus de respecter la même norme que les juges pour ce qui est des activités partisans personnelles, que le point de vue du DPP n'est pas partagé par d'autres provinces dans lesquelles des procureurs se sont portés

the PPSC as prosecutors; the PPSC has not communicated its view that prosecutors should abstain from all political involvement; the mere possibility of complaints is not a basis to refuse a request; an individual prosecutor can be insulated from relatively rare politically sensitive prosecutions; and, remote hypotheticals should not be given undue weight. The applicant added that reasonable accommodations should be considered to overcome the barriers to women's representation in politics and suggested that there are ways to grant her request without undue burden on the PPSC, including by maintaining "firewalls" and assigning politically sensitive files to others.

### The Decision

[19] The Commission cited the relevant statutory provisions. Pursuant to subsections 114(1) and (2) of the PSEA, an employee may seek nomination as a candidate before or during the election period or be a candidate before the election period only if he or she has requested and obtained permission from the Commission. Pursuant to subsection 114(3), an employee may only be a candidate during the election period if he or she has obtained leave without pay from the Commission. Finally, pursuant to subsections 114(4) and (5), the Commission may only grant permission or leave without pay if it is satisfied that the employee's ability to perform his or her duties in a politically impartial manner will not be impaired or perceived to be impaired.

[20] The relevant statutory provisions are set out in Annex A.

[21] The Commission noted that the applicant had sought permission in accordance with subsections 114(1), (2) and (3) of the PSEA and it had considered the information she provided as well as the information

candidats à des élections et ont réintégré leurs postes, qu'il n'est pas interdit à d'anciens candidats politiques de se joindre au SPPC à titre de procureurs, que le SPPC n'a pas fait savoir que les procureurs devraient s'abstenir de toute intervention sur le plan politique, que la simple possibilité qu'une plainte puisse être déposée n'est pas une raison pour refuser une demande, qu'un procureur en particulier peut être isolé des poursuites politiquement délicates, lesquelles sont relativement rares, et qu'il ne convient pas d'accorder un poids excessif à de vagues situations hypothétiques. Elle a ajouté qu'il faudrait envisager de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en vue de surmonter les obstacles à la représentation des femmes sur la scène politique et elle a laissé entendre qu'il y avait des moyens de faire droit à sa requête sans imposer un fardeau excessif au SPPC, dont le fait de créer des [TRADUCTION] « pare-feux » et d'attribuer à d'autres personnes les dossiers politiquement délicats.

### La décision

[19] La Commission a cité les dispositions législatives applicables. Aux termes des paragraphes 114(1) et (2) de la LEFP, le fonctionnaire désireux d'être choisi comme candidat, avant ou pendant la période électorale, ou de se porter candidat, avant la période électorale, ne peut le faire que s'il a demandé et obtenu la permission de la Commission. Aux termes du paragraphe 114(3), le fonctionnaire ne peut se porter candidat pour la période électorale que s'il a demandé à la Commission et obtenu d'elle un congé sans solde. Enfin, aux termes des paragraphes 114(4) et (5), la Commission n'accorde la permission ou le congé que si elle est convaincue que la capacité du fonctionnaire d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale ne sera pas atteinte ou ne semblera pas atteinte.

[20] Le texte des dispositions législatives applicables est reproduit à l'annexe A.

[21] La Commission a souligné que la demanderesse avait demandé la permission requise, conformément aux paragraphes 114(1), (2) et (3) de la LEFP, et qu'elle avait pris en considération les informations que la

provided by her Team Leader and senior management at the ODPP.

[22] The Commission noted its concerns that the applicant's ability to perform her duties as a federal prosecutor in a politically impartial manner may be impaired or perceived to be impaired in light of the nature of her duties and the increased publicity, visibility and recognition that would be associated with seeking nomination and being a candidate in a federal election.

[23] The Commission found that as a federal prosecutor in the Regulatory & Economic Prosecutions and Management Branch, the applicant has a high level of autonomy and decision-making power, noting that she: prosecutes federal regulatory offences; provides legal advice to the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) and other federal organizations regarding federal prosecutions; may apply for seizure or forfeiture of property; is involved in plea and sentencing discussions; is involved in "determining issue resolution" on some files; is highly visible when she appears in Court; and, may be required to deal with the media.

[24] The Commission noted the views of the DPP that the applicant's candidacy publicly indicates a significant allegiance to a political party and its platform and that this would undermine the independence and prosecutorial function of the ODPP. The Commission found that this, in turn, could lead to a perception that the applicant is not able to perform her duties in a politically impartial manner.

[25] The Commission found that the risk to political impartiality could not be mitigated by a leave without pay or by the applicant assuming a non-prosecutorial role if she returned to work. The Commission noted that the ODPP had indicated that it could not accommodate these measures because it is a small organization, its

demanderesse avait fournies ainsi que celles dont son chef d'équipe et la haute direction du BDPP lui avaient fait part.

[22] La Commission a fait état de ses doutes que la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions à titre de procureure fédérale d'une manière politiquement impartiale puisse être atteinte ou sembler être atteinte en raison de la nature de ses fonctions ainsi que de la publicité, de la visibilité et de la reconnaissance accrues que l'on associerait au fait qu'elle veuille être choisie comme candidate et se porter candidate à une élection fédérale.

[23] La Commission a conclu qu'à titre de procureure fédérale au service de la Direction des poursuites réglementaires et économiques, et de la gestion, la demanderesse jouissait d'un degré élevé d'autonomie et de pouvoir décisionnel; elle a fait remarquer que la demanderesse poursuit des infractions réglementaires fédérales, qu'elle fournit des conseils juridiques à la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) et à d'autres organismes fédéraux au sujet de poursuites fédérales, qu'elle peut présenter une demande de saisie ou de confiscation de biens, qu'elle prend part à des discussions en matière de plaidoyers et de peines, qu'elle s'occupe de [TRADUCTION] « déterminer le règlement d'une question litigieuse » dans certains dossiers, qu'elle est très visible lorsqu'elle comparait en cour et qu'elle peut être tenue de faire affaire avec les médias.

[24] La Commission a fait état du point de vue de la DPP selon lequel la mise en candidature de la demanderesse indique publiquement une allégeance importante à un parti politique et à son programme et que ce fait minerait l'indépendance du BDPP et ses fonctions en matière de poursuite. Elle a conclu que, par ricochet, cela pourrait amener à percevoir que la demanderesse n'est pas capable d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale.

[25] La Commission a estimé que le risque d'une impartialité politique ne pourrait pas être atténué par un congé sans solde ou par le fait de confier à la demanderesse un rôle autre que celui de procureure si elle retournait au travail. Elle a fait remarquer que le BDPP avait indiqué qu'il ne pouvait pas prendre ces mesures

core activities are the prosecution of offences and the provision of advice to investigatory agencies, and that few counsel positions do not exercise discretionary powers.

[26] The Commission concluded that it was not satisfied that being a candidate during the election period would not impair or be perceived as impairing the applicant's ability to perform her duties in a politically impartial manner. The Commission denied both the permission and leave without pay, which is a condition precedent to a public servant seeking election.

#### The Applicant's Overall Position

[27] The applicant argues that the decision of the Commission is unreasonable because it disproportionately limits her Charter rights, specifically paragraphs 2(b), 2(d) and section 3 of the Charter.

[28] The applicant does not challenge the constitutionality of the provisions of the PSEA, but rather argues that the decision of the Commission does not reflect a proportionate balancing of her Charter rights. The applicant argues that the Commission did not exercise its discretion in accordance with the principles established by the Supreme Court of Canada in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 (*Doré*) governing the review of administrative decisions which engage and limit Charter rights and values. The applicant submits that the effect of the decision is to prohibit all federal prosecutors from seeking candidacy and election and this blanket prohibition, combined with the Commission's failure to mitigate the impact of the limitation on her Charter rights, is not proportionate.

[29] The applicant seeks an order to set aside the decision of the Commission and to order that she is entitled to seek nomination as a candidate in the next federal

parce qu'il est une organisation de petite taille, que ses activités de base sont la poursuite d'infractions et la fourniture de conseils à des organismes d'enquête et que rares sont les postes d'avocats qui ne sont pas investis de pouvoirs discrétionnaires.

[26] La Commission a conclu qu'elle n'était pas convaincue que le fait de se porter candidate pendant la période électorale ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale. Elle a refusé d'accorder à la fois la permission et le congé sans solde, ce qui est une condition à laquelle doit satisfaire tout fonctionnaire désireux d'être élu.

#### La position générale de la demanderesse

[27] La demanderesse est d'avis que la décision de la Commission est déraisonnable, car elle restreint de manière disproportionnée les droits que lui garantit la Charte, et plus précisément les alinéas 2b) et d) ainsi que l'article 3.

[28] La demanderesse ne conteste pas la constitutionnalité des dispositions de la LEFP, mais elle soutient plutôt que la décision de la Commission n'est pas le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits que la Charte lui garantit. Elle ajoute que la Commission n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière conforme au principe établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 (*Doré*), lequel régit le contrôle des décisions administratives qui mettent en cause et limitent les droits et les valeurs que la Charte reconnaît. La demanderesse prétend de plus que la décision a pour effet d'empêcher tous les procureurs fédéraux de se porter candidats et de se présenter à une élection, et que cette interdiction générale, conjuguée à l'omission de la Commission d'atténuer l'effet de la limite imposée aux droits que lui garantit la Charte, n'est pas proportionnée.

[29] La demanderesse sollicite une ordonnance infirmant la décision de la Commission et portant qu'elle est en droit, d'une part, de vouloir être nommée comme

election and is entitled to a leave of absence without pay during the election period.

#### The Respondent's Overall Position

[30] The respondent submits that the Commission applied the appropriate framework and its determination that there may be a perception of impairment of political partiality is justified by the facts. The respondent acknowledges that the applicant's rights pursuant to paragraph 2(b) and section 3 of the Charter are affected by the decision, but disagrees that paragraph 2(d) is engaged. The respondent submits that the PSEA reflects the need to balance Charter rights and values with the competing objectives of the PSEA. The Commission has the discretion to permit or deny a public servant from seeking candidacy and election in a federal election in accordance with the provisions of the PSEA. The Commission conducted an assessment of the applicant's request and of her specific duties and its decision does not reflect a blanket prohibition on federal prosecutors. The Commission exercised its discretion reasonably and proportionately.

#### The Standard of Review of Administrative Decisions that Affect Charter Rights

[31] The parties agree that the standard of review to be applied to discretionary decisions which implicate Charter rights is reasonableness and, in this context, the approach has been established by the Supreme Court of Canada in *Doré* and more recently reiterated and applied in *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613 (*Loyola*).

[32] In *Doré*, the Supreme Court established that reviewing courts should apply the reasonableness standard to administrative decisions challenged on Charter grounds, but, in doing so, the reviewing court must assess whether the decision reflects a proportionate

candidate à la prochaine élection fédérale et, d'autre part, d'obtenir un congé sans solde pendant la période électorale.

#### La position générale du défendeur

[30] Le défendeur est d'avis que la Commission a appliqué le bon cadre et que les faits justifient sa décision selon laquelle il peut y avoir une perception d'atteinte à l'impartialité sur le plan politique. Il reconnaît que la décision a une incidence sur les droits que garantissent à la demanderesse l'alinéa 2b) et l'article 3 de la Charte, mais il ne souscrit pas à l'affirmation selon laquelle l'alinéa 2d) s'applique. Il soutient que la LEFP traduit le besoin de mettre en balance les droits et les valeurs reconnus par la Charte et les objectifs opposés de la LEFP. La Commission a le pouvoir discrétionnaire de permettre ou de refuser à un fonctionnaire de se porter candidat et de se présenter à une élection fédérale, conformément aux dispositions de la LEFP. La Commission a évalué la demande de la demanderesse, ainsi que ses fonctions précises, et sa décision ne représente pas une interdiction générale qui vise les procureurs fédéraux. La Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire d'une manière raisonnable et proportionnée.

#### La norme de contrôle applicable aux décisions administratives ayant une incidence sur des droits garantis par la Charte

[31] Les parties conviennent que la norme de contrôle à appliquer aux décisions de nature discrétionnaire qui mettent en cause des droits garantis par la Charte est la raisonabilité et, dans ce contexte, la démarche à suivre a été établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Doré* et, plus récemment, réitérée et appliquée dans l'arrêt *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613 (*Loyola*).

[32] Dans l'arrêt *Doré*, la Cour suprême a établi que les cours de révision devraient appliquer la norme de la raisonabilité à une décision administrative que l'on conteste pour des motifs fondés sur la Charte, mais que, en agissant de la sorte, ces cours doivent déterminer si

balancing of the Charter protections at stake and the relevant statutory mandate.

[33] The parties agree that a decision which reflects a proportionate balancing of Charter rights and values is a reasonable decision. However, the parties differ on whether the Commission's decision reflects such a proportionate balancing in accordance with the framework set out in *Doré*.

[34] In *Doré*, the Supreme Court of Canada described the balancing required by the decision maker and the role of the Court on judicial review as follows (at paragraphs 55–57):

How then does an administrative decision-maker apply *Charter* values in the exercise of statutory discretion? He or she balances the *Charter* values with the statutory objectives. In effecting this balancing, the decision-maker should first consider the statutory objectives. In *Lake*, for instance, the importance of Canada's international obligations, its relationships with foreign governments, and the investigation, prosecution and suppression of international crime justified the *prima facie* infringement of mobility rights under s. 6(1) (para. 27). In *Pinet*, the twin goals of public safety and fair treatment grounded the assessment of whether an infringement of an individual's liberty interest was justified (para. 19).

Then the decision-maker should ask how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives. This is at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives. This is where the role of judicial review for reasonableness aligns with the one applied in the *Oakes* context. As this Court recognized in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160, “courts must accord some leeway to the legislator” in the *Charter* balancing exercise, and the proportionality test will be satisfied if the measure “falls within a range of reasonable alternatives”. The same is true in the context of a review of an administrative decision for reasonableness, where decision-makers are entitled to a measure of deference so long as the decision, in the words of *Dunsmuir*, “falls within a range of possible, acceptable outcomes” (para. 47).

la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections garanties par la Charte qui sont en jeu et le mandat applicable que confère la loi.

[33] Les parties conviennent qu'une décision qui est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits et des valeurs garantis par la Charte est raisonnable. Cependant, elles ne s'entendent pas sur la question de savoir si la décision de la Commission est le fruit d'une mise en balance proportionnée, qui correspond au cadre établi dans l'arrêt *Doré*.

[34] Dans l'arrêt *Doré*, la Cour suprême du Canada a décrit en ces termes la mise en balance que l'on exige du décideur, ainsi que le rôle que joue la Cour au stade du contrôle judiciaire (aux paragraphes 55 à 57) :

Comment un décideur administratif applique-t-il donc les valeurs consacrées par la *Charte* dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi? Il ou elle met en balance ces valeurs et les objectifs de la loi. Lorsqu'il procède à cette mise en balance, le décideur doit d'abord se pencher sur les objectifs en question. Dans *Lake*, par exemple, l'importance des obligations internationales du Canada, ses relations avec les gouvernements étrangers ainsi que l'enquête, la poursuite et la répression du crime à l'échelle internationale justifiait, *prima facie*, la violation de la liberté de circulation visée au par. 6(1) (par. 27). Dans *Pinet*, c'est le double objectif de protection de la sécurité du public et de traitement équitable qui a fondé l'évaluation de la violation du droit à la liberté pour déterminer si elle était justifiée (par. 19).

Ensuite, le décideur doit se demander comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi. Cette réflexion constitue l'essence même de l'analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part. C'est à cette étape que le rôle de la révision judiciaire visant à juger du caractère raisonnable de la décision s'apparente à celui de l'analyse effectuée dans le contexte de l'application du test de l'arrêt *Oakes*. Comme la Cour l'a reconnu dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160, « les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur » lorsqu'ils procèdent à une mise en balance au regard de la *Charte* et il sera satisfait au test de proportionnalité si la mesure « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables ». Il en est de même dans le contexte de la révision

On judicial review, the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play. As LeBel J. noted in *Multani*, when a court is faced with reviewing an administrative decision that implicates *Charter* rights, “[t]he issue becomes one of proportionality” (para. 155), and calls for integrating the spirit of s. 1 into judicial review. Though this judicial review is conducted within the administrative framework, there is nonetheless conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a “margin of appreciation”, or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives.

[35] In *Loyola*, the Supreme Court of Canada reiterated and applied the *Doré* framework, noting that: “In the context of decisions that implicate the *Charter*, to be defensible, a decision must accord with the fundamental values protected by the *Charter*” (at paragraph 37). The Court also noted the analogy with the concept of minimal impairment of *Charter* rights (at paragraphs 40–41):

A *Doré* proportionality analysis finds analytical harmony with the final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a limit on a *Charter* right under s. 1: minimal impairment and balancing. Both *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *Doré* require that *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state’s particular objectives: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160. As such, *Doré*’s proportionality analysis is a robust one and “works the same justificatory muscles” as the *Oakes* test: *Doré*, at para. 5.

d’une décision administrative pour en évaluer le caractère raisonnable où il convient de faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit des décideurs à condition que la décision, comme l’affirme la Cour dans *Dunsmuir*, « [appartienne] aux issues possibles acceptables » (par. 47).

Dans le contexte d’une révision judiciaire, il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte*. Comme le juge LeBel l’a souligné dans *Multani*, lorsqu’une cour est appelée à réviser une décision administrative qui met en jeu les droits protégés par la *Charte*, « [l]a question se réduit à un problème de proportionnalité » (par. 155) et requiert d’intégrer l’esprit de l’article premier dans la révision judiciaire. Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d’analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l’examen du caractère raisonnable et le cadre d’analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une « marge d’appréciation » aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d’une part, et les objectifs plus larges, d’autre part.

[35] Dans l’arrêt *Loyola*, la Cour suprême du Canada a réitéré et appliqué le cadre établi dans l’arrêt *Doré*, en faisant remarquer ceci : « pour être défendable, une décision mettant en cause la *Charte* doit être conforme aux valeurs fondamentales garanties par ce texte » (au paragraphe 37). La Cour a également relevé l’analogie qui est faite avec le concept de l’atteinte minimale aux droits conférés par la *Charte* (aux paragraphes 40 et 41) :

L’analyse de la proportionnalité prescrite par l’arrêt *Doré* s’harmonise avec les étapes finales du cadre d’analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l’article premier : atteinte minimale et équilibre. Les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *Doré* exigent tous deux que l’on restreigne les protections conférées par la *Charte* aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l’État : voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160. L’analyse de la proportionnalité préconisée par l’arrêt *Doré* constitue donc une solide analyse qui « fait intervenir les mêmes réflexes justificateurs » que le test de l’arrêt *Oakes* : *Doré*, par. 5.

The *Doré* analysis is also a highly contextual exercise. As under the minimal impairment stage of the *Oakes* analysis, under *Doré* there may be more than one proportionate outcome that protects *Charter* values as fully as possible in light of the applicable statutory objectives and mandate: *RJR-MacDonald*, at para. 160.

L'analyse décrite dans *Doré* constitue aussi un exercice hautement contextuel. Tout comme le volet de l'atteinte minimale de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes*, plusieurs issues peuvent être proportionnées et protéger les valeurs consacrées par la *Charte* aussi pleinement que possible à la lumière des objectifs et mandat applicables prévus par la loi : *RJR-MacDonald*, par. 160.

[36] The guidance of the Supreme Court of Canada regarding how decision makers should approach decisions implicating *Charter* rights and how Courts should judicially review these decisions is summarized below.

[36] Voici sous forme sommaire les conseils que donne la Cour suprême du Canada quant à la façon dont les décideurs devraient aborder les décisions qui mettent en cause des droits garantis par la Charte et la façon dont les tribunaux devraient procéder à leur contrôle judiciaire :

- The overall goal is to balance the *Charter* rights or values with the statutory objectives and to limit the *Charter* protected rights or values as little as possible (or to protect the *Charter* rights and fully as possible) in light of the statutory objectives.
- To achieve this balance, the decision maker should:
  - Consider the statutory objectives;
  - Consider how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives; and,
  - In doing so, balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives.
- On judicial review, the question for the Court is whether the decision maker followed the approach described above; i.e., whether the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play, taking into consideration the impact of the relevant *Charter* protections, as well as the nature of the decision and the statutory and factual context.
- Le but général est de mettre en balance les droits ou les valeurs reconnus par la Charte et les objectifs prévus par la loi et de restreindre le moins possible les droits ou les valeurs que protège la Charte (ou protéger les droits reconnus par la Charte aussi pleinement que possible) à la lumière des objectifs prévus par la loi.
- Pour opérer cette mise en balance, le décideur devrait :
  - prendre en considération les objectifs prévus par la loi;
  - examiner comment la valeur reconnue par la Charte qui est en jeu sera le mieux protégée au regard des objectifs prévus par la loi;
  - en agissant de la sorte, mettre en balance la gravité de l'atteinte à la protection garantie par la Charte et les objectifs prévus par la loi.
- Au stade du contrôle ou de la révision judiciaire, la question soumise à la Cour consiste à savoir si le décideur a suivi la démarche décrite ci-dessus; c'est-à-dire, déterminer si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections garanties par la Charte qui sont en jeu, en tenant compte de l'effet des protections garanties par la Charte qui sont pertinentes, ainsi que de la nature de la décision et du contexte législatif et factuel.

- What is a proportionate balancing?
    - A proportionate balancing is one that gives effect, *as fully as possible*, to the Charter protections at stake given the particular statutory mandate.
    - Looked at from the other perspective, this means that Charter protections should be affected as little *as reasonably possible* in light of the statutory objectives; this mirrors the minimal impairment aspect of the *Oakes* [*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103] test.
    - The proportionality analysis should be “robust” and contextual.
  - There may be more than one proportionate outcome. A “margin of appreciation” or deference is given to the decision maker in balancing Charter values against broader objectives.
  - Finally, a decision that proportionately balances Charter rights or values against the legislative objectives “falls within a range of possible, acceptable outcomes” [*Doré*, at paragraph 56] and will be found to be reasonable on judicial review.
- Qu’est-ce qu’une mise en balance proportionnée?
    - Une mise en balance proportionnée est une mesure qui donne effet, aussi pleinement que possible, aux protections garanties par la Charte qui sont en jeu, compte tenu du mandat applicable que prévoit la loi.
    - Sous l’autre angle, cela signifie que les protections garanties par la Charte doivent être touchées aussi peu que cela est raisonnablement possible compte tenu des objectifs prévus par la loi; cela reflète l’aspect de l’atteinte minimale dont il est question dans le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* [*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103].
    - L’analyse de la proportionnalité doit être « solide » et contextuelle.
  - Il peut y avoir plus d’une issue proportionnée. On accorde une « marge d’appréciation » au décideur ou l’on fait preuve de déférence à son égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la Charte et des objectifs plus larges.
  - Enfin, une décision qui met en balance de manière proportionnée les droits ou les valeurs garantis par la Charte et les objectifs prévus par la loi « [appartient] aux issues possibles acceptables » [*Doré*, au paragraphe 56] et sera considérée comme raisonnable lors du contrôle judiciaire.

[37] Although the Court has provided these guiding principles to decision makers and to Courts reviewing such decisions, the practical application of the principles is not a simple matter.

### The Charter Rights Implicated

#### *Section 3*

[38] Section 3 of the Charter provides that every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein. The right has been described by the Supreme Court of

[37] Bien que la Cour ait fourni ces principes directeurs aux décideurs ainsi qu’aux tribunaux qui contrôlent les décisions de ces derniers, leur application pratique n’est pas une mince affaire.

### Les droits garantis par la Charte qui sont en cause

#### *L’article 3*

[38] Aux termes de l’article 3 de la Charte, tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales. Ce droit a été décrit par la Cour suprême du Canada comme étant celui de « briguer les suffrages des électeurs » (*Figueroa*

Canada as the “right to run for office” (*Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at paragraphs 26 and 29).

[39] There is no dispute that the applicant’s right to run for office is engaged and should be protected to the extent possible.

*Paragraph 2(b)*

[40] Paragraph 2(b) protects, as a fundamental freedom, freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication.

[41] As noted by the applicant, the right of freedom of expression is interpreted broadly and purposively and encompasses “[a]n activity by which one conveys or attempts to convey meaning will *prima facie* be protection by s. 2(b)” (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at paragraph 27). The applicant’s ability to communicate and convey information and messages to members of the political party that she seeks to represent as a candidate and to the public in her efforts to be elected as a Member of Parliament is clearly implicated by the decision and should be protected to the extent possible.

*Paragraph 2(d)*

[42] Paragraph 2(d) protects, as a fundamental freedom, freedom of association.

[43] The applicant submits that the Commission’s decision violates her freedom of association pursuant to paragraph 2(d), because the decision violates her right to freely associate with a political party and seek nomination to be a candidate of that party. Although she is not prevented from being a member of a political party, she submits that other aspects of paragraph 2(d) are infringed. The applicant notes that freedom of association has three aspects: constitutive, derivative and purposive (*Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3,

*c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, aux paragraphes 26 et 29).

[39] Nul ne conteste que le droit de la demanderesse de briguer les suffrages des électeurs est en cause et qu’il doit être protégé dans la mesure du possible.

*L’alinéa 2b)*

[40] L’alinéa 2b) protège, à titre de liberté fondamentale, la liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, ce qui inclut la liberté de la presse et des autres moyens de communication.

[41] Comme l’a fait remarquer la demanderesse, le droit à la liberté d’expression est interprété de manière large et téléologique, et ce droit englobe « [l’]activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre un message bénéficiant de prime abord de la protection de l’al. 2b) » (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, au paragraphe 27). La capacité qu’a la demanderesse de transmettre des informations et des messages aux membres du parti politique qu’elle souhaite représenter à titre de candidate et au public dans les efforts qu’elle fait pour être élue comme députée est clairement touchée par la décision et elle devrait être protégée dans la mesure du possible.

*L’alinéa 2d)*

[42] L’alinéa 2d) protège, à titre de liberté fondamentale, la liberté d’association.

[43] La demanderesse soutient que la décision de la Commission porte atteinte à sa liberté d’association au sens de l’alinéa 2d), car elle viole son droit de s’associer librement à un parti politique et de chercher à être nommée comme candidate de ce parti. On ne l’empêche pas d’adhérer à un parti politique, ajoute-t-elle, mais on porte atteinte à d’autres aspects de l’alinéa 2d). Elle signale que la liberté d’association comporte trois aspects : constitutif, déductif et téléologique (*Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3,

at paragraphs 51–54). The applicant argues that the decision violates the derivative aspects of freedom of association, the right to associational activity that specifically relates to other constitutional freedoms, because running for office is a constitutionally protected activity. The applicant adds that the importance of political parties to the democratic process should not be overlooked and that paragraph 2(*d*) contemplates more than simply associating with others, including political parties, and that a purposive approach recognizes that the right to associate encompasses seeking the nomination to represent a political party and seeking election.

[44] The respondent disputes that paragraph 2(*d*) is engaged because the applicant is not prohibited from being a member of any political party or seeking the nomination of a specific political party. Although she is prohibited from seeking nomination for political office while employed by the public service, she may still associate with others to support another candidate for office.

[45] For the purpose of this judicial review, it is not necessary to determine the scope of the applicant's paragraph 2(*d*) rights and how, if any, these rights have been affected. The applicant's rights pursuant to paragraph 2(*b*) and section 3 are clearly affected and the applicant's argument that her right to associate is also affected is closely linked in these circumstances to the content of the paragraph 2(*b*) and section 3 rights implicated. The issue is whether the decision proportionately balances the Charter rights with the statutory objectives. The identification of the right to associate will not affect the outcome of this judicial review.

### The Issue

Does the decision of the Commission reflect a proportionate balancing of the Charter rights at stake in light of the statutory objectives and is the decision, therefore, reasonable?

aux paragraphes 51 à 54). La demanderesse soutient que la décision porte atteinte aux aspects déductifs de la liberté d'association — le droit à une activité associative qui est expressément liée à d'autres libertés constitutionnelles —, car briguer les suffrages des électeurs est une activité que la Constitution protège. Elle ajoute qu'il ne faut pas négliger l'importance que revêtent les partis politiques pour le processus démocratique, que l'alinéa 2*d*) envisage plus que le simple fait de s'associer à d'autres, dont des partis politiques, et qu'une approche téléologique reconnaît que le droit de s'associer englobe le fait de chercher à être nommé comme représentant d'un parti politique et à se présenter à une élection.

[44] Le défendeur conteste que l'alinéa 2*d*) s'applique, car on n'empêche pas la demanderesse d'adhérer à un parti politique quelconque ou de chercher à présenter sa candidature pour un parti politique particulier. Même s'il lui est interdit de présenter sa candidature en vue d'une charge politique pendant qu'elle est au service de la fonction publique, elle peut tout de même s'associer à d'autres pour soutenir la candidature d'une autre personne.

[45] Pour les besoins du présent contrôle judiciaire, il n'est pas nécessaire de déterminer la portée des droits que l'alinéa 2*d*) garantit à la demanderesse et en quoi, si c'est le cas, ces droits ont été touchés. Les droits que l'alinéa 2*b*) et l'article 3 garantissent à la demanderesse sont clairement touchés et l'argument que celle-ci invoque, à savoir que son droit d'association est lui aussi touché, est lié de près, dans ces circonstances, à la teneur des droits garantis par l'alinéa 2*b*) et l'article 3 qui sont en cause. La question en litige consiste à savoir si la décision met en balance de manière proportionnée les droits garantis par la Charte et les objectifs prévus par la loi. La détermination du droit d'association n'aura pas d'incidence sur l'issue du présent contrôle judiciaire.

### La question en litige

La décision de la Commission est-elle le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits garantis par la Charte qui sont en jeu au vu des objectifs prévus par la loi, et cette décision est-elle de ce fait raisonnable?

*The Applicant's Submissions*

[46] The applicant argues that the Commission's decision disproportionately infringes her Charter rights in view of the nature of the decision, the statutory context and the factual context.

*Nature of the Decision*

[47] The applicant submits that the decision amounts to a ban on all federal prosecutors as candidates in a federal election. Such a blanket prohibition is inconsistent with *Harquail v. Canada (Public Service Commission)*, 2004 FC 1549, 20 Admin. L.R. (4th) 266 (*Harquail*). Although the Court dismissed the judicial review of a decision denying permission to a federal prosecutor for mootness and the decision predates *Doré*, the Court's comments, which criticized the Commission for not conducting a comprehensive inquiry and for considering remote possibilities, is relevant to the present circumstances (at paragraph 36). In other words, a comprehensive inquiry would support a positive decision for a federal prosecutor by the Commission.

[48] The applicant points to the Commission's decision, which refers to "federal prosecutor" repeatedly, in support of her argument that the decision amounts to a blanket prohibition on prosecutors. The Commission noted that it "has concerns that Ms. Taman's ability to perform her duties in a politically impartial manner as Counsel, working as a federal prosecutor, may be impaired or perceived to be impaired"; "[a]s a federal prosecutor ... Ms. Taman has a high level of autonomy and decision-making"; "[h]is [the DPP's] concerns relate to ... the nature of Ms. Taman's duties as a federal prosecutor"; and, "Ms Taman is highly visible when she appears in Court as a federal prosecutor".

*Les observations de la demanderesse*

[46] La demanderesse soutient que la décision de la Commission porte atteinte de manière disproportionnée aux droits que lui garantit la Charte, compte tenu de la nature de la décision, du contexte législatif et du contexte factuel.

*La nature de la décision*

[47] La demanderesse estime que la décision revient à interdire à tous les procureurs fédéraux de se présenter comme candidats à une élection fédérale. Une telle interdiction générale est incompatible avec la décision *Harquail c. Canada (Commission de la fonction publique)*, 2004 CF 1549 (*Harquail*). Bien que la Cour ait rejeté le contrôle judiciaire d'une décision refusant la permission requise à une procureure fédérale du fait de son caractère théorique et que cette décision date d'avant l'arrêt *Doré*, les commentaires de la Cour, qui a critiqué la Commission pour n'avoir pas mené une enquête plus globale ni examiné de vagues possibilités, s'appliquent aux présentes circonstances (au paragraphe 36). Autrement dit, une enquête globale aurait permis à la Commission de rendre une décision favorable dans le cas d'un procureur fédéral.

[48] La demanderesse fait état de la décision de la Commission, qui fait référence à plusieurs reprises aux mots [TRADUCTION] « procureur fédéral », à l'appui de son argument selon lequel la décision est assimilable à une interdiction générale à l'endroit des procureurs. La Commission a fait remarquer qu'elle se [TRADUCTION] « soucie du fait que la capacité de M<sup>e</sup> Taman d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale à titre d'avocate, travaillant comme procureure fédérale, peut être atteinte ou sembler l'être »; [TRADUCTION] « à titre de procureure fédérale [...] M<sup>e</sup> Taman jouit d'un degré élevé d'autonomie et de pouvoir décisionnel »; [TRADUCTION] « ses préoccupations » [celles du BPP] ont trait à [TRADUCTION] « la nature des fonctions qu'exerce M<sup>e</sup> Taman à titre de procureure fédérale » et [TRADUCTION] « M<sup>e</sup> Taman est très visible lorsqu'elle comparait devant un tribunal à titre de procureure fédérale ».

[49] The applicant also notes that the concerns raised by the Commission regarding her visibility, autonomy and decision-making power; involvement in plea and sentencing discussions; application for seizure and forfeiture; and possible provision of information to the media as relevant factors would be true of all federal prosecutors.

[50] The applicant submits that the PSEA and the related *Political Activities Regulations*, SOR/2005-373 (Regulations) are inconsistent with a blanket prohibition based on job title. The PSEA and the Regulations require a fact based and contextual inquiry, including consideration of the nature of the election, the nature of the duties, and the level and visibility of the position. The applicant argues that the Commission failed to “drill down” to look at her duties and instead focussed on federal prosecutors as a broad category.

[51] The applicant also points to the Commission’s reliance on the views of the DPP which related to the nature of the mandate of the ODPP and the nature of the applicant’s duties as a federal prosecutor, rather than on the applicant’s specific duties and the types of prosecutions she conducts. The Commission accepted the DPP’s overall position that being a federal prosecutor is incompatible with being a candidate for public office, without consideration of other views and factors.

[52] The applicant argues that the decision, which amounts to an effective prohibition on federal prosecutors as a category, is by nature disproportionate (*Loyola*, at paragraph 70).

#### *Statutory Context*

[53] The applicant argues that the decision is inconsistent with the PSEA, the *Canada Elections Act* and provincial statutes.

[49] La demanderesse signale aussi que les préoccupations que la Commission a soulevées au sujet de sa visibilité, de son autonomie et de son pouvoir décisionnel, de sa participation à des discussions en matière de plaidoyers et de peines, de ses demandes de saisie et de confiscation ainsi que de la fourniture possible d’informations aux médias, des facteurs qu’elle considère comme pertinents, s’appliqueraient à tous les procureurs fédéraux.

[50] La demanderesse soutient que la LEFP et un instrument connexe, le *Règlement concernant les activités politiques*, DORS/2005-373 (le Règlement) ne concorde pas avec l’imposition d’une interdiction générale fondée sur le titre d’un poste. La LEFP et le Règlement requièrent la tenue d’une enquête factuelle et contextuelle, qui comporte un examen de la nature de l’élection, de la nature des fonctions ainsi que du niveau du poste et sa visibilité. La demanderesse soutient que la Commission a omis de procéder à un [TRADUCTION] « examen détaillé » de ses fonctions et qu’elle s’est plutôt concentrée sur les procureurs fédéraux en tant que catégorie générale.

[51] La demanderesse souligne aussi que la Commission s’est fondée sur le point de vue du DPP au sujet de la nature du mandat du BDPP et de celle des fonctions qu’exerce la demanderesse à titre de procureure fédérale, plutôt que sur les fonctions précises qu’elle exerce et les types de poursuite qu’elle mène. La Commission a souscrit à la position générale du DPP, à savoir que le poste de procureur fédéral est incompatible avec le fait de se porter candidat à une charge publique, sans tenir compte d’autres opinions et facteurs.

[52] La demanderesse soutient que la décision, qui équivaut à une interdiction concrète à l’endroit des procureurs fédéraux en tant que catégorie, est, de par sa nature, disproportionnée (arrêt *Loyola*, au paragraphe 70).

#### *Le contexte législatif*

[53] La demanderesse soutient que la décision est incompatible avec la LEFP, la *Loi électorale du Canada* et diverses lois provinciales.

[54] Section 112 of the PSEA sets out its purpose and recognizes the right of employees to engage in political activities while maintaining the principle of political neutrality in the public service. The applicant argues, however, that the Commission did not consider her right to engage in political activities. Although the PSEA seeks to balance both interests, the Commission's starting point and focus was the preservation of political neutrality.

[55] The applicant acknowledges the long standing principle and constitutional convention regarding political neutrality in the public service, but submits that the convention does not trump the Charter rights that should be protected. The jurisprudence which addresses similar issues regarding political neutrality recognizes that political neutrality and duties of loyalty are to be balanced with other rights (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69 (*Osborne*), at page 97; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455 (*Fraser*), at pages 467–470).

[56] The applicant submits that the test established to determine conflicts of interest for public servants should also apply to decisions made pursuant to subsections 114(4) and (5) of the PSEA. In *Threader v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 1 F.C. 41 (C.A.) (*Threader*), at page 57, the Court stated the test for conflicts of interest as:

Would an informed person, viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through, think it more likely than not that the public servant, whether consciously or unconsciously, will be influenced in the performance of his official duties by considerations having to do with his private interests?

[57] The applicant argues that the Commission failed to consider whether a reasonable, fully-informed person would conclude that she would be influenced in the performance of her duties by partisan political considerations and, therefore, made a decision inconsistent with the statutory context of the PSEA. The applicant acknowledges that subsections 114(4) and (5) reflect the concept set out in *Threader* to some extent but adds that

[54] L'article 112 de la LEFP énonce son objet et reconnaît aux fonctionnaires le droit de se livrer à des activités politiques tout en respectant le principe d'impartialité politique au sein de la fonction publique. La demanderesse soutient toutefois que la Commission n'a pas tenu compte de son droit de se livrer à des activités politiques. Bien que la LEFP tente de mettre en balance les deux intérêts, le point de départ de la Commission et son point de mire ont été la préservation de l'impartialité politique.

[55] La demanderesse est consciente du principe et de la convention constitutionnelle de longue date au sujet de l'impartialité politique au sein de la fonction publique, mais elle soutient que la convention ne supplante pas les droits reconnus par la Charte qu'il faudrait protéger. La jurisprudence portant sur des questions semblables en matière d'impartialité politique reconnaît que l'impartialité politique et les devoirs de loyauté doivent être mis en balance avec d'autres droits (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69 (*Osborne*), à la page 97; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455 (*Fraser*), aux pages 467 à 470).

[56] La demanderesse estime que le critère établi pour déterminer les conflits d'intérêts des fonctionnaires devrait également s'appliquer aux décisions prises en vertu des paragraphes 114(4) et (5) de la LEFP. Dans l'arrêt *Threader c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 1 C.F. 41 (C.A.) (*Threader*), à la page 57, la Cour a énoncé le critère qui s'applique à ces conflits :

Est-ce qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, croirait que, selon toute vraisemblance, le fonctionnaire, consciemment ou non, sera influencé par des considérations d'intérêt personnel dans l'exercice de ses fonctions officielles?

[57] Selon la demanderesse, la Commission a omis de considérer si une personne parfaitement renseignée et raisonnable conclurait qu'elle serait influencée par des considérations politiques partisans dans l'exercice de ses fonctions, et elle a donc rendu une décision qui n'est pas conforme au contexte législatif de la LEFP. La demanderesse reconnaît que les paragraphes 114(4) et (5) reflètent jusqu'à un certain point le concept énoncé

there should be an objective element—the perspective of the fully-informed person—to the provision and the Commission have considered the balancing through this lens.

[58] The applicant provided some historical background about the eligibility of public servants to seek candidacy and election. Originally, County Crown Attorneys and public servants were barred from sitting as members of Parliament. The introduction of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, section 32 in 1968 allowed public servants below the rank of deputy head to run for office with permission. In 2000, the prohibition in the *Canada Elections Act* on public servants being candidates in a federal election was repealed, leaving the PSEA as the governing statute.

[59] The *Canada Elections Act* continues to bar County Crown Attorneys from becoming candidates, but by definition, this means the Senior or Regional Crown Attorney and does not include assistant Crown Attorneys, such as the applicant.

[60] The applicant submits that it is clear that Parliament turned its mind to whether certain groups should be prohibited from seeking candidacy and election in the *Canada Elections Act*. If Parliament intended to prohibit all federal prosecutors from being candidates, it would have also done so in the PSEA.

[61] The applicant also points out that provincial statutes set out class or category based rules for political activity. Generally, in every province except New Brunswick, provincial statutes permit non-managerial prosecutors to run for office.

[62] The applicant argues that, in considering whether the Commission's decision reflects a proportionate balancing of her Charter rights, the approaches taken in

dans l'arrêt *Threader*, mais elle ajoute que la disposition devrait comporter un élément objectif — le point de vue de la personne pleinement informée — et que c'est sous cet angle que la Commission aurait dû procéder à la mise en balance.

[58] La demanderesse a présenté quelques informations historiques de base sur le droit qu'ont les fonctionnaires de chercher à se présenter comme candidats et à se présenter à une élection. À l'origine, il était interdit aux procureurs de la Couronne et aux fonctionnaires de siéger comme député. L'introduction, en 1968, de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, article 32, a permis aux fonctionnaires d'un rang inférieur à celui d'administrateur général de briguer les suffrages des électeurs après en avoir obtenu la permission. En 2000, l'interdiction que comportait la *Loi électorale du Canada* quant au fait que des fonctionnaires se portent candidats à une élection fédérale a été abrogée, laissant ainsi la LEFP comme loi applicable.

[59] La *Loi électorale du Canada* continue d'interdire aux procureurs de la Couronne de se porter candidats mais, par définition, cela signifie les procureurs de la Couronne principaux ou régionaux et cela n'inclut pas les procureurs de la Couronne adjoints, ce qu'est la demanderesse.

[60] La demanderesse soutient qu'il est évident que le législateur s'est penché sur la question de savoir s'il fallait interdire à certains groupes de se porter candidats à une élection dans le cadre de la *Loi électorale du Canada*. Si le législateur entendait interdire à tous les procureurs fédéraux de se porter candidats, il l'aurait fait aussi dans la LEFP.

[61] La demanderesse fait également remarquer que diverses lois provinciales comportent des règles relatives aux activités politiques qui reposent sur des classes ou des catégories. En général, dans chaque province, sauf au Nouveau-Brunswick, les lois provinciales permettent aux procureurs qui ne font pas partie de la direction de se porter candidats à une charge publique.

[62] La demanderesse fait valoir que, pour ce qui est d'examiner si la décision de la Commission est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits que lui

other jurisdictions are relevant considerations, particularly because she is in a non-managerial role and because options to minimally impair her Charter rights should have been considered.

#### *Factual Context*

[63] The applicant argues that the Commission did not consider several relevant facts in making its decision and in determining whether a fully-informed person would conclude that she would be influenced in the performance of her duties by political considerations.

[64] The applicant highlights that she sought leave without pay in order to seek the nomination and, if successful, to seek election, and would not have been working and performing the duties which the Commission found to be visible, autonomous and of a decision-making nature in this period. There would be no opportunity to create a perception of impartiality given that she would not be working.

[65] The applicant submits that her discretion is carefully circumscribed. Prosecutorial independence does not mean that prosecutors act without supervision or have absolute discretion; it means that the Attorney General must act independently of partisan concerns when supervising prosecutorial decisions (*Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 30 (*Krieger*), at paragraph 30).

[66] The PPSC Deskbook [*Public Prosecution Service of Canada Deskbook*], which sets out the guiding principles which all federal prosecutors, and persons acting as federal prosecutors, must follow, provides that prosecutors are accountable for the decisions and actions they take to their managers, including the Chief Federal Prosecutor, the Deputy Director of Public Prosecutions and, ultimately, the DPP. They must make decisions in accordance with the relevant policy, directives and guidelines. Prosecutors must consult with experienced colleagues and supervisors or managers when facing difficult decisions and consult within government on some matters.

garantit la Charte, les démarches suivies dans d'autres provinces sont des facteurs pertinents, notamment parce qu'elle ne fait pas partie de la direction et qu'il aurait fallu tenir compte d'options qui auraient porté le moins possible atteinte aux droits que lui garantit la Charte.

#### *Le contexte factuel*

[63] La demanderesse est d'avis qu'il y a plusieurs faits pertinents que la Commission n'a pas pris en compte au moment de rendre sa décision et de déterminer si une personne pleinement informée conclurait qu'elle serait influencée par des considérations politiques dans l'exercice de ses fonctions.

[64] La demanderesse souligne qu'elle a demandé un congé sans solde en vue d'être choisie comme candidate et, si elle l'était, en vue d'être élue et que, au cours de cette période, elle n'aurait pas travaillé et n'aurait pas exercé les fonctions qui, a conclu la Commission, étaient visibles, autonomes et de nature décisionnelle. Comme elle n'aurait pas travaillé, il n'y aurait eu aucun risque de créer une perception d'impartialité.

[65] La demanderesse soutient que son pouvoir discrétionnaire est circonscrit avec soin. L'indépendance des procureurs ne veut pas dire que ces derniers agissent sans supervision ou qu'ils jouissent d'un pouvoir discrétionnaire absolu; cela veut dire que le procureur général doit agir indépendamment de toute considération partisane lorsqu'il supervise les décisions des procureurs (*Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 30 (*Krieger*), au paragraphe 30).

[66] Le Guide du SPPC [*Guide du Service des poursuites pénales du Canada*], qui présente les principes directeurs que doivent suivre tous les procureurs fédéraux et les personnes agissant à ce titre, prescrit que les procureurs sont responsables des décisions et des mesures qu'ils prennent envers leurs gestionnaires, ce qui inclut le procureur fédéral en chef, les directeurs adjoints des poursuites pénales et, en fin de compte, le DPP. Les décisions qu'ils prennent doivent être conformes aux politiques, aux directives et aux lignes directrices applicables. Ils sont tenus de consulter leurs collègues d'expérience ainsi que leurs superviseurs ou leurs gestionnaires quand ils sont confrontés à des décisions

[67] The applicant points to several extracts from the Deskbook, including Chapter 2.1, Independence and Accountability in Decision-Making, which notes that the independence of the prosecutor is that of the DPP, which is delegated to prosecutors, but explains that this refers to institutional independence.

[68] The applicant acknowledges that she would exercise a degree of discretion in the courtroom as issues arise, but would still be guided by the applicable policies and directives set out in the Deskbook.

[69] The applicant also notes that in *Krieger*, at paragraph 29, the Supreme Court of Canada recognized that the Attorney General, although a member of Cabinet, is fully independent when exercising his or her prosecutorial functions. The applicant argues that other prosecutors can be expected to be just as independent.

[70] The applicant also points out that she is in a non-managerial and relatively junior position. She notes that the Supreme Court held that the “level of [a] public servant” is relevant to whether that public servant should be permitted to engage in a political activity (*Osborne*, at page 98).

[71] The applicant submits that her only interaction with the media was after the Commission’s decision. It was not realistic for the Commission to consider the remote possibility of interaction with the media as a factor suggesting a perception of partiality. In *Harquail*, the Court found that it is only reasonable for the Commission to conduct its inquiry into an applicant’s responsibilities within some realistic context (at paragraph 35). Moreover, if she were contacted by the media, the Deskbook guides prosecutors to consult with management before speaking to the media.

difficiles, ainsi que de consulter d’autres personnes au sein du gouvernement à l’égard de certaines questions.

[67] La demanderesse souligne plusieurs extraits du Guide du SPPC, y compris le chapitre 2.1, intitulé « L’indépendance et la responsabilisation dans la prise de décisions », où il est écrit que l’indépendance du procureur est celle du DPP, qui est déléguée aux procureurs, mais, où l’on explique que cela s’entend d’une indépendance institutionnelle.

[68] La demanderesse reconnaît qu’elle exercerait un certain pouvoir discrétionnaire dans les salles d’audience à mesure que des difficultés se présenteraient, mais qu’elle serait quand même guidée par les politiques et les directives applicables qui sont énoncées dans le Guide du SPPC.

[69] La demanderesse signale par ailleurs que dans l’arrêt *Krieger*, au paragraphe 29, la Cour suprême du Canada a reconnu que le procureur général, même s’il est membre du Cabinet, occupe une place tout à fait indépendante quand il exerce ses fonctions en matière de poursuite. Elle ajoute que l’on peut s’attendre à ce que les autres procureurs soient tout aussi indépendants.

[70] La demanderesse souligne également qu’elle occupe un poste qui ne fait pas partie de la direction et qui est d’un rang relativement subalterne. Elle ajoute que la Cour suprême a conclu que le « rang d[un] fonctionnaire[...] » est un aspect pertinent pour ce qui est de savoir si ce fonctionnaire peut être autorisé à se livrer à une activité politique (arrêt *Osborne*, à la page 98).

[71] La demanderesse est d’avis que les seuls rapports qu’elle a eus avec les médias sont survenus après la décision de la Commission. Il n’était pas réaliste de la part de cette dernière de considérer que la vague possibilité d’avoir des rapports avec les médias était un facteur qui dénotait une perception de partialité. Dans la décision *Harquail*, la Cour a conclu qu’il paraissait raisonnable que la Commission effectue un examen des responsabilités d’un demandeur dans un contexte réaliste (au paragraphe 35). Par ailleurs, si jamais les médias entraient en contact avec la demanderesse, il est indiqué dans le

[72] The applicant adds that there is no evidence that she is “highly visible” and it is not clear what this factor is intended to address. While she would be seen in a public courtroom, this does not suggest lack of partiality and would not constitute “visibility” as contemplated by the PSEA.

[73] The applicant notes that she has not been involved in “politically sensitive” prosecutions. Regulatory prosecutions are not generally politically sensitive. In addition, this risk could be avoided by not assigning politically sensitive files to her.

[74] The applicant adds that there is no evidence of a reasonable apprehension of political partiality or actual harm to the PPSC. Rather, the PPSC referred to only one past instance where a defendant unsuccessfully brought a motion to remove a prosecutor because that prosecutor was a former political candidate. The remote possibility of a complaint is not a reason to refuse her request.

[75] The applicant submits that the Commission did not acknowledge the views of her Team Leader who had a better grasp of her specific duties. The applicant agrees that *Harquail* can be distinguished on its facts because, in that case, the Deputy Minister of Justice supported the applicant’s request and the Commission denied it. However, the principle from *Harquail*, that an applicant’s supervisors are in the best position to know the scope of their responsibilities and the visibility of their position, is equally applicable. The applicant submits that the Commission preferred the concerns of the DPP over the views of the Team Leader without explanation.

[76] The applicant also submits that the Commission did not consider the PPSC Code of Conduct, which does not prohibit prosecutors from engaging in political activities or prohibit prosecutors from becoming candidates in the federal election. Nor did the Commission

Guide du SPPC que les procureurs doivent consulter la direction avant de s’entretenir avec les médias.

[72] La demanderesse ajoute qu’il n’y a aucune preuve qu’elle est [TRADUCTION] « très visible » et qu’on ne sait pas clairement ce que ce facteur désigne. Elle serait vue dans une salle d’audience publique, mais cela ne dénote pas un manque de partialité et cela ne constituerait pas la « visibilité » qu’envisage la LEFP.

[73] La demanderesse signale qu’elle n’a pas pris part à des poursuites [TRADUCTION] « politiquement délicates ». Les poursuites réglementaires ne sont généralement pas délicates sur le plan politique. De plus, il serait possible d’éviter ce risque en ne lui confiant pas des dossiers de cette nature.

[74] La demanderesse ajoute qu’il n’y a aucune preuve de crainte raisonnable de partialité politique ou de préjudice réel envers le SPPC. Ce dernier n’a fait référence qu’à une seule affaire dans le passé où un défendeur avait déposé une requête, sans succès toutefois, en vue de faire écarter un procureur parce que celui-ci était un ancien candidat politique. La vague possibilité d’une plainte n’est pas une raison pour rejeter sa demande.

[75] La demanderesse allègue que la Commission n’a pas pris acte du point de vue de son chef d’équipe, qui avait une meilleure connaissance de ses fonctions précises. Elle convient qu’il est possible de distinguer la décision *Harquail* de la présente espèce au vu de ses faits, car, dans cette affaire, le sous-ministre de la Justice soutenait la demande de la demanderesse et la Commission l’avait rejetée. Cependant, le principe que l’on dégage de cette décision, à savoir que les superviseurs d’un demandeur sont les mieux placés pour connaître l’étendue de ses responsabilités ainsi que la visibilité de son poste, s’applique tout autant. La demanderesse ajoute que la Commission a préféré retenir les préoccupations du DPP plutôt que le point de vue du chef d’équipe, et ce, sans explication.

[76] La demanderesse soutient par ailleurs que la Commission n’a pas pris en compte le Code de conduite du SPPC, qui n’interdit pas aux procureurs de se livrer à des activités politiques ou de se porter candidats à une élection fédérale. La Commission n’a pas tenu compte

consider the rules of professional responsibility governing lawyers and the principle that lawyers are expected to separate their personal views from the positions they take on behalf of a client. The applicant submits that her role as a prosecutor does not constitute an endorsement of government policy, nor would her endorsement or criticism of government policy impede her ability to advocate for the Attorney General.

[77] The applicant points out that there is no prohibition on a former political candidate obtaining employment as a federal prosecutor.

[78] The applicant submits that the Commission focused on the discretion she exercises but did not consider that other officials exercise similar discretion yet are not barred from running for elected office. The applicant points out that RCMP members and other police officers are permitted to run for public office and submits that they exercise similar or greater discretion than prosecutors.

#### *The Respondent's Submissions*

##### *Statutory Objectives*

[79] The respondent submits that the purpose of the PSEA is to balance the rights of employees to freedom of expression and participation in the democratic process with the importance of a politically impartial public service. This is clear from the preamble to the PSEA and in the statutory provisions. The balancing required is “built in” to the provisions of section 114.

[80] Actual and perceived political neutrality is an essential feature of the public service and Canadian democracy and this principle has been recognized in the jurisprudence. Although a constitutional convention does not enjoy the same status as a constitutional right, it still must be part of the balancing exercise. A public servant's right to expression may need to be constrained to ensure impartiality (*Osborne*, at page 97; *Fraser*, at pages 467–470; *Haydon v. Canada (Treasury Board)*,

non plus des règles en matière de responsabilité professionnelle qui régissent les avocats, ni du principe selon lequel les avocats sont censés dissocier leurs opinions personnelles des positions qu'ils adoptent pour le compte d'un client. Elle soutient que son rôle de procureure ne constitue pas une adhésion aux politiques gouvernementales, pas plus que cette adhésion ou le fait de critiquer ces politiques ne l'empêcherait de plaider la cause du procureur général.

[77] La demanderesse fait remarquer que rien n'interdit à un ancien candidat politique d'obtenir un emploi comme procureur fédéral.

[78] La demanderesse soutient que la Commission a mis l'accent sur le pouvoir discrétionnaire qu'elle exerce, mais sans tenir compte du fait que d'autres fonctionnaires exercent un pouvoir discrétionnaire semblable sans toutefois se voir interdire de briguer les suffrages. Elle souligne que les membres de la GRC et d'autres agents de police sont autorisés à se porter candidats à une charge publique et, soutient-elle, ils exercent un pouvoir discrétionnaire semblable ou supérieur à celui des procureurs.

#### *Les observations du défendeur*

##### *Les objectifs prévus par la loi*

[79] Le défendeur soutient que la LEFP a pour objet de mettre en balance, d'une part, les droits des fonctionnaires à la liberté d'expression et à la participation au processus démocratique et, d'autre part, l'importance d'une fonction publique politiquement impartiale. C'est ce qui ressort clairement du préambule de la LEFP et des dispositions de la loi. La mise en balance requise est « intégrée » aux dispositions de l'article 114.

[80] La neutralité politique réelle et perçue est une caractéristique essentielle de la fonction publique et de la démocratie canadienne, et ce principe est reconnu dans la jurisprudence. Bien qu'une convention constitutionnelle ne jouisse pas du même statut qu'un droit constitutionnel, elle doit tout de même faire partie de l'exercice de mise en balance. Il peut être nécessaire de restreindre le droit d'un fonctionnaire à la liberté d'expression en vue d'assurer l'impartialité requise (arrêt

2005 FCA 249, [2006] 2 F.C.R. 3 (*Haydon*), at paragraphs 23 and 35).

[81] The respondent adds that the PSEA recognizes that permission to be a candidate and to seek election can be denied, i.e., the rights can be restrained and denied in accordance with the statutory considerations. As long as a proportionate balancing is done, the decision is reasonable.

#### *Nature of the Decision*

[82] The respondent submits that the decision was specific to the applicant's request and duties and does not amount to a blanket prohibition against prosecutors running for office. Any future request involving a prosecutor would be decided by the Commission on its specific facts and circumstances.

[83] Subsection 114(6) sets out the factors to be considered, including the employee's duties, and the level and visibility of the employee's position. The list of factors is not limited to these examples and will vary with the circumstances. All of the factors relating to the applicant's duties were considered.

#### *Statutory Context*

[84] The respondent disputes that the statutory context of the *Canada Elections Act* should be considered. The Commission was only required to make its decision based on the PSEA and the information before it.

[85] The respondent also submits that the approach set out in provincial statutes is not relevant to the determination of whether the Commission's decision is reasonable and proportionate. Other jurisdictions may have different statutory frameworks than the PSEA, but the PSEA governs.

*Osborne*, à la page 97; arrêt *Fraser*, aux pages 467 à 470; arrêt *Haydon c. Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CAF 249, [2006] 2 R.C.F. 3 (*Haydon*), aux paragraphes 23 et 35).

[81] Selon le défendeur, la LEFP reconnaît que l'on peut refuser la permission de se porter candidat et de se présenter à une élection, c'est-à-dire que les droits peuvent être restreints et refusés, conformément aux considérations législatives pertinentes. Tant que la mise en balance est proportionnée, la décision est raisonnable.

#### *La nature de la décision*

[82] Le défendeur soutient que la décision visait expressément la demande et les fonctions de la demanderesse et qu'elle n'est pas assimilable à une interdiction générale à l'endroit des procureurs qui se portent candidats à une élection quelconque. Toute autre demande mettant en cause un procureur serait tranchée par la Commission à partir des faits et des circonstances qui lui seraient propres.

[83] Le paragraphe 114(6) énumère les facteurs dont il faut tenir compte, soit, notamment, les fonctions du fonctionnaire, ainsi que le niveau et la visibilité de son poste. La liste des facteurs ne se limite pas à ces exemples et variera au gré des circonstances. Tous les facteurs liés aux fonctions de la demanderesse ont été pris en compte.

#### *Le contexte législatif*

[84] Le défendeur n'est pas d'accord pour dire qu'il y a lieu de prendre en compte le contexte législatif de la *Loi électorale du Canada*. La Commission était seulement tenue de rendre sa décision en se fondant sur la LEFP ainsi que sur les informations dont elle disposait.

[85] Le défendeur soutient également que la démarche exposée dans diverses lois provinciales n'est pas pertinente pour ce qui est de déterminer si la décision de la Commission est raisonnable et proportionnée. D'autres provinces ont peut-être établi des cadres législatifs différents de celui de la LEFP, mais c'est cette dernière qui s'applique.

*Factual Context*

[86] The respondent submits that the findings made by the Commission, which cumulatively led to its decision, are all supported by the facts.

[87] The PSEA requires the Commission to assess the visibility, level and nature of an employee's position or duties, which is what the Commission did. The Commission's finding that the applicant had a high level of autonomy, discretion and visibility is supported by the record.

[88] The respondent acknowledges that the applicant does not have absolute discretion in decision making. Although the Deskbook sets out policy and directives and provides guidance to all federal prosecutors and, in accordance with the Deskbook, the applicant would consult with colleagues and managers on specific issues, she still has a degree of discretion.

[89] The respondent also points to the applicant's work description which states that the applicant is required to "[exercise] prosecutorial discretion before the courts to present a fair, complete and just prosecution" and also that the "work requires quickly adapting and reacting to developments in the courtroom and to finding solutions within short time frames at times without access to reference materials".

[90] The respondent notes that the briefing note provided to the Commission by the Political Activities and Non-Partisanship Directorate of the Commission summarized and analyzed the information gathered with reference to the nature of the election, the nature of the applicant's duties, the level and visibility of her position and reflected the input of the applicant, her Team Leader and senior management.

[91] The briefing note summarizes the applicant's duties, including decision-making responsibility with respect to whether to prosecute, responsibility for the

*Le contexte factuel*

[86] Le défendeur soutient que les conclusions que la Commission a tirées, et qui, cumulativement, sont à l'origine de sa décision, sont toutes étayées par les faits.

[87] La LEFP oblige la Commission à évaluer la visibilité, le niveau et la nature du poste ou des fonctions d'un fonctionnaire, et c'est ce qu'elle a fait. Sa conclusion selon laquelle la demanderesse jouissait d'un degré élevé d'autonomie, de pouvoir discrétionnaire et de visibilité est confirmée par le dossier.

[88] Le défendeur reconnaît que la demanderesse ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu sur le plan décisionnel. Même si le Guide du SPPC énonce la politique et les directives applicables et fournit des conseils à tous les procureurs fédéraux et si, conformément à ce document, la demanderesse consultait des collègues et des gestionnaires à propos de questions précises, cette dernière bénéficierait quand même d'un certain pouvoir discrétionnaire.

[89] Le défendeur signale également que, d'après la description de tâches de la demanderesse, celle-ci est tenue de [TRADUCTION] « faire preuve de discrétion en matière de poursuites devant les tribunaux en vue de présenter une poursuite équitable, complète et juste » et, par ailleurs, le [TRADUCTION] « travail oblige à s'adapter rapidement et à réagir aux faits qui surviennent en salle d'audience, ainsi qu'à trouver des solutions, parfois à brève échéance, sans avoir accès à des documents de référence ».

[90] Le défendeur signale que la note d'information que la Direction des activités politiques et de l'impartialité politique a transmise à la Commission résume et analyse les informations recueillies au sujet de la nature de l'élection, de la nature des fonctions de la demanderesse, de même que du niveau et de la visibilité de son poste, et présente le point de vue de la demanderesse, de son chef d'équipe et de la haute direction.

[91] La note d'information résume les fonctions qu'exercent la demanderesse, y compris ses responsabilités décisionnelles quant au fait de savoir s'il y a lieu

prosecution once a decision to prosecute is made, and the provision of legal opinions at the pre-charge stage. In addition, it refers to the Annual Report of the PPSC which indicates that the role of a prosecutor is quasi-judicial.

[92] Similarly, the finding that the applicant has visibility is based on the Commission's assessment of the applicant's duties which require her to be in a public courtroom setting, visible to the public and accessible to the media.

[93] The Commission's finding that she may be contacted by the media is also supported by the record. Although the applicant had not previously been contacted by the media and the Deskbook sets out the policy to relay media contacts where possible, it is not a remote possibility that the applicant would be faced with media inquiries requiring a prompt response.

[94] The respondent also notes that the applicant acknowledged, in her response to questions on the form seeking permission from the Commission, that there could be a public perception that she would be unable to perform her duties in a politically impartial manner before or during the election. In her submissions in response to those of management, she acknowledged that this perception could arise with respect to some files, particularly pursuant to the *Lobbying Act*. The respondent adds that the applicant recently had responsibility for two prosecutions under the *Lobbying Act*, which she also acknowledged.

[95] The respondent submits that the applicant's reliance on *Harquail* to support her argument that remote possibilities are not relevant considerations does not assist her. The Commission did not consider remote possibilities. It is quite possible that the applicant would be engaged by the media and could work on politically sensitive files.

d'intenter une poursuite, sa responsabilité à l'égard de cette poursuite s'il a été décidé d'en intenter une, de même que la présentation d'opinions juridiques à l'étape antérieure au dépôt d'une accusation. De plus, il y est fait référence au rapport annuel du SPPC, qui indique qu'un procureur joue un rôle de nature quasi judiciaire.

[92] Dans le même ordre d'idées, la conclusion selon laquelle la demanderesse a une certaine visibilité repose sur l'évaluation que la Commission a faite des fonctions de la demanderesse, lesquelles l'obligent à comparaître dans une salle d'audience publique, à être visible aux yeux du public ainsi qu'à être accessible aux médias.

[93] Le dossier étaye également la conclusion de la Commission selon laquelle il est possible que les médias entrent en contact avec la demanderesse. Même si celle-ci n'a pas été contactée auparavant par les médias et s'il est prescrit dans le Guide du SPPC de renvoyer à d'autres personnes les contacts avec les médias dans la mesure du possible, le fait que la demanderesse reçoive des médias des demandes de renseignements qui requièrent une réponse rapide n'est pas une vague possibilité.

[94] Le défendeur signale également que, dans sa réponse aux questions posées dans le formulaire de demande de permission de la Commission, la demanderesse a reconnu que le public pourrait percevoir qu'elle ne serait pas capable d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale avant ou pendant l'élection. Dans les observations qu'elle a présentées en réponse à celles de la direction, elle a admis que cette perception pourrait s'appliquer à certains dossiers, notamment sous le régime de la *Loi sur le lobbying*. La demanderesse, ajoute-t-il, a récemment été chargée de deux poursuites menées sous le régime de cette loi, ce qu'elle a également reconnu.

[95] Le défendeur soutient que le fait que la demanderesse invoque la décision *Harquail* à l'appui de son argument selon lequel de vagues possibilités ne sont pas des considérations pertinentes n'aide pas sa cause. La Commission n'a pas pris en compte de vagues possibilités. Il se peut fort bien que les médias entrent en contact avec la demanderesse et que celle-ci s'occupe de dossiers politiquement délicats.

[96] In *Harquail*, the Court commented that had the application not been moot, it would have had concerns about the decision, including that the Commission did not take into account the input of the Deputy Minister. In the applicant's case, the Commission considered the views of the applicant's Team Leader and senior management, including the DPP. The Commission did not ignore the views of the Team Leader, but attached more weight to the views of the DPP. The Commission is the decision maker, not the Team Leader or the DPP, and the Commission had a reasonable basis to prefer the views of senior management.

[97] The respondent reiterates that the PSEA governs. Although provincial statutes may take a different approach and the RCMP and other police may be permitted to seek elected office, the applicant's request is governed by the PSEA.

[98] The respondent submits that the Commission's decision reflects its consideration of whether the applicant's request could be accommodated. The Commission referred to leave without pay and assignment to a non-prosecutorial role, but found, based on the input of the DPP, that due to the size of the organization and its mandate, this was not an option.

[99] The respondent notes that in *Canadian Broadcasting Corporation v. Warden of Bowden Institution*, 2015 FC 173, 328 C.R.R. (2d) 361 (*Bowden*), the Court applied the *Doré* framework and found the decision to reflect a proportionate balancing despite the fact that the Warden had not specifically referred to the Charter rights to be considered, as the Warden's consideration of the rights was evident from the substance of the decision (at paragraph 52). In addition, the Warden considered and was open to accommodation to mitigate the impact, which demonstrated proportionality, although this was ultimately not feasible (at paragraph 57).

[96] Dans la décision *Harquail*, la Cour a fait remarquer que si la demande n'avait pas été théorique et sans objet, elle aurait eu des doutes au sujet de la décision rendue, dont le fait que la Commission n'avait pas tenu compte de la recommandation du sous-ministre. Dans la présente affaire, la Commission a pris en compte le point de vue du chef d'équipe de la demanderesse, ainsi que celui de la haute direction, dont le DPP. Elle n'a pas fait abstraction du point de vue du chef d'équipe, mais elle a accordé plus de poids à celui du DPP. C'est la Commission qui est le décideur, pas le chef d'équipe ou le DPP, et elle avait un motif raisonnable pour privilégier le point de vue de la haute direction.

[97] Le défendeur réitère que c'est la LEFP qui s'applique. Il est possible que des lois provinciales adoptent une optique différente et que les membres de la GRC et d'autres corps de police soient autorisés à se porter candidats à une élection, mais la demande de la demanderesse tombe sous le coup de la LEFP.

[98] Le défendeur soutient que la décision de la Commission illustre qu'elle a tenu compte du fait de savoir s'il était possible de prendre des mesures d'accommodement à l'égard de la demande de la demanderesse. La Commission a fait référence à un congé sans solde et à l'affectation de la demanderesse à des tâches autres que celles d'un procureur, mais elle a conclu, en se fondant sur les commentaires du DPP, qu'en raison de la taille de l'organisation et de son mandat il ne s'agissait pas là d'une option.

[99] Le défendeur signale que dans la décision *Société Radio-Canada c. Directrice de l'établissement de Bowden*, 2015 CF 173 (*Bowden*), la Cour a appliqué le cadre établi dans l'arrêt *Doré* et a conclu que la décision reflétait une mise en balance proportionnée, et ce, même si la directrice en question n'avait pas fait expressément référence aux droits garantis par la Charte dont il fallait tenir compte, car il ressortait clairement du fond de la décision qu'elle avait tenu compte de ces droits (au paragraphe 52). De plus, elle avait pris en compte les mesures d'accommodement proposées en vue d'atténuer l'effet de l'option envisagée, ce qui était le signe d'une mise en balance proportionnée, et ce, même si, en fin de compte, cette option aurait été impossible (au paragraphe 57).

The Decision reflects a proportionate balancing and is reasonable

[100] As noted in *Doré*, the ultimate or overall question on judicial review is whether the decision reflects a proportionate balancing of the Charter rights at stake, limiting these rights as little as possible in light of the statutory objectives.

[101] The Court must first consider the nature of the decision and the statutory and factual context.

*Nature of the decision*

[102] The decision is made pursuant to the PSEA by the Commission, which is tasked with, among other things, administering the provisions of the PSEA relating to political activities of employees and deputy heads (section 11).

[103] As noted below with respect to the statutory context, the request made by the applicant was made in accordance with the PSEA, the Regulations and in the mandated form.

[104] The request process permits the applicant to make initial submissions and further submissions in response to those of management. The Commission also received a summary of the information gathered and a preliminary assessment in the form of a Briefing Note prepared by the Political Activities and Non-Partisanship Directorate of the Commission before making its decision.

[105] By its nature, the decision has a significant impact on the applicant's rights pursuant to paragraph 2(b) and section 3 of the Charter to seek the candidacy of a political party and seek election in the October 2015 federal election. Although the applicant is not prohibited from freely expressing herself or exercising her right to run for political office, she cannot exercise these rights and maintain her position as a federal prosecutor and public servant.

La décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée et elle est raisonnable

[100] Comme il est indiqué dans l'arrêt *Doré*, dans le contexte d'une révision judiciaire la question ultime globale qu'il convient de trancher consiste à savoir si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits garantis par la Charte qui sont en cause, tout en limitant ces droits le moins possible compte tenu des objectifs prévus par la loi.

[101] La Cour doit tout d'abord examiner la nature de la décision, ainsi que le contexte législatif et factuel.

*La nature de la décision*

[102] La décision a été rendue sous le régime de la LEFP par la Commission, qui a pour mission, notamment, d'appliquer les dispositions de la Loi concernant les activités politiques des fonctionnaires et des administrateurs généraux (article 11).

[103] Comme il est indiqué ci-après au sujet du contexte législatif, la demanderesse a présenté sa demande conformément à la LEFP et au Règlement, ainsi que dans le formulaire prescrit.

[104] Le processus de demande permet à la demanderesse de présenter des observations initiales, de même que des observations complémentaires en réponse à celles de la direction. Avant de rendre sa décision, la Commission a également reçu un sommaire des informations recueillies ainsi qu'une évaluation préliminaire, sous la forme d'une note d'information établie par la Direction des activités politiques et de l'impartialité politique de la Commission.

[105] La décision, de par sa nature, a une incidence marquée sur les droits qu'a la demanderesse, aux termes de l'alinéa 2b) et de l'article 3 de la Charte, d'être choisie comme candidate d'un parti politique et de se présenter à l'élection fédérale d'octobre 2015. Bien qu'il ne lui soit pas interdit de s'exprimer librement ou d'exercer son droit de se porter candidate à une charge politique, elle ne peut pas exercer ses droits et conserver son poste de procureure fédérale et de fonctionnaire.

[106] The applicant characterizes the decision as a “blanket prohibition” on all federal prosecutors and argues that the Commission failed to grasp that her duties and attributes, which it found to be of concern, are the same duties performed by all federal prosecutors. The applicant notes that the Commission continually referred to her duties “as a federal prosecutor” and relied only on the views of the DPP, which would apply to federal prosecutors as a group. The applicant also argues that this prohibition is inconsistent with the statutory context and legislative intent, which calls for a duties-based assessment.

[107] Relying on *Loyola*, at paragraph 70, the applicant argues that the effect of the prohibition, which she refers to as an “effective prohibition”, is an indication that the decision is disproportionate.

[108] I agree that in some circumstances, this may be an indication of disproportionality, but it is not a determinative factor. *Loyola* says only that, on the facts of that case, a decision which amounts to a prohibition may be an additional or reinforcing reason to find a decision disproportionate (at paragraph 70):

The disproportionate nature of this decision is reinforced by the fact that the Minister’s decision effectively prohibits *Loyola* from teaching about Catholic ethics from a Catholic perspective.

[109] However, in the present case, I do not agree that the decision is based on the applicant’s job title as a federal prosecutor rather than on the duties that she performs in her role as a federal prosecutor and public servant. If the decision were a “blanket prohibition” on all federal prosecutors, the Commission would not have considered her specific duties as a member of the team responsible for Regulatory and Economic Prosecutions, her job description, her submissions, and the submissions of her Team Leader and senior management.

[106] La demanderesse qualifie la décision d’« interdiction générale » visant tous les procureurs fédéraux et elle soutient que la Commission n’a pas compris que ses fonctions et ses caractéristiques, que cette dernière a considérées comme préoccupantes, sont les mêmes que celles de tous les procureurs fédéraux. Elle signale que la Commission a fait constamment référence à ses fonctions de [TRADUCTION] « procureure fédérale » et ne s’est fondée que sur le point de vue du DPP, qui s’appliquerait aux procureurs fédéraux en tant que groupe. Elle allègue aussi que cette interdiction est incompatible avec le contexte législatif et l’intention de la loi, qui requiert une évaluation fondée sur les fonctions exercées.

[107] Invoquant l’arrêt *Loyola*, au paragraphe 70, la demanderesse soutient que l’effet de l’interdiction, qu’elle qualifie d’« interdiction dans les faits », dénote que la décision est disproportionnée.

[108] Je conviens que, dans certaines circonstances, cela peut être un signe de disproportionnalité, mais il ne s’agit pas d’un facteur déterminant. Dans l’arrêt *Loyola*, il est dit seulement que, compte tenu des faits propres à cette affaire, une décision qui est assimilable à une interdiction peut être un motif supplémentaire ou concordant pour conclure qu’une décision est disproportionnée (au paragraphe 70) :

Le caractère disproportionné de cette décision est renforcé par le fait que cette dernière interdit dans les faits à *Loyola* d’enseigner l’éthique catholique selon une perspective catholique.

[109] Cependant, en l’espèce, je ne suis pas d’accord pour dire que la décision est fondée sur le titre du poste qu’occupe la demanderesse en tant que procureure fédérale plutôt que sur les fonctions qu’elle exerce en sa qualité de procureure fédérale et de fonctionnaire. Si la décision était une « interdiction générale » visant l’ensemble des procureurs fédéraux, la Commission n’aurait pas examiné les fonctions particulières qu’exerce la demanderesse en tant que membre de l’équipe chargée des poursuites de nature réglementaire et économique, sa description de tâches, ses observations, de même que les observations de son chef d’équipe et de la haute direction.

[110] Contrary to the applicant's submissions, the Commission did "drill down" and thoroughly assessed her specific duties as she described them and as they were described in her work description.

[111] As noted by the applicant, the Commission stated the applicant's duties "as a federal prosecutor" several times in its decision. However, this is a necessary and factual characterization, which provides the necessary context for the description of her duties and the assessment of the factors by the Commission. Without this context, the reference to the applicant's specific duties, including the review of files, the provision of pre-charge advice and opinions and the seizure of property, would not make sense.

[112] The DPP clearly expressed the view that political involvement is not appropriate for federal prosecutors. The DPP may convey the same view with respect to any similar request made by other federal prosecutors. This may signal to other federal prosecutors that permission to run for a federal election would not likely be granted. However, the Commission's decision is not a prohibition against all federal prosecutors, as the decision was made based on consideration of the applicant's specific request and related to her specific duties. Other requests would be determined on a case-by-case basis.

#### *Statutory Context and Objectives*

[113] The preamble of the PSEA includes the statement that "Canada will continue to benefit from a public service that is based on merit and non-partisanship and in which these values are independently safeguarded".

[114] Part 7 [sections 111 to 122] governs political activities and requests for permission to seek candidacy and run for election.

[110] Contrairement aux observations de la demanderesse, la Commission a [TRADUCTION] « examiné en détail » et évalué de manière exhaustive ses fonctions précises, telles qu'elle les a décrites et telles qu'elles l'étaient dans sa description de tâches.

[111] Comme l'a fait remarquer la demanderesse, la Commission a déclaré à plusieurs reprises dans sa décision qu'elle exerçait ses fonctions [TRADUCTION] « à titre de procureure fédérale ». Cependant, il s'agit là d'une description nécessaire et factuelle, qui fournit le contexte nécessaire à la description de ses fonctions et à l'évaluation des facteurs que la Commission a effectuée. Sans ce contexte, la référence qui est faite aux fonctions précises de la demanderesse, lesquelles comprennent l'examen de dossiers, la formulation de conseils et d'opinions avant le dépôt d'accusations ainsi que la saisie de biens, n'aurait aucun sens.

[112] Le DPP a clairement exprimé l'avis qu'il est malvenu que les procureurs fédéraux s'engagent sur le plan politique. Le DPP peut faire part du même point de vue au sujet de n'importe quelle demande semblable de la part d'autres procureurs fédéraux. Cela peut signaler à d'autres procureurs fédéraux qu'on ne leur accorderait vraisemblablement pas la permission de se porter candidats à une élection fédérale. Cependant, la décision de la Commission n'est pas une interdiction qui vise tous les procureurs fédéraux, car elle est fondée sur la demande précise de la demanderesse et est liée aux fonctions précises de cette dernière. D'autres demandes seraient tranchées au cas par cas.

#### *Le contexte législatif et les objectifs prévus par la loi*

[113] Le préambule de la LEFP indique, notamment, qu'« il demeure avantageux pour le Canada de pouvoir compter sur une fonction publique non partisane et axée sur le mérite et [...] ces valeurs doivent être protégées de façon indépendante ».

[114] La partie 7 [articles 111 à 122] de la Loi régit les activités politiques et les demandes de permission de se porter candidat et de se présenter à une élection.

[115] Section 112 sets out the purpose of Part 7, specifically recognizing the right of employees to engage in political activities while maintaining the principle of political impartiality in the public service.

[116] Section 114 governs the requirements for seeking permission and leave without pay to seek nomination as a candidate in a federal, provincial or territorial election. Both subsections 114(4) and (5) adopt the same test for determining if permission should be granted; the Commission must be satisfied that “the employee’s ability to perform his or her duties in a politically impartial manner will not be impaired or perceived to be impaired.”

[117] Subsection 114(6) directs that the Commission may take relevant factors into consideration “such as the nature of the election, the nature of the employee’s duties and the level and visibility of the employee’s position.” This is not a closed list.

[118] The balancing of the statutory objectives is built into section 112. The test set out in sections 113 and 114, along with the considerations to be taken into account, complements the overall goal of balancing these objectives. It is implicit in the scheme of the PSEA that the right to engage in political activity may have to give way to the objective of ensuring that employees are able to perform their duties in a politically impartial manner and that permission to engage in political activity may be denied.

[119] As noted in *Doré*, the statutory objectives at issue may have more than one goal. In *Doré*, in considering the standard of review, Justice Abella referred to an earlier decision of the Supreme Court of Canada in *Pinet v. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 SCC 21, [2004] 1 S.C.R. 528 (*Pinet*), where the issue was whether a disposition made by the Ontario Review Board, pursuant to the provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that required it to make a determination that was the least restrictive to the accused while considering the need to protect public safety and other factors, i.e., “twin goals”, was reasonable. The

[115] L’article 112 énonce l’objet de la partie 7, et reconnaît précisément aux fonctionnaires le droit de se livrer à des activités politiques tout en respectant le principe d’impartialité politique au sein de la fonction publique.

[116] L’article 114 régit les exigences à remplir pour demander la permission et un congé sans solde en vue de se porter candidat à une élection fédérale, provinciale ou territoriale. Les paragraphes 114(4) et (5) adoptent tous deux le même critère pour déterminer s’il convient d’accorder cette permission; la Commission doit être convaincue que « la capacité du fonctionnaire d’exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale ne sera pas atteinte ou ne semblera pas être atteinte ».

[117] Le paragraphe 114(6) prescrit que la Commission peut tenir compte « notamment de la nature des fonctions du fonctionnaire, du niveau et de la visibilité de son poste et de la nature de l’élection ». Il ne s’agit pas là d’une liste exhaustive.

[118] Le processus de mise en balance des objectifs prévus par la loi est intégré à l’article 112. Le critère énoncé aux articles 113 et 114, de pair avec les aspects dont il faut tenir compte, complète le but général visé, soit la mise en balance de ces objectifs. Il est un élément implicite de l’économie de la LEFP que le droit de se livrer à des activités politiques peut devoir céder le pas à l’objectif qui consiste à veiller à ce que les fonctionnaires soient capables d’exercer leurs fonctions de manière politiquement impartiale et qu’il se peut qu’on ne leur permette pas de se livrer à des activités politiques.

[119] Comme il a été signalé dans l’arrêt *Doré*, les objectifs prévus par la loi qui sont en litige peuvent avoir plus d’un but. Dans cet arrêt, au moment d’examiner la norme de contrôle applicable, la juge Abella s’est reportée à une décision antérieure de la Cour suprême du Canada : *Pinet c. St. Thomas Psychiatric Hospital*, 2004 CSC 21, [2004] 1 R.C.S. 528 (*Pinet*), où la question en litige consistait à savoir si une décision rendue par la Commission ontarienne d’examen en vertu du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui l’obligeait à se prononcer de la manière la moins restrictive possible pour l’accusé tout en tenant compte de la nécessité de

Court in *Pinet* noted that the liberty interest was a Charter protected right but may be limited by the need to balance public safety in determining the least restrictive disposition (at paragraphs 32 and 56).

[120] In the present case, the PSEA also has twin goals: it requires the Commission to recognize and balance the employee's right to engage in political activities and the objective of maintaining the principle of political impartiality in the public service. Although not specifically identified as a Charter right in the PSEA, clearly the right to engage in political activity and the right to freedom of expression in doing so are Charter protected rights.

[121] The applicant's submissions to the Commission highlighted her constitutional right to political expression and participation and the need for the Commission to make its decision in accordance with the Charter. Although the Commission did not identify the rights at stake as Charter rights, the decision and the decision-making process reflect that the Commission considered all the submissions, the applicant's goal of seeking candidacy and running for office, and the impact of a refusal, which would limit these rights. An additional or specific reference to the applicant's Charter rights is not essential.

[122] The applicant argues that the decision is inconsistent with the statutory context including the *Canada Elections Act* and provincial statutes. If I properly understand the argument, the applicant's submission is that the PSEA is far more restrictive than other statutes and, in a contextual analysis, these other statutes would highlight that the Commission's decision is not a proportionate balancing of rights.

protéger la sécurité du public et d'autres facteurs, c'est-à-dire à atteindre un « double objectif », était raisonnable. Dans cet arrêt, la Cour a fait remarquer que le droit à la liberté est un droit protégé par la Charte, mais qu'il est possible qu'il soit restreint par la nécessité de mettre en balance la sécurité du public au moment de déterminer l'option la moins privative de liberté (aux paragraphes 32 et 56).

[120] Dans la présente affaire, la LEFP comporte elle aussi un double objectif : elle oblige la Commission à reconnaître et à mettre en balance le droit du fonctionnaire de se livrer à des activités politiques et l'objectif de préserver le principe de l'impartialité politique au sein de la fonction publique. Bien qu'ils ne soient pas expressément mentionnés comme des droits protégés par la Charte dans la LEFP, il est évident que le droit de se livrer à des activités politiques et le droit à la liberté d'expression en ce faisant sont des droits protégés par la Charte.

[121] Les observations que la demanderesse a présentées à la Commission font ressortir son droit constitutionnel de s'exprimer et de participer sur le plan politique et le besoin que la Commission rende sa décision en tenant compte de la Charte. La Commission n'a pas indiqué que les droits en cause étaient protégés par la Charte, mais sa décision et le processus décisionnel suivi montrent qu'elle a pris en compte la totalité des observations, le but qu'avait la demanderesse de se porter candidate et de se présenter à une élection, ainsi que l'effet d'un refus, qui restreindrait ses droits. Il n'est pas essentiel de faire davantage référence, ou de faire référence de manière précise, aux droits que la Charte garantit à la demanderesse.

[122] La demanderesse soutient que la décision ne concorde pas avec le contexte législatif, ce qui inclut la *Loi électorale du Canada* et diverses lois provinciales. Si j'ai bien compris cet argument, elle estime que la LEFP est nettement plus restrictive que d'autres lois et que, dans une analyse contextuelle, ces autres lois feraient ressortir que la décision de la Commission n'est pas le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits applicables.

[123] The applicant also argues that the decision in effect is a prohibition on all federal prosecutors and that such prohibitions are not contemplated by the PSEA because Parliament would have specifically set out such a prohibition as it had in the *Canada Elections Act*. I do not agree, as noted above, that the decision is a blanket prohibition. Moreover, Parliament is not bound to take an identical approach in all federal legislation. Although the *Canada Elections Act* may have identified only County Crown Attorneys as not eligible (and not assistant Crown Attorneys, such as the applicant), the *Canada Elections Act* does not apply nor do provincial statutes. The decision at issue was made pursuant to the PSEA, which governs all public servants, including all federal prosecutors. The PSEA does not prohibit any particular group of employees, except deputy heads.

[124] Reference to other statutes governing the same or similar conduct might have some relevance if the challenge were to the PSEA. However, that is not the case in the present application.

[125] Section 114 demonstrates that Parliament intended public servants to be able to seek nomination or run as candidates only when this will not impair or be perceived as impairing their ability to perform their duties in a politically impartial manner. Parliament did not intend to explicitly set out each category of public servant that should be excluded from running for political office.

[126] The applicant also argues that the decision is contrary to the statutory context of the PSEA because, in applying the test set out in subsection 114(4), the Commission did not use the lens of the fully-informed person. The applicant argues that the Commission ignored relevant facts in determining whether a fully-informed person would think she would be influenced by her political views in the performance of her duties.

[123] La demanderesse fait également valoir que, dans les faits, la décision est une interdiction qui vise l'ensemble des procureurs fédéraux et qu'une telle mesure n'est pas envisagée par la LEFP, car le législateur l'aurait expressément énoncée, ainsi qu'il l'a fait dans la *Loi électorale du Canada*. Comme je l'ai mentionné plus tôt, je ne conviens pas que la décision est une interdiction générale. De plus, le législateur n'est pas obligé de suivre une démarche identique dans toutes les lois fédérales. La *Loi électorale du Canada* indique peut-être bien que seuls les procureurs de la Couronne ne sont pas éligibles (et non les procureurs de la Couronne adjoints, ce qui est le cas de la demanderesse), mais cette loi ne s'applique pas, pas plus que des lois provinciales. La décision en litige a été rendue sous le régime de la LEFP, qui régit la totalité des fonctionnaires, y compris l'ensemble des procureurs fédéraux. La LEFP ne frappe d'interdiction aucun groupe particulier de fonctionnaires, hormis les administrateurs généraux.

[124] La référence qui est faite à d'autres lois régissant une conduite identique ou semblable aurait peut-être été pertinente si la contestation visait la LEFP. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

[125] L'article 114 montre que le législateur envisageait que des fonctionnaires puissent être choisis comme candidats ou se portent candidats uniquement dans les cas où cela ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à leurs capacités d'exercer leurs fonctions de façon politiquement impartiale. Le législateur n'envisageait pas d'énoncer explicitement chaque catégorie de fonctionnaires qui ne pourraient pas se porter candidats à une charge politique.

[126] La demanderesse fait également valoir que la décision est contraire au contexte législatif de la LEFP, car, en appliquant le critère énoncé au paragraphe 114(4), la Commission n'a pas procédé sous l'angle de la personne pleinement informée. Elle ajoute que la Commission a fait abstraction de faits pertinents pour déterminer si une personne pleinement informée penserait que la demanderesse serait influencée par ses opinions politiques dans l'exercice de ses fonctions.

[127] The applicant suggests the test for political impartiality pursuant to subsection 114(4) should be guided by the test or lens for conflicts of interest for public servants which the Federal Court of Appeal set out in *Threader*, at paragraph 23 to ask whether an informed person would think that the public servant would be influenced by their political views in the performance of their duties. The test in *Threader* was adapted from the test for bias established in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369.

[128] The applicant submits that, in light of this test or lens, the Commission failed to consider several relevant facts that an informed person would understand and which would not support a finding that the applicant's ability to perform her duties would be impaired or would be perceived to be impaired. The applicant raised, for example: that she would be on leave while she performed overt political activities; that former political candidates are not barred from joining the public service; and, that the role of a lawyer and professional codes of conduct convey that a lawyer can separate their private views from their professional duties.

[129] First, the Commission did not fail to consider the facts noted by the applicant.

[130] Second, the *Threader* test or fully-informed person lens has not been adapted and adopted in the jurisprudence for application by the Commission to decisions pursuant to section 114.

[131] Third, as the applicant acknowledged, aspects of this test are embedded in section 114 which requires that the Commission be satisfied that "being a candidate during the election period will not impair or be perceived as impairing the employee's ability to perform his or her duties in a politically impartial manner." Section 114 sets out examples of the factors that the Commission should consider including the nature of the

[127] La demanderesse laisse entendre que le critère relatif à l'impartialité politique, au sens du paragraphe 114(4), devrait être guidé par le critère qui s'applique aux conflits d'intérêts des fonctionnaires, que la Cour d'appel fédérale a énoncé dans l'arrêt *Threader*, au paragraphe 23, à savoir si une personne informée penserait que le fonctionnaire serait influencé par ses opinions politiques dans l'exercice de ses fonctions. Le critère énoncé dans l'arrêt *Threader* est inspiré du critère relatif à la partialité qui a été établi dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369.

[128] La demanderesse soutient que, compte tenu de ce critère, la Commission a omis de prendre en compte plusieurs faits pertinents qu'une personne informée connaîtrait et qui n'étayeraient pas la conclusion selon laquelle la capacité de la demanderesse d'exercer ses fonctions serait atteinte ou semblerait l'être. Elle a évoqué, par exemple, qu'elle serait en congé pendant qu'elle exercerait des activités politiques concrètes, que rien n'empêche d'anciens candidats politiques de se joindre à la fonction publique, et que le rôle d'un avocat et les codes de conduite professionnelle indiquent qu'un avocat est en mesure de dissocier ses opinions personnelles de ses fonctions professionnelles.

[129] Premièrement, la Commission n'a pas omis de prendre en considération les faits que la demanderesse a signalés.

[130] Deuxièmement, le critère énoncé dans l'arrêt *Threader*, soit celui de la personne pleinement informée, n'a pas été adapté et adopté dans la jurisprudence pour que la Commission l'applique aux décisions rendues en vertu de l'article 114.

[131] Troisièmement, comme l'a reconnu la demanderesse, quelques aspects de ce critère sont intégrés à l'article 114, lequel exige que la Commission soit convaincue que « le fait pour le fonctionnaire d'être candidat pendant la période électorale ne portera pas atteinte ou ne semblera pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions de manière politiquement impartiale ». L'article 114 donne quelques exemples des

election, the nature of the employee's duties, and the level and visibility of the employee's position. These factors are objective. The Commission is tasked with making the determination and the Commission is "informed".

#### *Factual Context*

[132] The Commission understood the factual context and its findings are supported by the evidence on the record. It did not ignore or misconstrue the applicant's submissions regarding the relevant factual context.

[133] The Commission did not overlook that the applicant would be on leave and not performing her duties during the election period. The decision clearly conveys that the Commission understood that she would not be working as a prosecutor while she engaged in overt political activities, given that it considered whether the risk to political impartiality could be mitigated by leave without pay. The Commission considered both parts of the applicant's request as contemplated by the PSEA: permission to seek candidacy and a leave without pay.

[134] The Commission's finding that the applicant had a "high level of autonomy and decision-making" is well supported by the applicant's work description, the Deskbook, and the submissions of the applicant and senior management.

[135] Although the applicant does not have absolute discretion, she has the authority to exercise significant discretion relative to other public servants.

[136] The applicant mischaracterizes herself as a junior prosecutor. While she may be more junior than others in the hierarchy of the PPSC, and while other prosecutors may have greater autonomy and discretion by virtue of their greater years of experience and supervisory roles, the applicant has almost 10 years of experience and has a degree of autonomy and discretion

facteurs que la Commission doit prendre en compte, dont la nature de l'élection, la nature des fonctions du fonctionnaire, ainsi que le niveau et la visibilité du poste qu'il occupe. Ces facteurs sont de nature objective. La Commission est chargée de rendre la décision et la Commission est « informée ».

#### *Le contexte factuel*

[132] La Commission a bien saisi le contexte factuel, et ses conclusions sont étayées par la preuve figurant dans le dossier. Elle n'a pas fait abstraction des observations de la demanderesse au sujet du contexte factuel pertinent, ou ne les a pas mal interprétées.

[133] La Commission n'a pas négligé le fait que la demanderesse serait en congé et n'exercerait pas ses fonctions pendant la période électorale. Il ressort clairement de la décision que la Commission a compris que la demanderesse ne travaillerait pas en tant que procureure pendant qu'elle se livrerait à des activités politiques concrètes, car elle a examiné si le risque d'impartialité politique pouvait être atténué par un congé sans solde. La Commission a pris en compte les deux volets de la demande de la demanderesse, comme l'envisage la LEFP : la permission d'être choisie comme candidate et la permission d'obtenir un congé sans solde.

[134] La conclusion de la Commission selon laquelle la demanderesse bénéficiait d'un [TRADUCTION] « degré élevé d'autonomie et de pouvoir décisionnel » est bien étayée par sa description de tâches, par le Guide du SPPC, ainsi que par les observations de la demanderesse et de la haute direction.

[135] La demanderesse ne bénéficie pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu, mais elle a le pouvoir d'exercer un pouvoir discrétionnaire considérable par rapport à d'autres fonctionnaires.

[136] La demanderesse se qualifie à tort de procureure d'un rang subalterne. Elle est peut-être d'un rang subalterne par rapport à d'autres dans la hiérarchie du SPPC, et d'autres procureurs ont peut-être plus d'autonomie et de pouvoir discrétionnaire parce qu'ils ont plus d'années d'expérience et qu'ils exercent un rôle de supervision, mais la demanderesse a près de 10 ans d'expérience et

not enjoyed by other public servants. The Commission considered the level of her position, along with her duties and work description relative to other positions in the public service. The fact that she is not a manager is not indicative of a “low level” position.

[137] The Deskbook addresses many issues a federal prosecutor will face, but still relies on prosecutors to implement these policies as the circumstances dictate. The issue of prosecutorial discretion is addressed in several chapters of the Deskbook. The prosecutor must think and react on the spot and this calls for the exercise of discretion, including with respect to which Deskbook policy is applicable.

[138] The Preface of the Deskbook states that “[p]rosecutors possess significant discretion in the criminal justice system. To ensure public confidence in its administration, prosecutorial discretion must be exercised in a manner that is objective, fair, transparent and consistent.” The purpose of the Deskbook and the guidance it offers is to realize these objectives. Prosecutors make decisions without fear of political interference or improper or undue influence. They are accountable to the DPP and, via the DPP, to the Attorney General and the Canadian public for the way they exercise this responsibility.

[139] Chapter 2.1, “Independence and Accountability in Decision-Making”, describes the principle of independence as it applies to federal prosecutors and notes, “[t]he interaction of the principles of independence, accountability and consultation mean that what is protected is a system of prosecutorial decision-making in which the prosecutor is an integral component. A large measure of independence is conferred on Crown counsel, but absolute discretion is not.”

jouit d’un degré d’autonomie et de pouvoir discrétionnaire dont ne bénéficient pas d’autres fonctionnaires. La Commission a pris en considération le niveau de son poste, de même que ses fonctions et sa description de tâches par rapport à d’autres postes au sein de la fonction publique. Le fait qu’elle ne fasse pas partie de la direction ne veut pas dire qu’elle occupe un poste de [TRADUCTION] « faible niveau ».

[137] Le Guide du SPPC traite d’un grand nombre de questions auxquelles sera confronté un procureur fédéral, mais il compte quand même sur le fait que les procureurs mettront en œuvre les politiques établies en fonction de ce que les circonstances exigeront. La question du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est abordée dans plusieurs chapitres du Guide. Le procureur est appelé à réfléchir et à réagir sur-le-champ et cela l’oblige à exercer un certain pouvoir discrétionnaire, ce qui inclut le fait de savoir quelle politique énoncée dans le Guide s’applique.

[138] Comme il est indiqué dans la préface du Guide du SPPC : « [l]es poursuivants ont beaucoup de liberté dans le système de justice pénale. Or pour que le public ait confiance en l’administration du système, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite doit être exercé de façon objective, équitable, transparente et cohérente ». L’objet du Guide et des conseils qu’il offre est de réaliser ces objectifs. Les procureurs prennent des décisions sans crainte d’une ingérence politique ou d’une influence irrégulière ou induue. Ils sont responsables envers le DPP et, par l’entremise de ce dernier, envers le procureur général et le public canadien quant à la façon dont ils exercent cette responsabilité.

[139] Le chapitre 2.1, intitulé « L’indépendance et la responsabilisation dans la prise de décisions », décrit le principe d’indépendance du procureur fédéral et signale : « [l]es principes d’indépendance, de responsabilisation et de consultation interagissent pour protéger le système de prise de décisions du poursuivant, système dont le procureur de la Couronne fait partie intégrante. Un degré élevé d’indépendance est conféré aux procureurs de la Couronne, mais ils ne jouissent pas d’une discrétion absolue ».

[140] Chapter 2.6, “Consultation within the Public Prosecution Service of Canada”, reiterates that prosecutors are accountable to the DPP and that the independence of the prosecutor is the institutional independence of the ODPP. Chapter 3.5, “Delegated Decision-Making”, notes that the vast majority of prosecutorial decisions are made by federal prosecutors acting on behalf of the DPP.

[141] While the Deskbook guides the exercise of discretion and constrains it to some extent, it confirms that prosecutors have discretion.

[142] The applicant’s work description also clearly indicates that she exercises discretion and has autonomy. For example, under the heading “Effort — Critical Thinking and Analysis” the descriptors include: “Exercises prosecutorial discretion before the courts to present a fair, complete and just prosecution on criminal matters in accordance with law practice standards. The work must be carried out with professional fortitude, integrity, dignity and with the highest level of professionalism in order to uphold the ethical obligations of the Director of Public Prosecutions and as a member of the bar”; “Files or projects may be followed by the media”; “The work requires quickly adapting and reacting to developments in the courtroom and to finding solutions within short time frames at times without access to reference materials”; and, “Provides sound legal advice, opinions and guidance to colleagues, investigative agencies and partners on various files or project specific issues and a wide range of criminal law subjects”. Under the heading “Working Conditions” the descriptors include: “A public officer working in an adversarial environment exercising a quasi-judicial role where decisions impact human lives and the safety of communities and are under public scrutiny. This creates a unique type and level of stress”; and, “Scrutiny by the public and media pertaining to controversial files”.

[140] Le chapitre 2.6, intitulé « La consultation au sein du Service des poursuites pénales du Canada », réitère que les procureurs sont responsables envers le DPP et que leur indépendance est l’indépendance institutionnelle du BDPP. Le chapitre 3.5, intitulé « La délégation de la prise de décisions », signale que la grande majorité des décisions en matière de poursuites sont prises par des procureurs fédéraux agissant pour le compte du DPP.

[141] Bien que le Guide serve de guide à l’exercice du pouvoir discrétionnaire et limite ce dernier jusqu’à un certain point, il confirme que les procureurs bénéficient d’un tel pouvoir.

[142] La description de tâches de la demanderesse indique clairement aussi qu’elle exerce un pouvoir discrétionnaire et qu’elle jouit d’une certaine autonomie. Par exemple, sous la rubrique « Effort — Réflexion critique et analyse », les descripteurs comprennent ce qui suit : « Exercer un pouvoir discrétionnaire devant les tribunaux pour présenter des poursuites justes, complètes et équitables sur les questions criminelles conformément aux normes de la pratique du droit. Le travail doit se faire avec persévérance, intégrité, dignité et avec le maximum de professionnalisme pour confirmer les obligations éthiques à l’égard du directeur des poursuites pénales en tant que membre du barreau »; « [l]es dossiers ou les projets peuvent être suivis par les médias »; « [l]e travail exige de s’adapter rapidement et de réagir aux faits nouveaux dans la salle d’audience afin de trouver rapidement des solutions sans avoir accès à des documents de référence »; et « [f]ournir des conseils, des avis et des directives juridiques judiciaires à ses collègues, aux organismes d’enquête et aux partenaires sur diverses questions propres à un projet ou à un dossier et sur un large éventail de thèmes relatifs au droit pénal ». Sous la rubrique « Environnement de travail », les descripteurs comprennent : « Il ou elle est un agent public qui travaille dans un contexte d’adversité et qui joue un rôle quasi-judiciaire lorsque les décisions ont des répercussions sur la vie des gens et que la sécurité des collectivités font l’objet d’un examen minutieux. Cette situation crée un type et un niveau de stress uniques »; et « [l]e ou la titulaire est soumis à l’examen minutieux du public et des médias au sujet des affaires controversées ».

[143] The exercise of discretion, which is part of the consideration of autonomy and decision making, appears to be viewed by the Commission in the context of government employees and not only in the context of other prosecutors.

[144] The Commission reasonably found that the applicant would have increased visibility as a result of seeking candidacy and is highly visible in her position given that she appears in a public courtroom on behalf of the Crown. Again, although the Commission was well aware that the applicant was a federal prosecutor, it considered her visibility as a public servant vis-a-vis other federal employees and not vis-a-vis other prosecutors who may have a higher profile due to particular cases or appearances in particular courts. In my view, this is the appropriate perspective, given the PSEA governs public servants in general.

[145] The applicant argued that the Commission considered several facts which do not justify refusing her request. While individually, this may be so, the Commission considered the cumulative effect of several facts, which, contrary to the applicant's arguments, are not remote possibilities.

[146] The applicant may be called upon to respond to the media and this could occur without the opportunity to consult with senior management, refer the inquiry to a media spokesperson or consult the Deskbook. Similarly, the applicant may be responsible for politically sensitive files. These are not impossible or remote possibilities; both are noted in her work description. The applicant's suggestion that such files could be reassigned overlooks that other factors would likely affect the practicality of reassigning files to other prosecutors who do not have similar impediments or other conflicts of interest. The fact that the DPP only referred to one past complaint regarding a prosecutor who was a former political candidate does not diminish the possibility that this could occur in the future.

[143] L'exercice du pouvoir discrétionnaire, qui fait partie de l'examen de l'autonomie et du processus décisionnel, semble avoir été examiné par la Commission dans le contexte des employés de l'État et non pas seulement dans celui d'autres procureurs.

[144] La Commission a conclu de manière raisonnable que la demanderesse aurait eu plus de visibilité si elle s'était portée candidate et qu'elle occupe un poste déjà très visible, étant donné qu'elle comparaît dans des salles d'audience publiques pour le compte du ministère public. Là encore, même si la Commission était bien consciente que la demanderesse était une procureure fédérale, elle a pris en considération sa visibilité en tant que fonctionnaire par rapport à d'autres fonctionnaires fédéraux et par rapport à d'autres procureurs qui ont peut-être une plus grande notoriété parce qu'ils se sont occupés d'affaires particulières ou qu'ils ont comparu devant des tribunaux particuliers. À mon avis, il s'agit là de l'angle qui convient, car la LEFP vise les fonctionnaires en général.

[145] La demanderesse a fait valoir que la Commission a pris en considération plusieurs faits qui ne justifient pas le rejet de sa demande. Bien que cela puisse être le cas de certains faits particuliers, la Commission a pris en compte l'effet cumulatif de plusieurs faits qui, contrairement aux arguments qu'invoque la demanderesse, ne sont pas de vagues possibilités.

[146] La demanderesse peut être appelée à répondre aux médias et cela peut se faire sans avoir eu la possibilité de consulter un membre de la haute direction, de renvoyer la demande de renseignements à un porte-parole des médias ou de consulter le Guide du SPPC. Dans le même ordre d'idées, elle peut être chargée de dossiers délicats sur le plan politique. Ce ne sont pas là des faits impossibles ou de vagues possibilités; les deux cas sont mentionnés dans sa description de tâches. Le fait que la demanderesse ait laissé entendre que de tels dossiers pouvaient être réaffectés à quelqu'un d'autre ne tient pas compte du fait que d'autres facteurs auraient vraisemblablement une incidence sur l'utilité de réaffecter un dossier à d'autres procureurs qui ne seraient pas aux prises avec des obstacles semblables ou d'autres

[147] The Commission did not ignore the views of the applicant's Team Leader or rely exclusively on the views of the DPP. The applicant's request form included the input of the Team Leader as well as the input of the DPP. The Commission is responsible for weighing the evidence and is entitled to give more weight to the views of the DPP, who is analogous to a Deputy Minister, rather than the views of the Team Leader. There is no evidence to support the applicant's assertion that her Team Leader was more familiar with her duties than the DPP. The submissions of the DPP also highlighted the integrity of the Office, which is reflected in the role of all prosecutors.

[148] I also note the applicant's argument that the principle in *Harquail* should be followed and that a comprehensive inquiry is required. In the present case, the Commission did conduct a comprehensive inquiry. The Court in *Harquail* also found that the Commission should have given greater consideration to the views of the Deputy Minister. Although the applicant is critical of the Commission for preferring the views of the DPP over the views of her Team Leader, in accordance with *Harquail*, the Commission would have erred if it overlooked the views of the DPP, who, as noted above, is analogous to a Deputy Minister.

[149] The fact that former political candidates or office holders are not prohibited from being employed as federal prosecutors is not a relevant consideration with respect to the proportionality of the Commission's decision. The Commission made the decision pursuant to the PSEA which governs current public servants who seek permission to run for office.

conflits d'intérêts. Le fait que le DPP n'ait fait mention que d'une seule plainte antérieure au sujet d'une procureure qui était une ancienne candidate politique n'atténue pas la possibilité que ce fait puisse survenir dans l'avenir.

[147] La Commission n'a pas fait abstraction du point de vue du chef d'équipe de la demanderesse ou ne s'est pas fiée exclusivement au point de vue du DPP. Le formulaire de demande de la demanderesse incluait les commentaires du chef d'équipe ainsi que ceux du DPP. Il incombe à la Commission de soupeser les éléments de preuve et elle est en droit d'accorder plus de poids au point de vue du DPP, dont le rang est analogue à celui d'un sous-ministre, qu'à celui du chef d'équipe. Aucune preuve n'étaye l'affirmation de la demanderesse selon laquelle son chef d'équipe était davantage au courant de ses fonctions que le DPP. Les observations de ce dernier ont également mis en lumière l'intégrité du Bureau, qui se reflète dans le rôle que jouent la totalité des procureurs.

[148] Je signale également l'argument de la demanderesse, à savoir qu'il y a lieu de suivre le principe énoncé dans la décision *Harquail* et qu'il est nécessaire d'effectuer une enquête exhaustive. En l'espèce, la Commission a bel et bien procédé à une telle enquête. Dans la décision *Harquail*, la Cour a également conclu que la Commission aurait dû prendre davantage en considération le point de vue du sous-ministre. Même si la demanderesse critique la Commission pour avoir privilégié le point de vue du DPP plutôt que celui de son chef d'équipe, conformément à la décision *Harquail*, la Commission aurait commis une erreur si elle avait fait abstraction du point de vue du DPP qui, comme il a été mentionné plus tôt, occupe un rang analogue à celui d'un sous-ministre.

[149] Le fait qu'il ne soit pas interdit à d'anciens candidats politiques ou titulaires d'une charge publique d'être embauchés comme procureurs fédéraux n'est pas un aspect pertinent pour ce qui est de déterminer la proportionnalité de la décision de la Commission. Cette dernière a rendu la décision sous le régime de la LEFP, qui régit les fonctionnaires en poste qui sollicitent la permission de se porter candidats à une élection.

[150] As noted above, the applicable statutes in other jurisdictions are not relevant and do not address the Commission's options to minimally impair or limit the impact on the applicant's Charter rights as little as possible. The approaches in other jurisdictions do not provide any other options that the Commission could have considered. The Commission considered the applicant's proposal for reassignment of her files and reassignment to another position.

[151] The fact that the RCMP or other police are not prohibited from seeking election is not relevant to the factual context and the Commission's finding that the applicant had a high level of autonomy and decision making. The Commission applied the PSEA, which does not apply to the political activities of the RCMP. Moreover, the discretion exercised by the applicant as a federal prosecutor differs from the discretion of police to investigate and lay charges. For example, the applicant would provide advice to the RCMP on the charges to be laid or could decide not to pursue the prosecution of a charge laid by the RCMP. In my view, this is a different type of discretion which cannot be characterized as less discretion than that of the police.

[152] The applicant notes the PPSC Code of Conduct does not prohibit prosecutors from seeking election; however, neither does the PSEA. With respect to the applicant's submission that the Commission did not consider rules of professional conduct or the role of lawyers in general, the Commission considered the applicant's submissions which noted this, understood that she is a lawyer and referred many times to her duties in the context of her role as a federal prosecutor.

#### *The Proportionate Balancing*

[153] The applicant's view that the Commission focused on the statutory objective of a politically impartial public service, used this as its starting point and, as a

[150] Comme il a été mentionné plus tôt, les lois applicables dans d'autres provinces ne sont pas pertinentes et ne traitent pas des options dont dispose la Commission, soit d'entraver ou de restreindre le moins possible l'effet sur les droits que la Charte garantit à la demanderesse. Les démarches suivies dans d'autres provinces n'offrent pas d'autres options que la Commission aurait pu prendre en considération. Cette dernière a pris en compte la proposition de la demanderesse, à savoir que l'on réaffecte ses dossiers à d'autres personnes et qu'on la réaffecte elle-même à un autre poste.

[151] Le fait qu'il ne soit pas interdit aux membres de la GRC ou d'autres corps de police de se porter candidats à une élection n'est pas pertinent pour ce qui est du contexte factuel et de la conclusion de la Commission selon laquelle la demanderesse jouissait d'un degré élevé d'autonomie et de pouvoir décisionnel. La Commission a appliqué la LEFP, qui ne vise pas les activités politiques des membres de la GRC. De plus, le pouvoir discrétionnaire qu'exerce la demanderesse à titre de procureure fédérale est différent de celui qu'exercent les agents de police pour faire enquête et déposer des accusations. Par exemple, la demanderesse conseillerait la GRC sur les accusations à porter ou pourrait décider de ne pas donner suite à une accusation déposée par la GRC. À mon avis, il s'agit là d'un type de pouvoir discrétionnaire différent, que l'on ne peut pas considérer comme inférieur à celui de la police.

[152] La demanderesse signale que le Code de conduite du SPPC n'interdit pas aux procureurs de se porter candidats à une élection; toutefois la LEFP ne le fait pas non plus. Pour ce qui est de son observation selon laquelle la Commission n'a pas pris en compte les règles de conduite professionnelle ou le rôle des avocats en général, celle-ci a pris en compte les observations de la demanderesse qui en faisaient état, a bien compris qu'elle est une avocate et a fait référence à maintes reprises à ses fonctions dans le contexte du rôle qu'elle joue à titre de procureure fédérale.

#### *La mise en balance proportionnée*

[153] Le point de vue de la demanderesse selon lequel la Commission a mis l'accent sur l'objectif prévu par la loi, soit une fonction publique politiquement impartiale,

result, overlooked her Charter rights to engage in political activity and failed to conduct a proportionate balancing, is not supported by the record.

[154] The Commission did not acknowledge the jurisprudence which calls on decision makers to conduct a proportionate balancing where Charter rights are engaged (e.g., *Doré* or *Loyola*), but the decision reflects such a balancing.

[155] In *Bowden*, Justice Mosley considered whether the decision of a Warden to deny face-to-face access to an inmate due to concerns about public safety and the security of the institution was reasonable and proportional. Justice Mosley noted that the decision clearly affected the applicants' paragraph 2(b) rights, but this right is not absolute and had to be balanced against the need to protect the security of the institution and the safety of persons, including the staff and the prison population (at paragraph 48).

[156] In the present case, as in *Bowden*, the applicant's Charter rights are not absolute and were balanced by the decision maker against the objective of political impartiality.

[157] Part 7 of the PSEA has twin objectives, which in the present case, are in competition. One of the objectives—to engage in political activity—reflects Charter rights. Although the Commission did not use Charter language or specifically acknowledge that the applicant had asserted Charter rights, the substance of the decision is more important than the specific language used. In *Bowden*, Justice Mosley noted (at paragraph 52):

The Warden did not explicitly make reference to the constitutional protection afforded to freedom of expression in her letter. This could be understood to mean that the decision-maker ignored or minimized the importance of expressive interests in the balancing exercise. However, *Doré* does not say that it is mandatory for decision-makers

qu'elle s'en est servie comme point de départ et que, de ce fait, elle a fait abstraction des droits que lui confère la Charte pour ce qui est de se livrer à des activités politiques et a omis de procéder à une mise en balance proportionnée, n'est pas étayé par le dossier.

[154] La Commission n'a pas pris acte de la jurisprudence qui oblige les décideurs à procéder à une mise en balance proportionnée dans les cas où des droits garantis par la Charte sont en cause (par exemple, les arrêts *Doré* ou *Loyola*), mais la décision est le fruit d'un tel exercice.

[155] Dans la décision *Bowden*, le juge Mosley a analysé si la décision d'une directrice d'établissement pénitentiaire de refuser une entrevue en face à face avec un détenu en raison de préoccupations relatives à la sécurité du public et celle de l'établissement était raisonnable et proportionnée. Le juge Mosley a fait remarquer que la décision touchait manifestement les droits garantis par l'alinéa 2b) aux demandeurs, mais que ce droit n'était pas absolu et devait être mis en balance avec les besoins d'assurer la sécurité de l'établissement et de personnes, notamment les employés et la population carcérale (au paragraphe 48).

[156] En l'espèce, comme dans l'affaire *Bowden*, les droits que la Charte garantit à la demanderesse ne sont pas absolus et le décideur les a mis en balance avec l'objectif de l'impartialité politique.

[157] La partie 7 de la LEFP comporte deux objectifs qui, en l'espèce, se font concurrence. L'un de ces objectifs — se livrer à des activités politiques — reflète des droits que la Charte garantit. Même si la Commission n'a pas employé de termes liés à la Charte ou n'a pas expressément reconnu que la demanderesse avait fait valoir des droits garantis par celle-ci, le fond de la décision est plus important que les termes précis qui y sont employés. Dans la décision *Bowden*, le juge Mosley a fait remarquer (au paragraphe 52) :

Dans sa lettre, la directrice n'a pas explicitement fait référence à la protection constitutionnelle dont jouit la liberté d'expression. On pourrait l'interpréter comme si la décideuse n'a pas tenu compte des droits d'expression ou en a minimisé l'importance dans son exercice de mise en balance. Toutefois, il ne ressort pas de l'arrêt *Doré* que

to explicitly refer to *Charter* values in their analyses. The substance of the decision must be taken into account, not whether it pays lip service to the Charter. The letter states that the Warden took into consideration the submissions made by Ms Shephard and counsel for the applicants. Those submissions expressly referenced the *Charter*. While reasonable people might disagree with the outcome, there is nothing on the record before me to suggest that the Warden ignored or minimized those values. [Emphasis added.]

[158] The Commission used the statutory language rather than Charter language, but, in determining whether to grant the applicant permission to seek the candidacy and election and whether to grant a leave of absence without pay to do so, the Commission considered both objectives of the PSEA. The decision reflects that it considered all the relevant facts which support its findings, including that the applicant had a high level of autonomy, decision making and visibility.

[159] The Court's role is not to reweigh the evidence. As noted above, the Commission was entitled to attach more weight to the submissions of the DPP, who conveyed the view that the applicant's candidacy indicates a significant allegiance to a political party which would undermine the independence of the prosecutor's role. The Commission concluded that this could lead to the perception that the applicant was not able to perform her duties in a politically impartial manner. However, in reaching this decision, the Commission also considered the other information available, including the work description. It then assessed the applicant's duties, the level of her position, her visibility and the other relevant factors.

[160] As noted by the respondent, a public servant's right to expression—and I would add the related right to run for office—may need to be constrained to ensure impartiality in the public service (*Osborne*, at page 97; *Fraser*, at pages 467–470; *Haydon*, at paragraph 23).

les décideurs doivent faire explicitement référence aux valeurs consacrées par la *Charte* dans leurs analyses. C'est le fond de la décision qui est important, et non pas la question de savoir si elle fait mention, en passant, des valeurs consacrées par la Charte. Selon la lettre, la directrice a pris en compte les observations présentées par M<sup>me</sup> Shephard et par l'avocat des demandeurs. Ces observations faisaient expressément référence à la *Charte*. Certes, une personne raisonnable peut ne pas être d'accord avec l'issue, mais il n'y a rien dans le dossier dont la Cour dispose qui donne à penser que la directrice n'a pas tenu compte de ces valeurs ou qu'elle les a minimisées. [Non souligné dans l'original.]

[158] En l'espèce, la Commission s'est servie des termes employés dans la loi plutôt que de ceux de la Charte, mais, pour décider s'il convenait d'accorder à la demanderesse la permission de se porter candidate et de se présenter à l'élection ou de lui accorder pour ce faire un congé sans solde, elle a examiné les deux objectifs de la LEFP. La décision dénote qu'elle a pris en compte la totalité des faits pertinents qui étayaient ses conclusions, y compris le fait que la demanderesse jouissait d'un degré élevé d'autonomie, de pouvoir décisionnel et de visibilité.

[159] La Cour n'a pas pour tâche de soupeser à nouveau la preuve. Comme il a déjà été mentionné, la Commission était en droit d'accorder plus d'importance aux observations du DPP, qui exprimaient le point de vue que la candidature de la demanderesse dénotait un degré élevé d'allégeance à un parti politique, ce qui minerait l'indépendance du rôle du procureur. La Commission a conclu que cela pourrait donner l'impression que la demanderesse ne serait pas capable d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale. Cependant, pour arriver à cette décision, la Commission a également pris en compte les autres informations disponibles, dont la description de tâches. Elle a ensuite évalué les fonctions de la demanderesse, le niveau de son poste, sa visibilité et les autres facteurs pertinents.

[160] Comme l'a signalé le défendeur, il faut parfois limiter le droit d'un fonctionnaire à la liberté d'expression — et, ajouterais-je, le droit connexe de briguer les suffrages — pour assurer l'impartialité au sein de la fonction publique (arrêt *Osborne*, à la page 97; arrêt

While the constitutional convention regarding political neutrality is not a Charter right, it remains a relevant factor in the balancing exercise.

[161] Whether the limitation on the applicant's Charter rights can be mitigated or minimized is a difficult determination for the decision maker and equally difficult for the Court on judicial review. The trade-off for the applicant is to either pursue her political activities and run for office or maintain her position as a federal prosecutor. The Commission did not foreclose the possibility that the impact on the applicant or on the public service, depending on the decision, could be mitigated in some way, but concluded, on the particular facts, that no such measures would address the risk to political impartiality or the perception of political impartiality. The Commission considered whether a leave without pay could be granted and whether the applicant could return to her position, but concluded that reassignment to a non-prosecutorial position was not feasible within the PPSC given its mandate and the fact that the vast majority of positions are prosecutorial positions.

[162] In *Bowden*, Justice Mosley found (at paragraph 57):

The record does indicate that the Warden took into consideration the accommodations proposed by the applicants to minimize the risk. While she concluded that these would not be sufficient, it is evidence that her mind was at least open to the possibility.

[163] As in *Bowden*, the record demonstrates that the Commission considered whether it could mitigate the impact of its decision on the applicant but ultimately found that there were no feasible options.

[164] The ultimate question is whether the Commission's decision protects the applicant's Charter rights as fully as possible, or put another way, whether it limits the applicant's Charter rights as little as possible,

*Fraser*, aux pages 467 à 470; et arrêt *Haydon*, au paragraphe 23). Bien que la convention constitutionnelle en matière de neutralité politique ne soit pas un droit garanti par la Charte, elle demeure un facteur pertinent dans l'exercice de mise en balance.

[161] Il est difficile pour le décideur de savoir si la limite imposée aux droits que la Charte garantit à la demanderesse peut être atténuée ou minimisée, et ce l'est tout autant pour la Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire. La demanderesse n'a qu'une alternative : poursuivre ses activités politiques et se présenter comme candidate, ou conserver son poste de procureure fédérale. La Commission n'a pas exclu la possibilité que l'on puisse atténuer d'une certaine façon l'effet de la décision sur la demanderesse ou sur la fonction publique, suivant la décision rendue, mais elle a conclu, à la lumière des faits particuliers du dossier, qu'aucune mesure de ce genre ne traiterait du risque de partialité politique ou de la perception d'une telle partialité. La Commission a examiné s'il était possible d'accorder un congé sans solde et si la demanderesse pourrait réintégrer son poste, mais elle a conclu qu'il était impossible de la réaffecter à un poste autre que celui de procureur au sein du SPPC en raison du mandat de ce dernier et du fait que la grande majorité des postes sont des postes de procureur.

[162] Dans la décision *Bowden*, le juge Mosley a conclu (au paragraphe 57) :

Il ressort du dossier que la directrice a pris en compte les mesures d'accommodement proposées par les demandeurs afin de minimiser le risque. Bien qu'elle ait conclu que celles-ci n'étaient pas suffisantes, il est évident qu'elle avait au moins l'esprit ouvert quant à cette possibilité.

[163] Comme dans la décision *Bowden*, il ressort du dossier que la Commission a vérifié si elle pouvait atténuer l'effet de sa décision sur la demanderesse, mais elle a conclu en fin de compte qu'il n'y avait aucune option réalisable.

[164] La question ultime consiste à savoir si la décision de la Commission protège le plus possible les droits que la Charte garantit à la demanderesse ou, en d'autres termes, si elle les restreint le moins possible, eu égard

given the statutory objectives. In the present case, it was not possible to fully protect the applicant's right to freedom of expression and to engage in political activity and run for office while also permitting her to maintain her position and to return to it following the election, in the event she is not successful. While she is not prohibited from pursuing her rights, the cost of doing so is the loss of her position as a federal prosecutor and public servant.

[165] In *Doré*, the Supreme Court of Canada confirmed that a “margin of appreciation” or deference is given to administrative bodies in balancing Charter values and broader statutory objectives, just as it would in a more traditional application of the reasonableness standard of review (at paragraph 57). In this case, the Commission considered the competing rights and interests at play as required pursuant to the PSEA. After considering all the facts, relevant factors, possible ways to mitigate the limitation on the applicant's rights and the competing statutory objective, the Commission was not satisfied that the applicant's candidacy would not impair or be perceived to impair her ability to perform her duties in a politically impartial manner either before the election or upon her return to work. The Commission's analysis reflects, to a great extent, the guidance to decision makers established in *Doré*.

[166] The decision of the Commission reflects a proportionate balancing and is, therefore, reasonable.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application for judicial review is dismissed and no costs are ordered.

aux objectifs prévus par la loi. En l'espèce, il était impossible de protéger entièrement le droit de la demanderesse à la liberté d'expression et celui de se livrer à des activités politiques ou de se porter candidate à une élection, tout en lui permettant de conserver son poste et de le réintégrer après l'élection, en cas d'échec de sa part. Il ne lui est pas interdit de poursuivre ses droits, mais le coût d'une telle option est la perte de son poste en tant que procureure et fonctionnaire au sein de la fonction publique fédérale.

[165] Dans l'arrêt *Doré*, la Cour suprême du Canada a confirmé que l'on accorde une « marge d'appréciation » ou une certaine déférence aux organismes administratifs pour ce qui est de mettre en balance les valeurs consacrées par la Charte et des objectifs législatifs plus larges, comme ce serait le cas dans le cadre d'une application plus classique de la norme de contrôle de la raisonabilité (au paragraphe 57). Dans la présente affaire, la Commission a tenu compte des droits et des intérêts opposés en jeu, comme l'exigeait la LEFP. Après avoir pris en considération la totalité des faits, les facteurs pertinents, les moyens possibles d'atténuer la limite imposée aux droits de la demanderesse ainsi que l'objectif législatif opposé, la Commission s'est dite non convaincue que la mise en candidature de la demanderesse ne porterait pas atteinte ou ne semblerait pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions d'une manière politiquement impartiale, soit avant l'élection, soit après son retour au travail. L'analyse de la Commission reflète, dans une grande mesure, les conseils donnés aux décideurs dans l'arrêt *Doré*.

[166] La décision de la Commission est le fruit d'une mise en balance proportionnée, et elle est de ce fait raisonnable.

#### JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée et qu'aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens.

## ANNEX A

Relevant Statutory Provisions of the *Public Service Employment Act*

## Purpose of Part

**Purpose**

**112** The purpose of this Part is to recognize the right of employees to engage in political activities while maintaining the principle of political impartiality in the public service.

## Employees

**Permitted activities**

**113 (1)** An employee may engage in any political activity so long as it does not impair, or is not perceived as impairing, the employee's ability to perform his or her duties in a politically impartial manner.

**Regulations**

**(2)** The Governor in Council may, on the recommendation of the Commission, make regulations specifying political activities that are deemed to impair the ability of an employee, or any class of employees, to perform their duties in a politically impartial manner.

**Factors**

**(3)** In making regulations, the Governor in Council may take into consideration factors such as the nature of the political activity and the nature of the duties of an employee or class of employees and the level and visibility of their positions.

**Seeking candidacy**

**114 (1)** An employee may seek nomination as a candidate in a federal, provincial or territorial election before or during the election period only if the employee has requested and obtained permission from the Commission to do so.

**Being a candidate before election period**

**(2)** An employee may, before the election period, be a candidate in a federal, provincial or territorial election only if the employee has requested and obtained permission from the Commission to do so.

**Being a candidate during election period**

**(3)** An employee may, during the election period, be a candidate in a federal, provincial or territorial election only if the employee has requested and obtained a leave of absence without pay from the Commission.

## ANNEXE A

Dispositions législatives applicables de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*

## Objet

**Objet**

**112** La présente partie a pour objet de reconnaître aux fonctionnaires le droit de se livrer à des activités politiques tout en respectant le principe d'impartialité politique au sein de la fonction publique.

## Fonctionnaires

**Activité permises**

**113 (1)** Les fonctionnaires peuvent se livrer à des activités politiques, sauf si celles-ci portent ou semblent porter atteinte à leur capacité d'exercer leurs fonctions de façon politiquement impartiale.

**Règlements**

**(2)** Le gouverneur en conseil peut par règlement, sur recommandation de la Commission, préciser les activités politiques des fonctionnaires ou des catégories de fonctionnaires qui sont réputées porter atteinte à cette capacité.

**Facteurs**

**(3)** Lorsqu'il prend des règlements, le gouverneur en conseil peut tenir compte notamment de la nature de l'activité politique et de celle des fonctions des fonctionnaires, ou des catégories de ceux-ci, ainsi que du niveau et de la visibilité de leur poste.

**Fonctionnaires désireux d'être choisi comme candidat**

**114 (1)** Le fonctionnaire désireux d'être choisi, avant ou pendant la période électorale, comme candidat à une élection fédérale, provinciale ou territoriale doit demander et obtenir la permission de la Commission.

**Période pré-électorale**

**(2)** Le fonctionnaire qui a été choisi comme candidat à une élection fédérale, provinciale ou territoriale doit, pour la période précédant la période électorale, demander et obtenir la permission de la Commission.

**Période électorale**

**(3)** Le fonctionnaire désireux de se porter candidat à une élection fédérale, provinciale ou territoriale doit, pour la période électorale, demander à la Commission et obtenir d'elle un congé sans solde.

**Granting of permission**

(4) The Commission may grant permission for the purpose of subsection (1) or (2) only if it is satisfied that the employee's ability to perform his or her duties in a politically impartial manner will not be impaired or perceived to be impaired.

**Granting of leave**

(5) The Commission may grant leave for the purpose of subsection (3) only if it is satisfied that being a candidate during the election period will not impair or be perceived as impairing the employee's ability to perform his or her duties in a politically impartial manner.

**Factors**

(6) In deciding whether seeking nomination as, or being, a candidate will impair or be perceived as impairing the employee's ability to perform his or her duties in a politically impartial manner, the Commission may take into consideration factors such as the nature of the election, the nature of the employee's duties and the level and visibility of the employee's position.

**Conditions**

(7) The Commission may make permission under subsection (4) conditional on the employee taking a leave of absence without pay for the period or any part of the period in which he or she seeks nomination as a candidate, or for the period or any part of the period in which he or she is a candidate before the election period, as the case may be.

**Effect of election**

(8) An employee ceases to be an employee on the day he or she is declared elected in a federal, provincial or territorial election.

...

**Notice**

116 On granting an employee permission under subsection 114(4), leave under subsection 114(5) or permission under subsection 115(2), the Commission shall cause notice that it has done so, together with the name of that employee, to be published in the *Canada Gazette*.

**Deputy Heads****Political activities**

117 A deputy head shall not engage in any political activity other than voting in an election.

**Permission**

(4) La Commission n'accorde la permission aux termes des paragraphes (1) ou (2) que si elle est convaincue que la capacité du fonctionnaire d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale ne sera pas atteinte ou ne semblera pas être atteinte.

**Condition**

(5) La Commission n'accorde le congé aux termes du paragraphe (3) que si elle est convaincue que le fait pour le fonctionnaire d'être candidat pendant la période électorale ne portera pas atteinte ou ne semblera pas porter atteinte à sa capacité d'exercer ses fonctions de façon politiquement impartiale.

**Facteurs**

(6) Pour prendre sa décision, la Commission peut tenir compte notamment de la nature des fonctions du fonctionnaire, du niveau et de la visibilité de son poste et de la nature de l'élection.

**Conditions**

(7) La Commission peut assujettir l'octroi de la permission visée au paragraphe (4) à la prise par le fonctionnaire d'un congé sans solde pour tout ou partie de la période au cours de laquelle il tente de devenir candidat ou, lorsqu'il est candidat, pendant la période précédant la période électorale.

**Effet de l'élection**

(8) Le fonctionnaire déclaré élu dans une élection fédérale, provinciale ou territoriale perd dès lors sa qualité de fonctionnaire.

[...]

**Avis**

116 Dès qu'elle accorde la permission aux termes du paragraphe 114(4), le congé aux termes du paragraphe 114(5) ou la permission aux termes du paragraphe 115(2), la Commission fait publier un avis de sa décision et du nom du fonctionnaire concerné dans la *Gazette du Canada*.

**Administrateurs généraux****Activité politique**

117 Les administrateurs généraux ne peuvent se livrer à aucune activité politique, à l'exception du vote dans le cadre d'une élection.



# 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.**

---

## COPYRIGHT

### PRACTICE

Judicial review of Copyright Board decision dated July 18, 2014 certifying tariff of royalties for audiovisual webcasts (Tariff 22.D.1 or Tariff) — Applicant, online streaming service delivering movies, television programs, challenging Tariff, paragraph 3(b) establishing monthly minimal fee for free trials of subscription services — Respondent Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), copyright collective society within the meaning of *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 2, entitled to receive copyright royalties pursuant to tariffs certified by Board — From 2007 to 2013, SOCAN filing annual statements of proposed royalties (tariffs) for audiovisual works transmitted online — Proposed tariffs published annually in *Canada Gazette*, royalties calculated as percentage of revenue or expense without specific provisions for subscription services or free trials thereof — Applicant never objecting to these proposed tariffs — SOCAN, other respondents (Objectors) later entering into agreement containing royalty provisions substantially different from those in previously published versions of Tariff 22.D.1, including, in case of free trials, minimum monthly fee — No Objector affected by new separate royalty calculation for subscriptions or by extra royalties for free trials — SOCAN then filing request on behalf of signatories for certification of new proposed Tariff (Settlement Tariff) — Board inviting SOCAN, Objectors to submit written submissions regarding Settlement Tariff — As applicant not party to proceedings, not invited by Board to participate in this process — Board later allowing applicant to participate — However, Board making it clear parties expected to address only issues already raised — Applicant seeking leave, *inter alia*, to provide limited, targeted information pertaining to argument free trial constituting fair dealing — Board dismissing application for leave, eventually certifying proposed Settlement Tariff, including provisions for extra royalties for free trials challenged by applicant — Issue whether process pursuant to which Board certifying Tariff procedurally fair — Board relying on applicant's failure to participate in opposition process to justify refusal to allow applicant to introduce new evidence, make submissions with respect to fair dealing issue — Although applicant itself not having right to be heard, industry affected by provision at issue enjoying that right, should have opportunity to be heard, put its case forward — Tariffs certified by Board are of general application, interests to be considered those of industry as opposed to those of individual or entity — Furthermore, Act, s. 67.1 establishing opposition mechanism allowing affected parties to be heard — That right cannot be lost or denied whenever Board certifying tariff containing subject matter not appearing in tariff publicly advertised — Relevant evidence not before Board because Board refusing to allow it in — Board thus erring in certifying Tariff provisions — Procedural fairness requiring Board to allow applicant, if applicant representative member of affected industry, opportunity to fully make its case, introduce fresh evidence, submit new arguments on subject matters not included in proposed Tariff published in *Canada Gazette* — Application allowed.

NETFLIX, INC. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (A-369-14, 2015 FCA 289, Nadon J.A., reasons for judgment dated December 17, 2015, 16 pp.)

## ENVIRONMENT

Judicial review of two decisions by Minister of Environment, Minister of Health (respondents) concerning genetically engineered Atlantic salmon containing single copy of opAFP-GHc2 transgene at EO-1a locus known as AquAdvantage Salmon (AAS) — Applicants registered non-profit societies committed to public interest in marine environment protection — Other

**ENVIRONMENT—Concluded**

respondent, AquaBounty Canada Inc., biotechnology company developing, owning rights to AAS — Applying under Part 6 of *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33 (CEPA or Act) proposing to produce sterile, all female AAS eggs on commercial scale at PEI facility, to export eggs annually for grow-out, processing in Panama — In New Substances Notification, AquaBounty Canada Inc. including request for waiver of requirement to submit data from test conducted to determine pathogenicity, toxicity or invasiveness of AAS — Filing of Notification triggering 120-day assessment period provided for in CEPA, s. 108 — Department of Fisheries and Oceans (DFO) providing Minister of Environment with assessment of AAS, concluding that AAS not CEPA-toxic or capable of becoming CEPA-toxic for specific use scenario stated in AquaBounty's Notification — DFO also not objecting to AquaBounty's waiver request; recommending further assessment of any use of AAS beyond what AquaBounty proposing in issue of Significant New Activity Notice (SNAc Notice) — Minister of Environment granting waiver AquaBounty requesting — Respondents agreeing that manufacture, use of AAS proposed by AquaBounty not CEPA-toxic or capable of becoming CEPA-toxic, that SNAc Notice should be issued but differing from DFO on scope thereof — Minister of Environment publishing SNAc Notice in *Canada Gazette* in relation to AAS but notice broader than AquaBounty's proposed uses of AAS — Applicants submitting that Minister of Environment failing to comply with requirements of CEPA when Minister publishing in *Canada Gazette* SNAc Notice in respect of AAS; that respondents failing to obtain, assess legally required information for toxicity assessment conducted under CEPA, s. 108 — Whether respondents' decision that AAS not CEPA-toxic reasonable; whether Minister of Environment's publication of SNAc Notice reasonable — Respondents considering information regarding potential uses, locations of introduction of AAS — Respondents relying on DFO Report, including DFO's recommendation for further assessment — DFO Report showing that respondents considering other potential uses of AAS or locations of introduction; concluding having insufficient information to determine whether some potential uses could result in AAS becoming toxic — Therefore, Minister of Environment issuing SNAc Notice permitting potential uses of AAS that respondents determining would not result in toxicity while requiring additional assessment for other uses — Regarding validity of Minister of Environment's waiver, Minister's six-month delay in publishing notice of waiver not unreasonable — While publication must take place within reasonable time following grant of waiver, no statutory requirement that events must occur at exact same time or in close proximity — Also, Parliament's use of word "is" in CEPA, s. 106(9) not necessitating finding that waiver only granted once notice published — Grant, notice of waiver dealt with by distinct provisions of CEPA, ss. 106(8),(9) respectively — If Parliament intending that notice itself would trigger legal effect of waiving information requirement, could have conveyed intention in single, explicit provision linking notice to legal effect — Regarding timing of waiver, *New Substances Notification Regulations (Organisms)*, SOR/2005-248 (NSN Regs.), s. 6(d) stating that Ministers' toxicity assessment running for 120 days after receiving information referred to in Schedule 5 — Provision not addressing how waiver request, corresponding failure to provide all information referred to in Schedule 5 affecting running of assessment period — Ministers claiming that under NSN Regs, s. 6(d), assessment period beginning to run when Ministers receiving information referred to in Schedule 5 or when, after receiving request for waiver regarding information not received, request ultimately granted — Interpretation thereof not unreasonable; more practical, reasonable than applicants' proposed interpretation — As to right of public participation, notice of waiver not providing opportunity for public participation in manner applicants describing — Concerning SNAc Notice, CEPA, s. 106(10) restricting AquaBounty's use of AAS at PEI facility since s. 106(10) specifying that activity involving living organism must take place at location specified in waiver request — In present case, clear that location specified in AquaBounty's request for waiver being PEI facility — SNAc Notice issued to applicants not inconsistent with CEPA, s. 106(10) — SNAc Notice issued under CEPA, s. 110(1) directed only to use, not to manufacture, importation — CEPA, ss. 106(1) (manufacture, importation), 106(4) (use) having different focus — Consequently, even though SNAc Notice issued permitting use at contained facility (AquaBounty's PEI facility), any person seeking to manufacture or import AAS must still file Notification under CEPA, s. 106(1), including AquaBounty — AquaBounty limited by s. 106(10) to using, manufacturing AAS at PEI facility given that AquaBounty receiving waiver — Therefore, no absurdity in Minister issuing SNAc Notice permitting wider range of uses of AAS than that permitted by CEPA, s. 106(10) — Scope of SNAc Notice not overly broad, unreasonable herein — Clear that Minister of Environment's functional approach to SNAc Notice leading Minister to conclude that containment measures required by AAS SNAc Notice working equally well regardless of whether AAS grown out for research, reproduction or commercial grow-out — Application dismissed.

ECOLOGY ACTION CENTRE V. CANADA (ENVIRONMENT) (T-2114-13, 2015 FC 1412, Zinn J., judgment dated December 22, 2015, 33 pp.)

## FOOD AND DRUGS

Judicial review of Minister of Health (respondent) decision refusing to issue notice of compliance (NOC) for applicant's OXALIPLATIN FOR INJECTION (OXALIPLATIN) product — Respondent finding that applicant's new drug submission (NDS) seeking NOC on basis of direct or indirect comparison to Sanofi-Aventis Canada Inc.'s innovative drug ELOXATIN — Therefore, respondent applying data protection provisions found in *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.1; concluding applicant's NOC could not issue until expiry of data protection for ELOXATIN — Applicant arguing *inter alia* that Health Canada wrongly applying data protection regulation to NDS for OXALIPLATIN FOR INJECTION since nothing in regulatory scheme providing authority for Health Canada to apply data protection when only post-filing amendments making direct or indirect comparison to innovative drug; alternatively arguing that decision under review unreasonable, that Health Canada breaching duty of fairness owing thereto — OXALIPLATIN FOR INJECTION, finished pharmaceutical dosage product with oxaliplatin as active medicinal ingredient, used for treatment of colorectal cancer — Applicant's NDS for OXALIPLATIN screened, going through numerous regulatory procedures before notice of noncompliance issued — Applicant refusing to make submissions regarding respondent's decision when provided opportunity to do so — Health Canada notifying applicant that since applicant making comparisons in submission to ELOXATIN, an "innovative drug" listed on Register of Innovative Drugs, data protection provisions applying, NOC for OXALIPLATIN would not be issued until expiry of term of market exclusivity for ELOXATIN — Whether respondent breaching procedural fairness by failing to inform applicant earlier in approval process that data protection provisions preventing issuance of NOC; whether respondent erring in finding that Regulations, s. C.08.004.1(3) applying to post-filing amendments made pursuant to s. C.08.004(2) — Degree of fairness owed to applicant in present circumstances low given that regulatory process under Regulations more administrative in nature — Respondent not having to advise applicant that, if applicant choosing to seek NOC for new drug on basis of direct or indirect comparison with innovative drug, issuance of NOC could be subject to data protection provisions given clarity of combined wording of Regulations, ss. C.08.004(1), C.08.004.1(3) — Moreover, assessment of safety, efficacy of OXALIPLATIN by Health Canada's Bureau of Metabolism, Oncology & Reproductive Sciences constituting prerequisite for marketing of new drug in Canada whether before or after expiration of data protection period — Applicant cannot argue prejudiced by order in which different issues dealt with by different Health Canada departments — Even if procedural irregularity in treatment of applicant's NDS occurring in present case, cured at later stage of proceeding — Applicant choosing not to take advantage of opportunity to be heard since foreclosing reconsideration process clearly available thereto — Thus, respondent not breaching procedural fairness herein — As to data protection provisions, needing to determine whether provisions at issue applying to applicant's request for NOC for OXALIPLATIN — While Regulations, s. C.08.004.1(3) not sufficiently precise, when text read by cross-reference to other provisions found in s. C.08.004, clear that post-filing amendments subject to data protection prohibition imposed on respondent by s. C.08.004.1(3)(b) — Regulations, s. C.08.004.1(3) silent on post-filing amendments but s. C.08.004(3) clearly stipulating that examination of additional information filed also subject to data protection provisions — Conclusion confirmed by purpose behind data protection provisions — Interpretation applicant urging running contrary to Canada's obligations under *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2 (NAFTA), *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299 (TRIPS); would undercut commitments to protecting innovators from unfair commercial use of undisclosed data — In conclusion, respondent correctly interpreting Regulations, ss. C.08.004.1(3), C.08.004(2), holding that no breach of procedural fairness occurring in present case — Application dismissed.

HOSPIRA HEALTHCARE CORPORATION v. CANADA (HEALTH) (T-1963-13, 2015 FC 1205, Gagné J., judgment dated November 6, 2015, 28 pp.)

## PATENTS

### PRACTICE

Appeals from Federal Court judgments (2014 FC 501, 2014 FC 502) allowing judicial reviews brought by respondents Sandoz Canada Inc. (Sandoz), ratiopharm inc. (ratiopharm) from Patented Medicine Prices Review Board (Board) decisions (PMPRB-10-D2-SANDOZ, PMPRB-08-D3-ratio-Salbutamol HFA, PMPRB-08-D3-ratiopharm) — Central issue in both appeals whether Federal Court properly holding that respondents falling outside jurisdiction of Board since respondents not "patentees" within meaning of *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 79(1) — Ratiopharm selling ratio-salbutamol HFA (ratio HFA), generic equivalent of brand name, patented anti-asthmatic drug manufactured, sold in Canada by pharmaceutical company — Pharmaceutical company selling ratio HFA to ratiopharm, granting it exclusive licence to set price, sell drug in Canada while keeping patent

**PATENTS**—Concluded

ownership — Sandoz wholly owned subsidiary of pharmaceutical company in Canada, selling medicines covered by patents owned by pharmaceutical company or wholly owned subsidiary thereof — No licence agreement existing between Sandoz, owners of patents in question — Board staff filing application for order that ratiopharm provide certain sales, pricing information regarding certain medicine ratiopharm selling; alleging ratiopharm having sold, in manner contrary to Act, ss. 83, 85, ratio HFA product in Canada at excessive prices — Similar proceedings undertaken against Sandoz regarding certain medicines Sandoz selling — Board allowing applications, determining, *inter alia*, that: Act, ss. 79, 103 constitutionally valid; person need not own patent over particular medicine to constitute “patentee” in respect of medicine within meaning of Act, s. 79(1); both respondents constituting Act, s. 79(1) “patentee[s]” within meaning thereof in relation to medicines at issue despite not holding patents thereover; Sandoz selling medicines at issue pursuant to implied licences from patent holders in question — Board also rejecting constitutional argument that Board’s enabling provisions, including definition of “patentee” in Act, s. 79(1) *ultra vires* Parliament — Federal Court concluding Board’s construction of word “patentee” in Act, s. 79(1) unreasonable since definition cannot include party holding neither patent nor monopoly in respect of medicine in question; determining that Board erring in holding that respondents “patentees” in respect of any medicines at issue; concluding that price control scheme devised by Parliament constitutionally valid when applied to brand name medicine or medicine sold by owner of patent pertaining thereto — Whether Federal Court right in applying standard of reasonableness to Board’s interpretation of Act, s. 79(1); whether open to Federal Court to set aside Board’s conclusion that person need not own patent or hold monopoly over medicine person selling to be “patentee” within meaning of Act, s. 79(1); whether Board erring in finding that Sandoz selling medicines in question pursuant to implied licence; whether Act, s. 79, as construed by Board, could withstand constitutional scrutiny — Federal Court properly concluding that Board’s interpretation of Act, s. 79(1) to be reviewed on standard of reasonableness — In overturning Board’s interpretation of Act, s. 79(1), Federal Court substituting own view of legislative purpose of Act, s. 79(1) without considering whether Board’s characterization meeting threshold of acceptability, defensibility separating unreasonable decisions from reasonable ones — As such, Federal Court misapplying standard of reasonableness — While both Federal Court, Board agreeing that mischief targeted by provisions at issue being excessive pricing of patented medicines, Federal Court focussing on persons in position to cause mischief; losing sight of ultimate goal of provisions in question; failing to appreciate that mischief sought to be prevented could be caused without patent owner itself charging excessive prices — Federal Court also overturning Board’s interpretation of Act, s. 79(1) given concern that interpretation *might* be unconstitutional — However, reasoning ignoring standard of review of reasonableness governing question in present case — Reasonableness review not inviting Court to prioritize all possible answers to question, identifying best among them but rather requiring determination as to whether conclusion decision maker reaching meeting threshold of acceptability, defensibility — To extent legislation reasonably capable of bearing interpretation given by Board, Federal Court precluded from substituting own view for Board’s view — Not open to Federal Court to construe Act, s. 79(1) narrowly on basis construction adopted by Board *might* be unconstitutional since notice of constitutional question filed, constitutional validity of Act, s. 79(1), as construed by Board, for Court to decide — In interpreting Act, s. 79(1), Federal Court considering impact of French text thereof; determining that French text tying definition of “patentee” more closely to rights of patent holder than English text; thus, preferring French text — However, Federal Court’s reasoning in construing definition not adding anything to one found in Act, s. 2 (“person for the time being entitled to the benefit of the patent”); thereby imposing redundancy offending presumption Parliament does not speak in vain — Federal Court never considering whether Sandoz having implied licence regarding patents in question since reaching decision on other basis — Regarding constitutional challenge, Federal Court, Board correctly holding that control of prices charged for patented medicines coming within jurisdiction conferred on Parliament over patents under *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(22) when applied to patent holder or owner — However, necessary to determine whether price control scheme retaining constitutional validity when applied to non-patent holders — Harm Act seeking to prevent arising by reason of existence of patent pertaining to medicine being sold; therefore, nothing turning on fact that person exercising selling rights not holding patent itself — Board thus correctly holding that including persons who exercise selling rights under specific patent within ambit of Act, s. 79 not bringing provision outside scope of *Constitution Act, 1867*, s. 91(22) — Appeals allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. SANDOZ CANADA INC. (A-302-14, A-303-14, 2015 FCA 249, Noël C.J., judgment dated November 6, 2015, 58 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.*

---

## ALIMENTS ET DROGUES

Contrôle judiciaire d'une décision du ministre de la Santé (défendeur) par laquelle il a refusé de délivrer un avis de conformité (AC) pour le produit d'OXALIPLATINE PAR INJECTION (OXALIPLATINE) de la demanderesse — Le défendeur a conclu que la présentation de drogue nouvelle (PDN) de la demanderesse demandait un AC sur le fondement d'une comparaison directe ou indirecte avec la drogue innovante ELOXATIN de Sanofi-Aventis Canada Inc. — Par conséquent, le défendeur a appliqué les dispositions relatives à la protection des données prévues à l'art. C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, ayant conclu que l'AC de la demanderesse ne pouvait être délivré avant l'expiration de la protection des données pour l'ELOXATIN — La demanderesse a fait valoir, entre autres, que Santé Canada avait appliqué erronément le règlement sur la protection des données à la PDN pour l'OXALIPLATINE PAR INJECTION puisque rien dans le régime de réglementation ne donne le pouvoir à Santé Canada d'appliquer la protection des données lorsque seules les modifications postérieures au dépôt font la comparaison directe ou indirecte avec la drogue innovante; subsidiairement, en faisant valoir que la décision faisant l'objet d'une révision est déraisonnable et que Santé Canada a violé son obligation d'agir équitablement envers elle — L'OXALIPLATINE PAR INJECTION, produit pharmaceutique fini sous forme posologique avec l'oxaliplatine comme ingrédient médicinal actif, est utilisé pour le traitement du cancer colorectal — La PDN de la demanderesse visant l'OXALIPLATINE a fait l'objet d'un examen préliminaire, passant par de nombreuses procédures réglementaires avant que l'avis de non-conformité soit délivré — La demanderesse a refusé de présenter des observations concernant la décision du défendeur lorsqu'elle en a eu l'occasion — Santé Canada a avisé la demanderesse que, puisqu'elle effectuait des comparaisons dans sa présentation à l'ELOXATIN, une « drogue innovante » inscrite au registre des drogues innovantes, les dispositions relatives à la protection des données s'appliquaient et l'AC pour l'OXALIPLATINE ne serait pas délivré avant l'expiration de la période de commercialisation exclusive pour l'ELOXATIN — Il s'agissait de savoir si le défendeur a violé son obligation d'agir équitablement en omettant d'informer la demanderesse plus tôt dans le processus d'approbation que les dispositions relatives à la protection des données empêchaient la délivrance de l'AC; si le défendeur a commis une erreur en concluant que l'art. C.08.004.1(3) du *Règlement* s'appliquait aux modifications postérieures au dépôt apportées en vertu de l'art. C.08.004(2) — Le degré d'équité auquel avait droit la demanderesse dans les circonstances actuelles était bas étant donné que le processus réglementaire en vertu du *Règlement* est davantage de nature administrative — Le défendeur n'avait pas à informer la demanderesse que si elle choisissait de demander un AC pour une drogue nouvelle sur le fondement d'une comparaison directe ou indirecte avec une drogue innovante, la délivrance de l'AC pourrait être assujettie aux dispositions relatives à la protection des données compte tenu de la clarté du libellé combiné des art. C.08.004(1) et C.08.004.1(3) du *Règlement* — En outre, l'évaluation de l'innocuité et de l'efficacité de l'OXALIPLATINE par le Bureau du métabolisme, de l'oncologie et des sciences de la reproduction de Santé Canada constitue une condition préalable à la commercialisation de drogues nouvelles au Canada avant ou après l'expiration de la période de protection des données — La demanderesse ne pouvait prétendre qu'elle a été lésée par l'ordre dans lequel les différentes questions ont été traitées par les différents services de Santé Canada — Même si des irrégularités de procédure dans le traitement de la PDN de la demanderesse se sont produites en l'espèce, elles ont été corrigées à un stade ultérieur de l'instance — La demanderesse a choisi de ne pas saisir l'occasion d'être entendue étant donné qu'elle a refusé le processus de réexamen dont elle pouvait clairement se prévaloir — Par conséquent, le défendeur n'a pas violé son obligation d'agir équitablement en l'espèce — Quant aux dispositions relatives à la protection des données, il y avait lieu de déterminer si les dispositions en cause s'appliquaient à la demande d'AC de la demanderesse pour l'OXALIPLATINE — Bien que l'art. C.08.004.1(3) du *Règlement* ne soit pas suffisamment précis, lorsque le texte est lu par référence aux autres dispositions énoncées à l'art. C.08.004, il est clair que les modifications postérieures au dépôt étaient assujetties à l'interdiction de protection des données imposée au défendeur

**ALIMENTS ET DROGUES—Fin**

par l'art. C.08.004.1(3)*b*) — L'art. C.08.004.1(3) du Règlement est silencieux sur les modifications postérieures au dépôt, mais l'art. C.08.004(3) énonce clairement que l'examen des renseignements supplémentaires déposés est également assujéti aux dispositions relatives à la protection des données — La conclusion est confirmée par l'objet visé par les dispositions relatives à la protection des données — L'interprétation que la demanderesse a fait valoir irait à l'encontre des obligations du Canada en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2 (ALÉNA) et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299 (ADPIC) et affaiblirait les engagements visant à protéger les innovateurs de l'utilisation déloyale de données non divulguées — En conclusion, le défendeur a correctement interprété les art. C.08.004.1(3) et C.08.004(2) du Règlement, en concluant qu'aucune violation de l'obligation d'agir équitablement ne s'est produite en l'espèce — Demande rejetée.

HOSPIRA HEALTHCARE CORPORATION C. CANADA (SANTÉ) (T-1963-13, 2015 CF 1205, juge Gagné, jugement en date du 6 novembre 2015, 28 p.)

**BREVETS**

## PRATIQUE

Appels de jugements de la Cour fédérale (2014 CF 501, 2014 CF 502) accueillant les demandes de contrôle judiciaire présentées par les intimées Sandoz Canada Inc. (Sandoz) et ratiopharm inc. (ratiopharm) visant les décisions du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) (PMPRB-10-D2-SANDOZ, PMPRB-08-D3-ratio-Salbutamol HFA, PMPRB-08-D3-ratiopharm) — Il s'agissait principalement de savoir, dans les deux appels, si la Cour fédérale a eu raison de statuer que les intimées ne relevaient pas de la compétence du Conseil, car elles n'étaient pas des « brevetés » ou des « titulaires d'un brevet » au sens de l'art. 79(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 — Ratiopharm vend un comprimé antiasthmatique appelé ratio-salbutamol HFA (ratio HFA), un équivalent générique du médicament de marque déposée breveté, fabriqué et vendu au Canada par un laboratoire pharmaceutique — Le laboratoire pharmaceutique qui vend le ratio HFA à ratiopharm lui a délivré une licence exclusive lui permettant de fixer un prix et de vendre le médicament au Canada, mais a conservé la propriété du brevet — Sandoz est une filiale à cent pour cent d'un laboratoire pharmaceutique au Canada qui vend des médicaments visés par des brevets détenus par le laboratoire ou par l'une de ses filiales à cent pour cent — Il n'existe aucun contrat de licence entre Sandoz et les titulaires des brevets en question — Le personnel du Conseil a déposé une demande en vue d'obtenir une ordonnance obligeant ratiopharm à fournir des renseignements sur les ventes et les prix de certains médicaments qu'elle vendait, alléguant que ratiopharm avait vendu du ratio HFA au Canada à un prix excessif en contravention des art. 83 et 85 de la Loi — Des procédures similaires ont été intentées contre Sandoz concernant certains médicaments que celle-ci vend — Le Conseil a accueilli les demandes et a jugé, entre autres, que les art. 79 et 103 de la Loi étaient valides sur le plan constitutionnel, qu'il n'était pas obligatoire que la personne détienne un brevet pour un médicament particulier pour être considérée comme un « breveté » ou un « titulaire d'un brevet » au sens de l'art. 79(1) de la Loi, que les deux intimées étaient des « brevetés » au sens de l'art. 79(1) de la Loi à l'égard des médicaments en cause même si elles ne détenaient pas de brevet, et que Sandoz vendait les médicaments en cause en vertu des licences implicites délivrées par les titulaires de brevet en question — Le Conseil a également rejeté l'argument visant la validité constitutionnelle et voulant que les dispositions habilitantes du Conseil, y compris la définition de « breveté » ou « titulaire d'un brevet » à l'art. 79(1) de la Loi, ne relèvent pas de la compétence du Parlement — La Cour fédérale a conclu que l'interprétation que le Conseil a faite du terme « breveté » ou « titulaire d'un brevet » à l'art. 79(1) était déraisonnable parce que la définition ne peut pas viser une partie qui ne détient ni un brevet ni un monopole à l'égard du médicament en question; elle a par ailleurs déterminé que le Conseil avait commis une erreur en jugeant que les intimées étaient des « brevetés » ou des « titulaires d'un brevet » à l'égard des médicaments en cause, et a conclu que le régime de contrôle des prix établi par le Parlement était constitutionnellement valide lorsqu'il s'appliquait à un médicament générique ou à un médicament vendu par le titulaire du brevet auquel il se rattache — Il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a eu raison d'appliquer la norme de la décision raisonnable à l'interprétation qu'a faite le Conseil de l'art. 79(1) de la Loi; s'il appartenait à la Cour fédérale d'annuler la conclusion du Conseil selon laquelle il n'est pas obligatoire que la personne détienne un brevet ou un monopole à l'égard du médicament pour être considérée comme un « breveté » ou un « titulaire d'un brevet » au sens de l'art. 79(1) de la Loi; si le Conseil a commis une erreur en concluant que Sandoz vendait les médicaments en question en vertu de licences implicites; et si l'art. 79 de la Loi, tel qu'interprété par le Conseil, peut résister à un examen constitutionnel — La Cour fédérale a eu raison de conclure que l'interprétation par le Conseil de l'art. 79(1) de la Loi devait être révisée selon la norme de la décision raisonnable — En invalidant l'interprétation du Conseil de l'art. 79(1) de la Loi, la Cour fédérale a substitué sa propre opinion de l'objectif

**BREVETS—Fin**

législatif de l'art. 79(1) sans se demander si la caractérisation du Conseil satisfaisait au seuil des décisions acceptables et justifiables qui sépare les décisions déraisonnables des décisions raisonnables — Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas appliqué correctement la norme de la décision raisonnable — Bien que la Cour fédérale et le Conseil conviennent tous deux que le méfait visé par les dispositions en cause est l'établissement d'un prix excessif pour les médicaments brevetés, la Cour fédérale a mis l'accent sur les personnes en position de causer un méfait, perdant de vue le but ultime des dispositions en question et omettant de voir que le méfait que l'on tentait de prévenir pouvait être causé sans que le titulaire du brevet fixe lui-même des prix excessifs — La Cour fédérale a également renversé l'interprétation du Conseil de l'art. 79(1) de la Loi, craignant qu'elle *puisse* être inconstitutionnelle — Cependant, ce raisonnement faisait fi de la norme de la décision raisonnable qui régissait la question en l'espèce — Selon la norme de la décision raisonnable, la Cour ne doit pas établir l'ordre de priorité de toutes les réponses possibles à la question et déterminer laquelle est la meilleure, mais plutôt déterminer si la conclusion du décideur satisfait au seuil des décisions acceptables et justifiables — Dans la mesure où la Loi peut raisonnablement justifier l'interprétation du Conseil, la Cour fédérale ne peut pas substituer sa propre opinion à celle du Conseil — Il n'appartenait pas à la Cour fédérale d'interpréter l'art. 79(1) de manière étroite au motif que l'interprétation du Conseil *pourrait* être inconstitutionnelle puisqu'un avis de question constitutionnelle avait été déposé et qu'elle devait se prononcer sur la validité constitutionnelle de l'art. 79(1) de la Loi, tel qu'interprété par le Conseil — En interprétant l'art. 79(1) de la Loi, la Cour fédérale a tenu compte des répercussions de la version française et a jugé que le libellé français liait davantage la définition de « breveté » ou « titulaire d'un brevet » aux droits du titulaire de brevet que le libellé anglais, préférant ainsi la version française — Toutefois, le raisonnement de la Cour fédérale concernant l'interprétation de la définition n'ajoutait rien à celle qui se trouve à l'art. 2 de la Loi (« Le titulaire ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet »); ce qui imposait une redondance qui allait à l'encontre de la présomption voulant que le législateur ne parle pas pour rien dire — La Cour fédérale ne s'est jamais penchée sur la question de savoir si Sandoz bénéficiait d'une licence implicite à l'égard des brevets en question puisqu'elle a fondé sa décision sur d'autres motifs — En ce qui concerne la contestation constitutionnelle, la Cour fédérale et le Conseil ont eu raison de juger que le contrôle des prix facturés pour les médicaments brevetés relevait de la compétence conférée au Parlement à l'égard des brevets en vertu de l'art. 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), annexe II, n° 5] lorsqu'il était appliqué au titulaire de brevet — Cependant, il était nécessaire de déterminer si le régime de contrôle des prix demeurerait valide sur le plan constitutionnel lorsqu'il est appliqué aux non-titulaires d'un brevet — Le préjudice que la Loi cherche à prévenir découle de l'existence d'un brevet visant le médicament vendu; par conséquent, rien ne repose sur le fait que la personne qui exerce le droit de vente ne détient pas de brevet elle-même — Le Conseil avait donc raison de juger que le fait d'inclure les personnes qui exercent un droit de vente en vertu d'un brevet qui tombe sous le coup de l'art. 79 de la Loi n'exclut pas la disposition du champ d'application de l'art. 91(22) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Appels accueillis.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. SANDOZ CANADA INC. (A-302-14, A-303-14, 2015 CAF 249, juge en chef Noël, jugement en date du 6 novembre 2015, 58 p.)

**DROIT D'AUTEUR**

## PRATIQUE

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur datée du 18 juillet 2014 homologuant le tarif des redevances pour la webdiffusion audiovisuelle (le tarif 22.D.1 ou le tarif) — La demanderesse, un fournisseur de services de diffusion en continu en ligne qui offre des films et des émissions de télévision, conteste l'art. 3b) du tarif qui établit des frais mensuels minimaux pour les abonnements d'essai gratuits — La défenderesse, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), une société de gestion des droits d'auteur au sens de l'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, a le droit de recevoir des redevances en vertu des tarifs homologués par la Commission — De 2007 à 2013, la SOCAN a déposé des projets de tarif annuels (les tarifs) pour les œuvres audiovisuelles diffusées en ligne — Les tarifs proposés étaient publiés chaque année dans la *Gazette du Canada* et les redevances étaient calculées comme un pourcentage du revenu ou des dépenses; aucune disposition ne prévoyait de services d'abonnement ou d'essais gratuits — La demanderesse ne s'est jamais opposée aux tarifs proposés — La SOCAN et d'autres défenderesses (les opposantes) ont ultérieurement conclu une entente qui contenait des dispositions sur des redevances considérablement différentes de celles contenues dans les versions précédemment publiées du tarif 22.D.1, y compris, dans le cas des essais gratuits, des frais mensuels minimaux — Aucune opposante n'était touchée par le nouveau calcul distinct des redevances pour les abonnements ou par les redevances supplémentaires pour les essais gratuits — La SOCAN a par la suite présenté une demande au nom des signataires en vue de faire homologuer le

**DROIT D'AUTEUR—Fin**

nouveau tarif proposé (arrangement tarifaire) — La Commission a invité la SOCAN et les opposantes à présenter des observations écrites concernant l'arrangement tarifaire — Comme la demanderesse n'était pas partie aux procédures, elle n'a pas été invitée par la Commission à participer au processus — La Commission a ultérieurement autorisé la demanderesse à participer au processus — Cependant, la Commission a précisé clairement que les parties devaient aborder uniquement les questions qui avaient déjà été soulevées — La demanderesse a présenté une demande visant, entre autres, à présenter des renseignements précis et limités afin d'étayer l'argument voulant que les essais gratuits constituaient une utilisation équitable — La Commission a rejeté la demande d'autorisation et a homologué l'arrangement tarifaire proposé, y compris les dispositions concernant les redevances supplémentaires pour les essais gratuits contestées par la demanderesse — Il s'agissait de déterminer si le processus utilisé par la Commission pour homologuer le tarif constituait une procédure équitable — La Commission s'est fondée sur le défaut de la demanderesse de participer au processus d'opposition pour justifier le refus de permettre à la demanderesse de présenter de nouveaux éléments de preuve et des observations concernant la question du traitement équitable — Même si la demanderesse n'avait pas le droit d'être entendue, l'industrie touchée par la disposition en cause bénéficiait de ce droit et devrait avoir l'occasion de défendre sa position — Les tarifs homologués par la Commission ont une application générale et les intérêts à prendre en considération sont ceux d'une industrie plutôt que ceux d'un individu ou d'une entité — De plus, l'art. 67.1 de la Loi établit un mécanisme d'opposition qui permet aux parties touchées de se faire entendre — Ce droit ne peut pas être perdu ou refusé chaque fois que la Commission homologue un tarif visant un sujet qui ne figure pas dans le tarif annoncé publiquement — Les éléments de preuve pertinents n'ont pas été présentés à la Commission parce que celle-ci a refusé qu'ils le soient — La Commission a donc commis une erreur en homologuant les dispositions du tarif — Le principe de l'équité procédurale obligeait la Commission à accorder à la demanderesse, si celle-ci était un membre représentatif de l'industrie touchée, l'occasion de défendre sa position, de présenter de nouveaux éléments de preuve et de soumettre de nouveaux arguments sur les sujets non visés dans le tarif proposé publié dans la *Gazette du Canada* — Demande accueillie.

NETFLIX, INC. C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (A-369-14, 2015 CAF 289, juge Nadon, J.C.A., motifs du jugement en date du 17 décembre 2015, 16 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Contrôle judiciaire de deux décisions du ministre de l'Environnement et du ministre de la Santé (les intimés), concernant le saumon de l'Atlantique génétiquement modifié qui comporte une copie unique du transgène opAFP-GHc2 au niveau du locus EO-1a connu sous le nom de saumon AquaAdvantage (SAA) — Les demandeurs sont des sociétés à but non lucratif enregistrées déterminées à servir l'intérêt public dans le domaine de la protection de l'environnement marin — L'autre intimée, AquaBounty Canada Inc., est une société de biotechnologie qui a mis au point le SAA et qui en possède les droits — Elle a présenté une demande en vertu de la partie 6 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33 (la LCPE ou la Loi) et proposait de produire commercialement des œufs stériles entièrement femelles de SAA à son installation de l'Î.-P.-É., et de les exporter chaque année vers une installation de grossissement et de traitement au Panama — Dans son avis relatif aux renseignements sur les substances nouvelles, AquaBounty Canada Inc. a inclus une demande de dérogation à l'exigence de soumettre les données des essais réalisés pour déterminer la pathogénicité, la toxicité ou le caractère envahissant du SAA — Le dépôt de l'avis a déclenché la période d'évaluation de 120 jours prévue à l'art. 108 de la LCPE — Le ministère des Pêches et des Océans (MPO) a fourni au ministre de l'Environnement l'évaluation du SAA, concluant que le SAA n'était pas toxique au sens de la LCPE ou susceptible de le devenir en vue du scénario d'utilisation précis indiqué dans l'avis d'AquaBounty — Le MPO ne s'est également pas opposé à la demande de dérogation d'AquaBounty recommandant une autre évaluation de toute utilisation du SAA au-delà de ce que proposait AquaBounty pour l'émission d'un avis de nouvelle activité (avis de NAc) — Le ministre de l'Environnement a accordé la dérogation qu'AquaBounty a demandée — Les intimés ont convenu que la fabrication et l'utilisation du SAA proposées par AquaBounty n'étaient pas toxiques au sens de la LCPE ou susceptibles de le devenir et que l'avis de NAc devait être émis, mais ils ne s'accordaient pas avec le MPO sur-le-champ d'application de l'avis — Le ministre de l'Environnement a publié l'avis de NAc dans la *Gazette du Canada* relativement au SAA, mais l'avis visait des utilisations du SAA plus étendues que ce qu'AquaBounty proposait — Les demandeurs ont soutenu que le ministre de l'Environnement avait omis de se conformer aux exigences de la LCPE lorsqu'il a publié l'avis de NAc dans la *Gazette du Canada* à l'égard du SAA et que les intimés ont fait défaut d'obtenir et d'évaluer les renseignements requis par la loi pour l'évaluation de la toxicité menée en vertu de l'art. 108 de la LCPE — Il s'agissait de savoir si la décision des intimés selon laquelle le SAA n'est pas toxique au sens de la LCPE était raisonnable et si la publication du ministre de l'Environnement de l'avis de NAc était raisonnable — Les intimés ont examiné les renseignements concernant les utilisations et les lieux d'introduction possibles du SAA — Ils se sont appuyés sur un rapport du MPO, y compris la recommandation du MPO pour une évaluation plus poussée — Le rapport du MPO indiquait que les

**ENVIRONNEMENT—Fin**

intimés ont considéré d'autres utilisations et lieux d'introduction possibles du SAA et ont conclu qu'ils détenaient suffisamment d'information pour déterminer si certaines utilisations possibles pouvaient rendre le SAA toxique — Par conséquent, le ministre de l'Environnement a émis un avis de NAc permettant des utilisations possibles du SAA qui, de l'avis des intimés, n'entraîneraient pas de toxicité, tout en exigeant une évaluation supplémentaire pour d'autres utilisations — En ce qui concerne la validité de la dérogation du ministre de l'Environnement, le retard de six mois du ministre dans la publication de l'avis de dérogation n'était pas déraisonnable — Bien que la publication doive avoir lieu dans un délai raisonnable après l'octroi de la dérogation, il n'y a aucune obligation prévue par la Loi que les événements se produisent exactement au même moment ou tout près de l'un de l'autre — De plus, l'utilisation par le législateur du mot « *is* » à l'art. 106(9) de la version anglaise de la LCPE n'exige pas de conclure que la dérogation sera accordée uniquement une fois que l'avis a été publié — L'octroi et l'avis de dérogation sont traités par des dispositions distinctes de la LCPE, soit les art. 106(8) et 106(9) respectivement — Si le législateur avait eu l'intention que l'avis lui-même produise l'effet juridique d'accorder une dérogation à l'exigence d'information, il aurait pu formuler son intention dans une disposition simple et explicite liant l'avis à son effet juridique — En ce qui concerne le moment de la dérogation, l'art. 6d) du *Règlement sur les renseignements concernant les substances nouvelles (organismes)*, DORS/2005-248 (le Règlement sur les RSN), indique que le délai dont disposent les ministres pour évaluer les renseignements concernant la toxicité est de 120 jours après la réception des renseignements visés à l'annexe 5 — Cette disposition ne traite pas de la façon dont une demande de dérogation, et le défaut correspondant de fournir tous les renseignements visés à l'annexe 5, influence l'écoulement de la période d'évaluation — Les ministres ont prétendu qu'en vertu de l'art. 6d) du Règlement sur les RSN, la période d'évaluation commence à courir lorsque les ministres ont reçu les renseignements visés à l'annexe 5 ou qu'ils ont reçu une demande de dérogation concernant des renseignements qu'ils n'ont pas reçus et que cette demande est finalement accordée — L'interprétation de cette disposition n'était pas déraisonnable et était de nature plus pratique et plus raisonnable que l'interprétation proposée par les demandeurs — Quant au droit à la participation du public, l'avis de dérogation n'offre pas la possibilité d'une participation du public dans l'évaluation de la toxicité de la manière dont les demandeurs le décrivaient — En ce qui a trait à l'avis de NAc, l'art. 106(10) de la LCPE limite l'utilisation du SAA par AquaBounty à l'installation de l'Î.-P.-É., étant donné qu'il précise que l'activité concernant l'organisme vivant ne peut se produire que dans le lieu mentionné dans la demande d'exemption — En l'espèce, il est clair que le lieu précisé dans la demande de dérogation d'AquaBounty est l'installation de l'Î.-P.-É. — L'avis de NAc délivré aux demandeurs n'est pas incompatible avec l'art. 106(10) de la LCPE — L'avis de NAc émis en vertu de l'art. 110(1) de la LCPE vise seulement l'utilisation et non la fabrication ou l'importation — L'art. 106(1) (fabrication ou importation) et l'art. 106(4) (utilisation) de la LCPE ont des objectifs différents — Par conséquent, même si l'avis de NAc délivré autorise l'utilisation dans une installation d'utilisation confinée (l'installation de l'Î.-P.-É. d'AquaBounty), toute personne qui souhaite fabriquer ou importer du SAA doit encore présenter un avis en vertu de l'art. 106(1) de la LCPE, y compris AquaBounty — AquaBounty est limitée par l'art. 106(10) à l'utilisation et la fabrication du SAA à l'installation de l'Î.-P.-É. étant donné qu'AquaBounty s'est vu accorder la dérogation — Par conséquent, il n'y avait aucune absurdité au fait que le ministre a délivré l'avis de NAc qui permettait un plus large éventail d'utilisations du SAA que ce qui était autorisé par l'art. 106(10) de la LCPE — La portée de l'avis de NAc n'est pas trop large ni déraisonnable en l'espèce — Il est clair que l'approche fonctionnelle du ministre de l'Environnement en ce qui concerne l'avis de NAc l'a amené à conclure que les mesures de confinement requises par l'avis de NAc du SAA fonctionnaient aussi bien indépendamment de la question de savoir si le grossissement du SAA visait la recherche, la reproduction ou le grossissement commercial — Demande rejetée.

ECOLOGY ACTION CENTRE C. CANADA (ENVIRONNEMENT) (T-2114-13, 2015 CF 1412, juge Zinn, jugement en date du 22 décembre 2015, 33 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, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3