

A-684-88

A-684-88

Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise (Appellant)

v.

J.B. Williams Inc. (Respondent)

and

Beecham Canada Inc. (Intervenant)**INDEXED AS: DEPUTY M.N.R., CUSTOMS AND EXCISE v. J.B. WILLIAMS INC. (C.A.)****Court of Appeal, Pratte, Mahoney and Stone JJ.A.—Ottawa, March 14 and 19, 1990.**

Customs and excise — Excise Tax Act — Appeal from Tariff Board decision declaring in-home pregnancy test kit, Acu-Test, preparation for use in diagnosis of “disorder or abnormal physical state” within meaning of Excise Tax Act, Sch. III, Part VIII, s. 1, and therefore exempt from consumption or sales tax — Appeal dismissed — Board erred in law in deciding, based on sociological considerations, pregnancy abnormal physical state except for those seeking it — Statutory provision contemplating physical abnormality in medical sense — However, there was evidence on which Board could find Acu-Test sold for use in diagnosis of disease, disorder or abnormal physical state — Package insert advising user to repeat test then seek medical help without further delay where test negative but menstruation not commencing within week as “there could be other important reasons”.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Excise Tax Act, R.S.C. 1970, c. E-13, ss. 27 (as am. by S.C. 1970-71-72, c. 62, s. 1; 1973-74, c. 24, s. 3; 1974-75-76, c. 24, s. 13; 1976-77, c. 6, s. 3; c. 15, s. 7; 1980-81-82-83, c. 68, s. 10; 1985, c. 3, s. 16), 29 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 104, s. 9), 60(1) (as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 65), Sch. III, Part VIII, s. 1 (as am. by S.C. 1973-74, c. 24, s. 5(6)).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1312.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED**REFERRED TO:**

D./M.N.R. for Customs and Excise v. G.T.E. Sylvania Canada Ltd., [1986] 1 C.T.C. 131; (1985), 64 N.R. 322 (F.C.A.); *The Dentists' Supply Co. of New York v.*

Sous-ministre du Revenu national pour les Douanes et Accise (appelant)

a c.

J.B. Williams Inc. (intimée)

et

b Beecham Canada Inc. (intervenante)**RÉPERTORIÉ: SOUS-MINISTRE M.R.N., DOUANES ET ACCISE c. J.B. WILLIAMS INC. (C.A.)****c Cour d'appel, juges Pratte, Mahoney et Stone, J.C.A.—Ottawa, 14 et 19 mars 1990.**

Douanes et accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel interjeté d'une décision de la Commission du tarif déclarant qu'Acu-Test, un nécessaire de test de grossesse, à faire chez-soi, était une préparation pour servir au diagnostic d'un «trouble physique ou d'un état physique anormal» au sens de l'art. 1 de la Partie VIII de l'annexe III de la Loi sur la taxe d'accise et qu'il était en conséquence exonéré de la taxe de consommation ou de vente — Appel rejeté — La Commission a commis une erreur de droit en décidant, sur la base de considérations sociologiques, que la grossesse est un état physique anormal, sauf pour les personnes qui la recherchent — La disposition législative n'envisage qu'une anomalie au sens médical du terme — Cependant, il y avait des éléments de preuve permettant à la Commission de conclure qu'Acu-Test était vendu pour servir au diagnostic d'une maladie, d'un trouble physique ou d'un état physique anormal — Le dépliant f recommande à l'utilisatrice de refaire le test pour ensuite consulter sans plus tarder un médecin lorsque le test est négatif et qu'au bout d'une semaine, les règles n'ont pas encore commencé puis qu'il «pourrait exister d'autres raisons importantes».

g LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la taxe d'accise, S.R.C. 1970, chap. E-13, art. 27 (mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 62, art. 1; 1973-74, chap. 24, art. 3; 1974-75-76, chap. 24, art. 13; 1976-77, chap. 6, art. 3; chap. 15, art. 7; 1980-81-82-83, chap. 68, art. 10; 1985, chap. 3, art. 16), 29 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 104, art. 9), 60(1) (mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 65), annexe III, Partie VIII, art. 1 (mod. par S.C. 1973-74, chap. 24, art. 5(6)).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1312.

JURISPRUDENCE**DÉCISIONS CITÉES:**

Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise c. G.T.E. Sylvania Canada Ltd., [1986] 1 C.T.C. 131; (1985), 64 N.R. 322 (C.A.F.); *The Dentists' Supply*

Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise, [1956-1960] Ex.C.R. 450; (1960), 42 D.L.R. (2d) 88.

COUNSEL:

Susan D. Clarke for appellant.
John W. Adams, Q.C. and *Clayton W. Caverly* for respondent and intervenant.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Fraser & Beatty, Toronto, for respondent and intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.A.: This appeal is from a decision of the Tariff Board rendered February 5, 1988. The Board declared that Acu-Test, an in-home pregnancy test kit, was "a preparation that is sold or represented for use in the diagnosis of a disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof in humans" within the meaning of section 1 of Part VIII of Schedule III of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1970, c. E-13, as amended [by S.C. 1973-74, c. 24, s. 5(6)]¹ and, in consequence, was exempt from the consumption or sales tax imposed by section 27 [as am. by S.C. 1970-71-72, c. 62, s. 1; 1973-74, c. 24, s. 3; 1974-75-76, c. 24, s. 13; 1976-77, c. 6, s. 3; c. 15, s. 7; 1980-81-82-83, c. 68, s. 10; 1985, c. 3, s. 16] of the Act by virtue of subsection 29(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 104, s. 9] thereof.

Section 1 of Part VIII of Schedule III of the *Excise Tax Act* provides:

SCHEDULE III
PART VIII
HEALTH

1. Any material, substance, mixture, compound or preparation, of whatever composition or in whatever form, including materials for use exclusively in the manufacture thereof, sold or represented for use in the diagnosis, treatment, mitigation or

¹ Now, R.S.C., 1985, c. E-15.

Co. of New York v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise, [1956-1960] R.C.É. 450; (1960), 42 D.L.R. (2d) 88.

AVOCATS:

Susan D. Clarke pour l'appellant.
John W. Adams, c.r. et *Clayton W. Caverly* pour l'intimée et l'intervenante.

b PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Fraser & Beatty, Toronto, pour l'intimée et l'intervenante.

Ce qui suit est la version française du jugement rendus par

LE JUGE STONE, J.C.A.: La Cour statue sur un appel interjeté d'une décision de la Commission du tarif rendue le 5 février 1988. La Commission a déclaré qu'Acu-Test, un nécessaire de test de grossesse à faire chez soi, était «une préparation vendue pour servir au diagnostic d'un trouble physique ou d'un état physique anormal ou de leurs symptômes chez l'homme, ou représentée comme pouvant être utilisée à ces fins» au sens de l'article premier de la Partie VIII de l'annexe III de la *Loi sur la taxe d'accise*, S.R.C. 1970, chap. E-13, modifiée [par S.C. 1973-74, chap. 24, art. 5(6)]¹ et qu'il était en conséquence exonéré de la taxe de consommation ou de vente imposée par l'article 27 [mod. par S.C. 1970-71-72, chap. 62, art. 1; 1973-74, chap. 24, art. 3; 1974-75-76, chap. 24, art. 13; 1976-77, chap. 6, art. 3; chap. 15, art. 7; 1980-81-82-83, chap. 68, art. 10; 1985, chap. 3, art. 16] de la Loi en vertu du paragraphe 29(1) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 104, art. 9] de celle-ci.

L'article premier de la Partie VIII de l'annexe III de la *Loi sur la taxe d'accise* dispose:

ANNEXE III
PARTIE VIII
SANTÉ

1. Les matières, substances, mélanges, composés ou préparations, quelle que soit leur composition ou leur forme, y compris les matières devant servir exclusivement à leur fabrication, vendus pour servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation

¹ Maintenant L.R.C. (1985), chap. E-15.

prevention of a disease, disorder, abnormal physical state, or the symptoms thereof, in humans or animals or for restoring, correcting or modifying organic functions in humans or animals, but not including cosmetics.

Two issues are raised by the appellant, namely:

(1) whether pregnancy is an "abnormal physical state" within the meaning of the *Excise Tax Act*; and

(2) whether the confirmation that the absence of menses is not due to pregnancy can be said to constitute the diagnosis of disease or abnormal physical states within the meaning of the *Excise Tax Act*.

The respondent and intervenant also advance two further grounds for upholding the Board's decision. Acu-Test, it is said, is of use in the prevention of disease and disorders in the foetus and, also, in the diagnosis of problem or high-risk pregnancies, which are an abnormal physical state. Secondly, the test is of use in the diagnosis of a disease or disorder which may cause infertility. In the view I take of the case, it is not necessary to deal with these grounds.

I am able to deal shortly with the first issue. The question is whether pregnancy is an "abnormal physical state" within the meaning of the Act. It is clear that the Board's conclusion is based upon its appreciation of the meaning of that term from a sociological standpoint, for at page 21 of the majority decision² the following passage appears:

While no one would dispute that pregnancy is the normal physical state as the result of the encounter of sperm and ovum viviparous couples, whether *in utero* or now *in vitro*, nor will anyone challenge the experts' view that pregnancy is a normal physical state for a fertile woman exposed to such encounter at the appropriate time in relation to her menses, the evidence of a birth-rate of 1.6 per female in our society establishes, without going any further, that pregnancy is no longer in the normal order of a woman's life, regardless of her sexual activity or menstrual normality. In our society's social philosophy and personal practices, pregnancy has become an abnormal physical state except for those seeking it.

² *Appeal Book*, Vol. 3, at p. 469.

ou à la prévention d'une maladie, d'un trouble physique, d'un état physique anormal ou de leurs symptômes, chez l'homme ou les animaux, ou à la restauration, à la correction ou à la modification des fonctions organiques de l'homme ou des animaux, ou représentés comme pouvant être utilisés à ces fins, mais à l'exclusion des cosmétiques.

L'appelante soulève deux questions, à savoir:

(1) La grossesse est-elle un «état physique anormal» au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*?

(2) Peut-on affirmer que la confirmation que l'absence de règles n'est pas attribuable à une grossesse constitue le diagnostic d'une maladie ou d'un état physique anormal au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*?

L'intimée et l'intervenante font également valoir deux autres moyens pour confirmer la décision de la Commission. Elles prétendent qu'Acu-Test sert à la prévention des maladies et des troubles physiques chez le foetus, ainsi qu'au diagnostic de grossesses difficiles ou à haut risque, qui constituent un état physique anormal. En second lieu, le test sert au diagnostic d'une maladie ou d'un trouble physique qui peut causer l'infertilité. Suivant l'opinion que j'ai de la présente affaire, il n'est pas nécessaire d'examiner ces moyens.

Je peux trancher rapidement la première question litigieuse. Il s'agit de savoir si la grossesse est un «état physique anormal» au sens de la Loi. Il est évident que la conclusion de la Commission est fondée sur son appréciation du sens de ce terme d'un point de vue sociologique, car à la page 21 de la décision² des commissaires majoritaires, on lit le passage suivant:

[TRADUCTION] Même s'il est vrai que personne ne contesterait que la grossesse est l'état physique normal résultant de la rencontre du sperme et de l'ovule des couples vivipares, que ce soit *in utero* ou, maintenant, *in vitro*, et que personne ne contesterait l'opinion des experts suivant laquelle la grossesse est un état physique normal pour une femme fertile faisant l'objet d'une telle rencontre au moment approprié par rapport à ses règles, le taux de natalité de 1,6 enfant par femme dans notre société établit, sans aller plus loin, que la grossesse n'est plus la règle normale dans la vie d'une femme, indépendamment de son activité sexuelle ou du caractère normal de ses règles. Selon la philosophie et les pratiques personnelles de notre société, la grossesse est devenue un état physique anormal sauf pour les personnes qui la recherchent.

² *Dossier d'appel*, vol. 3, à la p. 469.

With respect, I think the Board erred in law on this aspect of the case. The language of the exception is addressed to "the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder, abnormal physical state, or the symptoms thereof, in humans or animals". I am not persuaded that anything but physical abnormality in a medical sense was here contemplated. The medical evidence on both sides was in agreement that pregnancy is a normal physical state. Detection of that state through the use of Acu-Test does not result in the diagnosis of an "abnormal physical state" in the sense that phrase is used in the Act.

That said, I have difficulty in accepting the appellant's second attack on the Board's decision. The argument here is that the Board had before it no evidence on which it could find that the goods are "sold or represented for use in the diagnosis of a disease, disorder, abnormal physical state". All that the evidence shows, it is contended, is that, within certain limits, the goods may be used to diagnose the existence of pregnancy or, more accurately, the presence in the human body of a certain hormone (HCG) commonly present in the body of a pregnant woman. If, as I have concluded, the Board did err in construing the phrase "abnormal physical state", its decision should nevertheless be upheld if it correctly determined the issue under discussion.

Both sides led expert evidence on the point. This evidence rather shows that Acu-Test can only diagnose the existence of pregnancy and that it cannot diagnose other possible causes for absence of menses. On the other hand, the record before the Board includes the package insert which accompanies the goods at the time of purchase. It contains the following message which is obviously addressed to the user of Acu-Test:

WHAT THE RESULTS MEAN

A pregnant result indicates that your urine contains HCG and you can assume you are pregnant. You should now consult with your physician who is best able to guide you.

En toute déférence, j'estime que la Commission a commis une erreur de droit sur cet aspect de l'affaire. Le texte de l'exception fait référence «au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un trouble physique, d'un état physique anormal ou de leurs symptômes, chez l'homme ou les animaux». Je ne suis pas persuadé que l'on ait envisagé ici autre chose qu'une anomalie physique au sens médical du terme. Les médecins qui ont témoigné pour l'une et l'autre des deux parties s'accordent pour dire que la grossesse est un état physique normal. Le dépistage de cet état par l'utilisation d'Acu-Test ne donne pas lieu au diagnostic d'un «état physique anormal» au sens où ces mots sont employés dans la Loi.

Ceci étant dit, j'ai de la difficulté à accepter le second moyen qu'invoque l'appelante pour contester la décision de la Commission. Elle prétend que la Commission ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de conclure que les articles sont «vendus pour servir au diagnostic d'une maladie, d'un trouble physique, d'un état physique anormal... ou représentés comme pouvant être utilisés à ces fins». Tout ce que la preuve démontre, prétend-elle, c'est que, dans certaines limites, les articles peuvent servir au diagnostic de l'existence d'une grossesse ou, plus précisément, de la présence dans l'organisme humain d'une certaine hormone (la GCH) qu'on trouve ordinairement dans l'organisme de la femme enceinte. Si, comme je l'ai conclu, la Commission a effectivement commis une erreur en interprétant l'expression «état physique anormal», sa décision devrait néanmoins être confirmée si elle a tranché correctement le point litigieux à l'examen.

Les deux parties ont fait témoigner des experts sur cette question. Leur témoignage démontre plutôt qu'Acu-Test ne permet de diagnostiquer que l'existence d'une grossesse et qu'il ne permet pas de diagnostiquer d'autres causes possibles d'absence de flux menstruel. D'autre part, le dossier soumis à la Commission comprenait le dépliant qui accompagne les articles au moment de l'achat. Il renferme le message suivant qui s'adresse de toute évidence à l'utilisatrice de l'Acu-Test:

[TRADUCTION] INTERPRÉTATION DU RÉSULTAT

Un résultat positif indique que votre urine contient de la GCH et que vous pouvez présumer que vous êtes enceinte. Vous devriez maintenant consulter votre médecin, qui est la personne la mieux placée pour vous guider.

A non-pregnant result means that no HCG has been detected and you can assume you are not pregnant. If a week passes and you still have not started menstruating, you should do the test again. There is the possibility that your urine gave a "Fake Negative" result. If it is still negative in this latter test, there is little chance that you are pregnant but because there could be other important reasons, you should see your doctor without further delay. [Emphasis added.]³

Dr. Muggah, the medical expert called by the respondent and intervenant, was questioned about this message before the Board:

Q. Again, getting back to the test and now the situation where it tests negative but the period has been missed; you have the amenorrhoea. Would it be fair, then, to characterize the test as, in those circumstances — and, again, I do not want to overstate it — being an aid in the detection of the cause of the amenorrhoea — a starting point, if you like?

A. Yes, and I think that J.B. Williams is correct in suggesting that you repeat the test in a week and pregnancy may be the diagnostic point that you have reached. In the absence of a positive test with a negative test, that should trigger an approach with the physician to seek out the reason for this and, yes, she does not appear to be pregnant so that is one diagnostic point that you have established.

Q. And you were referring — and I just want to make sure that I have got the right wording for the Board. You were referring to some wording in the literature that goes with this tester. Is this it — and I am referring to the section, "WHAT THE RESULTS MEAN", the third line from the bottom of the second paragraph under that heading:

"There is the possibility that your urine gave a 'False Negative' result. If it is still negative in this later test. . ."

— that is the second test —

" . . . there is little chance that you are pregnant, but because there could be other important reasons, you should see your doctor without further delay."

Would you agree with that statement, doctor?

A. Yes.⁴

This evidence, in my view, does support a finding that Acu-Test is sold or represented for use in the diagnosis of a disease, disorder or abnormal physical state. While Acu-Test does not and, indeed, cannot diagnose the existence of a particular problem in a woman who it indicates is not pregnant, that person may be led nevertheless to seek medical advice explaining the absence of menses and which, on the evidence, could well be

Un résultat négatif signifie qu'aucune GCH n'a été décelée et que vous pouvez présumer que vous n'êtes pas enceinte. Si au bout d'une semaine vous n'avez pas encore commencé à avoir vos règles, vous devriez refaire le test. Il est possible que votre urine ait donné un résultat «faux négatif». Si la réaction est encore une fois négative à la suite de ce dernier test, il est peu probable que vous soyez enceinte mais comme qu'il pourrait exister d'autres raisons importantes, vous devriez voir votre médecin sans plus tarder. [C'est moi qui souligne.]³

Le Dr Muggah, le médecin expert que l'intimée et l'intervenante ont fait témoigner, a été interrogé au sujet de ce message devant la Commission:

[TRADUCTION] Q. Pour revenir au test et à la situation dans laquelle le résultat est négatif mais qu'il n'y a pas eu de règles; il y a alors aménorrhée. Serait-il alors juste dans ce cas de dire que le test — et, je le répète, je ne veux pas exagérer — aide à déceler la cause de l'aménorrhée — comme point de départ, si vous voulez?

R. Oui, et je pense que J.B. Williams a raison de recommander de répéter le test au bout d'une semaine et la grossesse peut constituer un point qui est acquis sur le plan du diagnostic. En cas de résultat négatif, la femme devrait consulter son médecin pour en connaître la raison et c'est vrai qu'elle ne semble pas être enceinte et c'est un point qui est acquis sur le plan du diagnostic.

Q. Et vous faisiez allusion à — je veux simplement m'assurer que j'emploie les bons termes pour la Commission — vous faisiez allusion à un extrait de la documentation qui accompagne ce test. S'agit-il de celui-ci — je veux parler de la section intitulée «INTERPRÉTATION DU RÉSULTAT», à la troisième ligne avant la fin du deuxième paragraphe commençant par les mots:

«Il est possible que votre urine ait donné un résultat "faux négatif". Si la réaction est encore une fois négative à la suite de ce dernier test. . .»

— c'est-à-dire le second test —

« . . . il est peu probable que vous soyez enceinte mais comme il se peut qu'il existe d'autres raisons importantes, vous devriez voir votre médecin sans plus tarder.»

Êtes-vous d'accord avec cette affirmation, docteur?

R. Oui.⁴

La preuve appuie à mon avis la conclusion qu'Acu-Test est vendu pour servir au diagnostic d'une maladie, d'un trouble physique ou d'un état physique anormal ou qu'il est représenté comme pouvant être utilisé à ces fins. Bien qu'Acu-Test ne permet pas de diagnostiquer l'existence d'un problème particulier chez une femme qui, selon ce qu'il indique, n'est pas enceinte, cette personne peut néanmoins être amenée à consulter un médecin pour expliquer l'absence de règles ce qui, sui-

³ *Appeal Book*, Vol. 3, at p. 341.

⁴ *Appeal Book*, Vol. 2, at pp. 149-150.

³ *Dossier d'appel*, vol. 3, p. 341.

⁴ *Dossier d'appel*, vol. 2, aux p. 149 et 150.

some disease, disorder or abnormal physical state.⁵ It seems to me, therefore, that there was some evidence before the Board that could reasonably support its finding and conclusion on the point. The Court in an appeal such as this is limited by subsection 60(1) [as am. by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 65] of the Act to questions "of law". Though egregious error in fact finding may thereby be attacked, we are not otherwise to interfere with a function reserved to the Board. (See *D./M.N.R. for Customs and Excise v. G.T.E. Sylvania Canada Ltd.*, [1986] 1 C.T.C. 131 (F.C.A.), at pages 134-135; *The Dentists' Supply Co. of New York v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1956-1960] Ex.C.R. 450 at page 455.

The respondent and intervenant ask for costs. However, as this is an appeal to which Rule 1312⁶ in Division C of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] applies, and there being no "special reasons" for allowing costs, I would dismiss this appeal without costs.

PRATTE J.A.: I agree.

MAHONEY J.A.: I agree.

vant la preuve, pourrait fort bien être une maladie, un trouble physique ou un état physique anormal⁵. Il me semble donc que la Commission disposait de certains éléments de preuve qui pouvait raisonnablement appuyer sa constatation et sa conclusion sur ce point. Lorsqu'elle est saisie d'un appel comme celui-ci, la Cour est limitée, aux termes du paragraphe 60(1) [mod. par S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 65] de la Loi, aux questions «de droit». Quoiqu'une erreur grossière dans la constatation des faits puisse de ce fait être attaquée, nous ne devons autrement pas intervenir dans une fonction réservée à la Commission (voir *Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise c. G.T.E. Sylvania Canada Ltd.*, [1986], 1 C.T.C. 131 (C.A.F.), aux pages 134 et 135 et *The Dentists' Supply Co. of New York v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* [1956-1960] R.C.É. 450, à la page 455.

L'intimée et l'intervenante ont demandé les dépens. Cependant, comme il s'agit d'un appel auquel la Règle 1312⁶ du chapitre C des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] s'applique et qu'il n'y a pas de «raison spéciale» d'adjudger des dépens, je rejeterais le présent appel sans frais.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je suis du même avis.

f LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Je suis du même avis.

⁵ See the evidence of Dr. Muggah, *Appeal Book*. Vol. 2, at pp. 147-148.

⁶ Rule 1312. No costs shall be payable to any party to an appeal under this Division to another unless the Court, in its discretion, for special reasons, so orders.

⁵ Voir le témoignage du Dr Muggah, *dossier d'appel*, vol. 2, aux p. 147 et 148.

⁶ Règle 1312. Il n'y aura pas de dépens entre parties à un appel interjeté sous le régime du présent chapitre, à moins que la Cour, à sa discrétion, ne l'ordonne pour une raison spéciale.